



Lecturas de Filosofía del Derecho

Volumen. I

Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal

ANALES DE JURISPRUDENCIA

COLECCIÓN “DOCTRINA”

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA Y
DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA DEL DISTRITO FEDERAL

MAG. JUAN LUIS GONZÁLEZ A. CARRANCÁ

Y LOS CONSEJEROS DE LA JUDICATURA:

LIC. JUAN BAUTISTA GÓMEZ MORENO,

DRA. ELENA RUTH GUZMÁN GÓMEZ,

LIC. JUAN ÁNGEL LARA LARA,

LIC. JOSÉ CRUZ LAVANDEROS YÁÑEZ,

LIC. JUAN TZOMPA SÁNCHEZ, Y

LIC. JORGE VALENTÍN VÁZQUEZ CASTELLANOS.

TIENEN EL HONOR Y AGRADO DE HACER
LLEGAR AL LECTOR LA PRESENTE OBRA,

PORQUE PUBLICAR LIBROS ES NUESTRA TAREA,
Y
DIFUNDIR CONOCIMIENTO ... NUESTRO COMPROMISO

**LECTURAS DE
FILOSOFÍA DEL
DERECHO**

VOLUMEN I

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

DIRECCIÓN GENERAL DE ANALES DE JURISPRUDENCIA Y BOLETÍN JUDICIAL

PRESENTACIÓN

La Filosofía del Derecho forma parte de la Filosofía general, como una de sus ramas o tratados. Sin embargo, a pesar de su gran importancia, esta rama del pensamiento filosófico no se cuenta, ciertamente, entre las más antiguas. Si admitimos que la Filosofía, como disciplina autónoma, nace en Grecia –lo cual nos parece una aseveración razonable, porque el pensamiento filosófico prehelénico lo encontramos siempre mezclado confusamente con mitos y creencias religiosas–, tenemos igualmente que admitir que las primeras inquisiciones específicamente filosóficas del hombre fueron de carácter cosmológico, que tuvieron por objeto esclarecer la naturaleza íntima de la materia, analizándola en sus cuatro “*elementos*” tradicionales.

Los rudimentos de la Filosofía del Derecho nacieron con Sócrates, que se ocupó –aunque en forma completamente asistemática– de la conducta humana en sociedad y de los distintos tipos de normas que la rigen. En poco tiempo, la nueva disciplina alcanzó una considerable madurez gracias a las especulaciones de Platón y

Aristóteles sobre la organización social, la política y las leyes, y desde entonces no ha dejado de ocupar un lugar preeminente en el panorama del pensamiento filosófico de Occidente. En este proceso de continuo desarrollo, hubo una etapa de profunda crisis provocada, a mediados del s. XIX, por la eufórica difusión del Positivismo, corriente filosófica caracterizada por una orientación abiertamente antimetafísica. La contradicción interna de esta corriente filosófica, fue determinante para que su vigencia fuera muy efímera, y su rápida decadencia permitió, desde las dos últimas décadas del siglo antepasado, el resurgimiento de la Filosofía del Derecho con más bríos que antes.

¿Cuál es la razón por la que la Filosofía del Derecho, aunque no siempre bajo este nombre, ha llamado la atención de los más grandes filósofos y juristas, y los ha movido a dedicarle una buena parte de su mejor creación intelectual? ¿En qué radica la importancia de la Filosofía del Derecho? Radica, nada más y nada menos, en la importancia del Derecho mismo, como orden normativo esencialmente orientado a la consecución de la Justicia y la paz social, condiciones indispensables para la realización de la sociedad en su papel de promotora del bien común. En efecto, sin Derecho la sociedad no podría alcanzar sus fines esenciales y aun difícilmente podría subsistir; y sin la Filosofía del Derecho, éste quedaría reducido a una entidad precaria, insubstancial, sin fundamento y carente de sentido.

La ciencia del Derecho positivo coincide con las demás ciencias no filosóficas en que considera su objeto de estudio desde el punto de vista de las causas y efectos inme-

diatos, prescindiendo de los primeros principios y los últimos fines. El Derecho nos enseña cuáles son las normas jurídicas vigentes en un lugar y en un momento dados, cuál es su contenido concreto y cuáles los fines particulares que se proponen con respecto a un determinado tipo de situación (por ejemplo, cuáles son las leyes aplicables a los contratos celebrados en México, y en qué forma procuran realizar la Justicia conmutativa y garantizar el equilibrio entre las partes contratantes), pero no nos dice –ni puede decirnos– lo que constituye la esencia de la norma jurídica y de los derechos y deberes que genera, ni cuáles son los fines supremos del orden jurídico, ni lo que son en sí la Justicia y los demás valores a ella ligados.

Esta es precisamente la doble función de la Filosofía del Derecho: por una parte, indagar la esencia de las realidades básicas que hacen posible la existencia del Derecho como orden normativo social, así como esclarecer los conceptos fundamentales que la ciencia del Derecho maneja sistemáticamente como instrumentos intelectuales de validez presupuesta; y por la otra, determinar los fines y valores supremos a cuya realización debe ordenarse el Derecho positivo. En el desempeño de esta difícil pero imprescindible tarea, la Filosofía del Derecho despliega sus fuerzas para cubrir, por así decirlo, la retaguardia y la vanguardia del Derecho. Ya lo expresó de esta manera, en feliz imagen, el eximio maestro don Luis Recaséns Siches:

La ciencia jurídica no es por sí sola capaz de explicar los cimientos que están más acá de ella, ni tampoco las ideas que están más allá de ella,

que son precisamente las que le dan sentido. La conciencia de estas dos penurias fue la que disparó de nuevo la reflexión filosófica sobre el Derecho. Y, consiguientemente, como quiera que las urgencias o problemas eran dos, se originaron dos partes capitales de la Filosofía jurídica: la fundación de la Teoría general o fundamental del Derecho para aclarar los conceptos básicos que constituyen la cimentación de toda realidad jurídica, así como también de toda ciencia jurídica; y el restablecimiento de la problemática estimativa o axiológica del Derecho.¹

— 0 —

En la retaguardia, es decir, en la zona colocada más acá de la ciencia jurídica, los servicios prestados por la Filosofía del Derecho han sido de primer orden, puesto que, como ya se ha dicho, ha desentrañado y afinado la verdadera significación de los conceptos fundamentales que constituyen la materia prima con que trabajan los juristas para la construcción, estudio e interpretación del Derecho. Entre estos conceptos básicos, ocupa el primer lugar, por supuesto, el concepto mismo de Derecho mismo, por el cual conocemos lo que constituye la esencia de lo jurídico en cuanto tal, prescindiendo de las individualizaciones concretas con que lo jurídico aparece ante nuestros ojos en el tiempo y en el espacio.

1 Luis Recaséns Siches. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. 2a. ed., Porrúa. México. 1961, pág. 11.

Los primeros jusfilósofos en sentido estricto, es decir, los tres grandes del pensamiento clásico griego, aunque tuvieron conceptos claros sobre la esencia del Derecho positivo, insistieron de manera muy particular en el carácter del mismo como instrumento indispensable para la pacífica y fructífera convivencia social. Podemos tomar sus especulaciones a este respecto como un buen ejemplo de lo que la filosofía jurídica ha hecho desde sus inicios, por la elaboración de una teoría general o fundamental del Derecho, empezando por justificar la existencia misma del orden jurídico positivo.

*La ciudad y sus leyes son necesarias y responden a las exigencias de la naturaleza humana: tal es la convicción que informa las enseñanzas de Sócrates, y sobre todo su actitud ante la sentencia de muerte de que fuera objeto.*²

Platón, por su parte, consideraba que en la sociedad ideal, gobernada por los hombres más sabios, saldría sobrando por completo el Derecho positivo, sobre todo en su manifestación de Derecho legislado, pues los jueces estarían perfectamente capacitados para resolver los casos particulares mediante la adaptación de los principios generales de la Justicia a las circunstancias concretas, sin verse limitados por la inevitable rigidez de las leyes escritas de carácter abstracto y general. Sin embargo, el paso de los años y la amarga experiencia conven-

2 Antonio Truyol y Serra. *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. Vol. I. 5a. ed. Biblioteca de la Revista de Occidente. Madrid. 1976, pág. 149.

cieron al ilustre ateniense de lo irrealizable de su *República* perfecta, y, en consecuencia, de la necesidad de las leyes como instrumento de convivencia pacífica entre los imperfectos hombres que integran la sociedad.

Consciente de la imperfección de los hombres, admite ahora Platón la necesidad de fijar los principios de gobierno en leyes positivas de carácter general que, por otra parte, han de nutrirse de la experiencia colectiva plasmada en la costumbre y la tradición.

En El Político se advierte claramente cuánto le costó a Platón el tránsito desde la arbitrariedad, a la vez justa y flexible, del gobernante según la idea..., hasta una legalidad que en el mejor de los casos es un sucedáneo, cuya rigidez tropieza contra la multiformidad de las situaciones por regular. Pero en el estado actual de la humanidad, este sucedáneo es con todo la solución más aceptable.³

Aristóteles desarrolló una concepción del Derecho mucho más digna que la de Platón. El *Estagirita*, a diferencia de su ilustre maestro, no acepta a regañadientes el Derecho positivo como un mal necesario, sino que lo propone con entusiasmo como un medio de regulación social que, por su carácter impersonal, no menoscaba en nada la dignidad de los hombres libres que, en cuanto gober-

3 *Ibid.*, pág. 165.

nados, tienen que someter su voluntad y sus acciones a mandatos externos.

Si la polis asegura el imperio de la justicia..., ello se realiza a través de un derecho positivo, de leyes generales, escritas o consuetudinarias. El derecho positivo no es, como en Platón, una concesión a la fragilidad humana, sino una institución necesaria, que además es la condición de la libertad, por cuanto transforma la relación personal de subordinación de unos hombres con respecto a otros, en la común sumisión de todos a un principio impersonal que determina objetivamente su situación respectiva. La ley, escrita o no escrita, que surge de una experiencia colectiva, es intrínsecamente superior a cualquier decisión de un individuo, por esclarecido y sabio que sea. Sólo ella permite que la obediencia a una autoridad sea compatible con la dignidad de hombre libre del que obedece. La ley, por ser “la razón desprovista de pasión” (según la fórmula optimista de Aristóteles), ha de llegar a ser en la sociedad política la suprema autoridad.⁴

Santo Tomás de Aquino, que asimiló maravillosamente el pensamiento clásico y en no pocos puntos lo formuló con mayor precisión, o al menos en forma más explícita, legó a la posteridad una magnífica definición de la ley, según la cual ésta es una *ordenación de la razón al bien*

4 *Ibid.*, págs. 181-182.

*común promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad.*⁵

Aunque se ha censurado a esta definición su carácter excesivamente intelectualista, la verdad es que, en su ulterior desarrollo, el *Aquinate* expone adecuadamente los aspectos volitivos de la ley humana o positiva, lo mismo que sus principales características, como son la generalidad, la coercitividad y la supremacía absoluta en el plano humano, es decir la obligatoriedad de la ley para todos los miembros del cuerpo social, incluidos los gobernantes que la formulan y promulgan.

*Por ordenarse al bien común, la ley humana debe tener alcance general y proceder de una instancia pública que obre en representación del cuerpo social. Esta instancia pública queda sometida a la ley mientras no provea a su derogación. Finalmente, la ley humana no puede quedar a merced de la buena voluntad de sus destinatarios, por lo que va respaldada por la fuerza de la colectividad, pudiendo imponerse coercitivamente.*⁶

Todo lo anterior nos da una buena idea de lo que la Filosofía del Derecho ha significado, desde sus inicios, como disciplina fundante de la Jurisprudencia, no sólo esclareciendo la esencia de lo jurídico, sino también aquellos otros conceptos sin los cuales es imposible la compren-

5 Santo Tomás de Aquino, citado por A. Truyol y Serra. *Op. cit.*, pág. 342.

6 A. Truyol y Serra. *Op. cit.*, pág. 345.

sión del Derecho como realidad y como ciencia, a saber: la persona, el objeto, el supuesto jurídico, la relación jurídica, la consecuencia jurídica, el deber, el derecho subjetivo.

Uno de los factores que favorecieron el renacimiento de la Filosofía del Derecho tras el ocaso del Positivismo, fue precisamente la rebelión intelectual contra la falta de fundamentación y el desorden que la ciencia jurídica padecía, a consecuencia de absurdos prejuicios antimetafísicos.

Estos problemas apuntaron en la conciencia de muchos juristas profesionales entre los años de 1870 y 1890 que constituyeron la época en que empezó a germinar un renacimiento de la Filosofía jurídica, sobre todo como Teoría general del Derecho. Se advirtió que los estudios jurídicos—restringidos por las limitaciones positivistas—ofrecían un espectáculo de caos. En efecto, cada tratado o cada profesor dedicado a una disciplina jurídica especial consagraba los primeros capítulos, o las primeras lecciones, a tratar de esclarecer el concepto del Derecho como norma, el de derecho subjetivo, el de relación jurídica, el de persona, el de objeto, etc. Pero resultaba que la explicación que cada especialista daba de esos conceptos fundamentales era diversa de la suministrada por otros especialistas, con lo cual se producía un estado de desorden y confusión. Se cayó en la cuenta de que todos esos temas no pueden ser resueltos por la suma de las aportaciones de cada disciplina jurídica particular, sino que requieren

*una doctrina general autónoma, que tiene ya carácter filosófico.*⁷

— 0 —

No menos valiosos han sido los servicios prestados por la Filosofía jurídica en lo que hemos llamado la vanguardia del Derecho, es decir, determinando los fines y valores hacia cuya realización se ordena el Derecho positivo, entidad esencialmente instrumental y, por lo tanto, de un marcado carácter teleológico y axiológico. También en este campo, al que se le designa con el nombre de estimativa jurídica, resultan muy ilustrativas las aportaciones de la Filosofía del Derecho en sus primeras etapas como disciplina autónoma. Sócrates, por ejemplo, veía con toda claridad la relación esencial entre el Derecho y la Justicia, no obstante haber acatado la injusta sentencia que lo condenó a muerte.

*Esta actitud de Sócrates no implica un punto de vista positivista que desligue el derecho de la justicia. Sócrates ve en la ciudad una realidad ética, fundada en el orden divino de las cosas. Esta legitimidad esencial no es destruida por errores accidentales.*⁸

Aristóteles afirmó que uno de los fines esenciales de la sociedad es el asegurar el imperio de la Justicia, lo cual se logra mediante el Derecho positivo. La Justicia, por lo tanto, es el fin esencial del Derecho, constituye una de las

7 L. Recaséns Siches. *Op. cit.*, pág. 13.

8 A. Truyol y Serra. *Op. cit.*, pág. 149.

más elevadas virtudes, y ciertamente la más indispensable para la vida social.

Lugar destacado entre las virtudes éticas corresponde a la justicia, a cuya teoría dedica el filósofo el libro V de la Ética de Nicómaco.

En un sentido amplio, la justicia equivale al ejercicio de todas las virtudes, referido a otro. Aquí aparece ya una nota esencial de la justicia: la alteridad. Pero en sentido estricto, la justicia se define como una virtud ética particular en la que se da, además de la alteridad, la nota de igualdad. En la justicia se aplica y realiza el principio de igualdad como fundamento de la cohesión y armonía en la vida social.⁹

Profundamente teleológica y axiológica fue también la concepción del Derecho desarrollada por Santo Tomás de Aquino, para quien era inconcebible el divorcio entre los aspectos formal y substancial de la ley. Un precepto positivo que no se ordene a la consecución del bien común a través de la Justicia, no merece siquiera el nombre de ley.

Las leyes humanas obligan por su congruencia con la ley natural, hasta tal punto, que en aquello en que se apartan de la ley natural dejan de ser leyes, son una corrupción de la ley. Además de su elemento formal (promulgación por autoridad

9 *Ibid.*, pág. 177.

competente), caracteriza materialmente a la ley humana el estar al servicio del bien común.

Insiste el Aquinatense en que no incumbe a la ley humana prohibir todos los vicios, ni preceptuar todas las virtudes: su objeto se limita a aquellos actos cuyo alcance social es mayor, y que por ello afectan directamente al bien común. Mas como la virtud ordenada de suyo al bien común es la justicia, la afirmación anterior equivale a decir que la ley humana versa sobre la materia de la justicia, y sólo se extiende a la de otras virtudes en cuanto revisten de alguna manera el carácter de justicia con respecto al bien común.¹⁰

Pero de nada serviría afirmar que la Justicia es el fin consubstancial del Derecho, si no se aclara lo que es la Justicia, y éste es, precisamente, uno de los temas cardinales de la Filosofía del Derecho. Una vez más, invocamos como ejemplo el pensamiento jurídico-filosófico de Santo Tomás, que constituye una buena síntesis de las primeras reflexiones que la Filosofía del Derecho dedicó a la esencia de la Justicia, como eje central de la estimativa jurídica.

La teoría tomista de la justicia es un desarrollo sistemático de la de Aristóteles, con la ayuda de la jurisprudencia romana, que el Ángel de las Escuelas conocía como pocos escolásticos. La justicia es aquella virtud de la voluntad que ordena al

10 *Ibid.*, págs. 344-345.

hombre en las cosas relativas a otro. Implica cierta igualdad, y esta igualdad se establece en relación a otro. Pero a la referencia al otro, a la alteridad, se añade una relación de débito, y por eso la justicia asegura a todos lo suyo. Santo Tomás la define, modificando algo un texto de Ulpiano, como “el hábito según el cual uno, con constancia y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho”.¹¹

El campo de la Filosofía del Derecho como estimativa jurídica es amplísimo, pues comprende no sólo la definición de la Justicia y su adecuación a las cambiantes realidades de la vida social, sino también una variada gama de valores relacionados con la Justicia –como la seguridad jurídica, la paz social, la libertad, el bien común, la dignidad de la persona humana, etc.– cuya búsqueda y realización dan sentido al Derecho en sus cuatro momentos fundamentales, a saber: cuando es creado; cuando es reformado para adaptarlo al proceso de desarrollo de la sociedad; cuando es aplicado, en condiciones normales, a situaciones concretas cuya complejidad no puede ser prevista en forma exhaustiva por ningún precepto de carácter general y abstracto; y cuando sus inevitables lagunas tienen que ser llenadas por el órgano jurisdiccional.

– 0 –

Sin la teoría fundamental del Derecho, la Jurisprudencia sería una disciplina inconsistente y caótica, y sin la esti-

¹¹ *Ibid.*, pág. 346.

mativa jurídica el Derecho sería una forma vacía, un orden normativo inhumano, carente de sentido y despóticamente situado por encima de todo juicio crítico basado en los valores objetivos que dan significado a la vida individual y social.

Por los motivos anteriores, es que el **H. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal**, a través de su Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, pone en las manos de los impartidores de Justicia, abogados postulantes, y académicos y estudiosos tanto del Derecho como de la Filosofía, esta obra conformada por dieciocho ensayos de jusfilósofos de enorme prestigio internacional.

El presente libro se divide en tres grandes secciones temáticas, la primera de ellas se denomina *La Filosofía del Derecho*, y está integrada con artículos de los prestigiados profesores William James Durant, de los Estados Unidos de América; del español J. J. Rodríguez Rosado, catedrático de la Universidad de Navarra; del destacado y recientemente fallecido profesor emérito de la Facultad de Derecho de nuestra máxima Casa de Estudios don Rafael Preciado Hernández; del eminente erudito y también exprofesor de la UNAM don Luis Recaséns Siches; de otro eximio profesor emérito del más antiguo y prestigioso centro de enseñanza jurídica del país, don Eduardo García Máynez; y del exprofesor emérito de la Universidad Iberoamericana, el jesuita don Miguel Villoro Toranzo.

La segunda parte, intitulada *Derecho y Universo*, se compone de siete ensayos, de la autoría de eminentes autores como los ya mencionados Recaséns Siches, y Preciado Hernández; del sabio teólogo y dominico español del s. XVI Domingo de Soto; de los profesores alemanes Rudolf Stammler, quien fuera miembro de la judicatura de su país, Carl Joachim Friedrich, excatedrático en la Universidad de Harvard, y Hans Welzel, catedrático de las Universidades de Gotinga y Bonn; y la tercera y última sección, *Ciencia y Derecho*, consta de cinco artículos, del citado profesor mexicano Villoro Toranzo y de los argentinos Ernesto Eduardo Borga, profesor de la Universidad Nacional de la Plata, Juan Carlos Gardella, de la Universidad Nacional de Rosario, y Miguel Herrera Figueroa, de la Universidad Nacional de Tucumán.

Finalmente, manifiesto mi firme y honda convicción de que este primer volumen de ***“Lecturas de Filosofía del Derecho”***, impreso bajo el reconocido sello editorial de esta Alta Casa de Justicia capitalina, será –a no dudarlo– de gran utilidad para la comprensión y discusión de la esencia y conceptos más elevados de la carrera y ciencia que felizmente hemos abrazado: el Derecho.

MAG. JUAN LUIS GONZÁLEZ A. CARRANCÁ
PRESIDENTE DEL H. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
Y DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA DEL DISTRITO FEDERAL

Invierno del 2001-2002

ANALES DE JURISPRUDENCIA

COLECCIÓN “DOCTRINA”

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA Y
DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA DEL DISTRITO FEDERAL

MAG. JUAN LUIS GONZÁLEZ A. CARRANCÁ

Y LOS CONSEJEROS DE LA JUDICATURA:

LIC. JUAN BAUTISTA GÓMEZ MORENO,

DRA. ELENA RUTH GUZMÁN GÓMEZ,

LIC. JUAN ÁNGEL LARA LARA,

LIC. JOSÉ CRUZ LAVANDEROS YÁÑEZ,

LIC. JUAN TZOMPA SÁNCHEZ, Y

LIC. JORGE VALENTÍN VÁZQUEZ CASTELLANOS.

TIENEN EL HONOR Y AGRADO DE HACER
LLEGAR AL LECTOR LA PRESENTE OBRA,

PORQUE PUBLICAR LIBROS ES NUESTRA TAREA,
Y
DIFUNDIR CONOCIMIENTO ... NUESTRO COMPROMISO

DIRECCIÓN GENERAL DE ANALES DE JURISPRUDENCIA Y BOLETÍN JUDICIAL



Sexta Época. Segunda Etapa

I
LA FILOSOFÍA
DEL DERECHO

LOS INCENTIVOS DE LA FILOSOFÍA

*William James Durant**

SUMARIO

I. Introito.- II. Los Epistemólogos.- III. Los Teólogos.- IV. Los hombres de ciencia.- V. La reina de las ciencias.

I. Introito

¿Por qué parece haber muerto la filosofía? ¿Por qué sus hijas, las ciencias, tras dividirse su herencia, la han echa-

* Nació el 5 de noviembre de 1885, en North Adams, Massachussets, murió el 7 de noviembre de 1981, en Los Ángeles, California. En 1914, ocupó el cargo de director en la Escuela *Labor Temple* hasta 1927, donde impartió clases y conferencias de filosofía e historia para los trabajadores. Obtuvo su título en filosofía en la Universidad de Columbia en 1917, y en ese mismo año sirvió como instructor de filosofía en dicha universidad. Entre 1935 y 1963 se publicaron ocho volúmenes de su monumental *Historia de la Civilización*, que relata la historia humana desde sus inicios en el Oriente hasta el final del reinado de Luis XIV, y posteriormente dos volúmenes finales con la historia de la Revolución Francesa. Durant mostró su vida personal e intelectual en su autobiografía titulada *Transition*.

do fuera de casa, como al rey Lear, con ingratitud más fría que los vientos invernales?

En otros tiempos hombres principalísimos estaban dispuestos a morir por ella: Sócrates prefirió ser su mártir antes que vivir escondiéndose de sus enemigos; Platón se arriesgó dos veces para conquistarle un reino; Marco Aurelio la amaba con más pasión que a su propio trono, y Bruno se dejó quemar en la pira por fidelidad a ella. Hubo épocas en que los reyes y los papas temían a la filosofía y emprisionaban a los adeptos de ella para evitar la caída de sus propias dinastías. Atenas desterró a Protágoras, y Alejandría tembló ante Hipatia; un papa poderoso solicitó tímidamente la amistad de Erasmo; regentes y reyes echaron a Voltaire de sus dominios, y se abrasaron en celos cuando a la postre todo el mundo civilizado se inclinó reverente ante la pluma del poscrito. Los dos Dionisios ofrecieron a Platón el gobierno de Siracusa; el mecenazgo de Alejandro Magno hizo de Aristóteles el hombre más docto de la historia; un rey erudito elevó a Francisco Bacon casi a la dirección de Inglaterra, a la vez que le libraba de sus enemigos; y Federico el Grande, cuando a medianoche sus pomposos generales se retiraban a dormir, disfrutaba las mejores de sus tertulias con poetas y filósofos, admirando los ilimitados reinos y los imperios perdurables que éstos poseían.

Los tiempos más famosos de la filosofía fueron aquéllos en que valientemente amamantó en su seno a todos los conocimientos, manteniéndose al frente de los avances de la inteligencia. Los hombres la honraban, convencidos de que no hay nada más noble que el amor a la verdad.

Alejandro declaró a Diógenes que le tenía por el hombre más ilustre después de sí mismo, a lo que Diógenes contestó que tuviera la bondad de ponerse a un lado porque su cuerpo real le estaba quitando el sol. Estadistas, pensadores y artistas escucharon las enseñanzas de Aspasia, y tiempos después diez mil estudiantes hacían largas peregrinaciones hasta París para aprender de Abelardo. No era entonces la filosofía esa solterona tímida que se ocultara en los claustros, recelosa del contacto con el mundo; sus ojos luminosos no temían la luz del día; vivía frente al peligro, y se embarcaba en lejanos viajes por mares desconocidos. En aquellos años en que mantenía su corte frente a los monarcas, ¿se hubiera contentado con los estrechos límites a que hoy ha sido reducida? Fue en algún tiempo luz de variados colores que alimentaba con radiaciones y efervescencias las almas más profundas; en cambio, ahora le obligan a ser el satélite vergonzante de ciencias fragmentarias y de disciplinas escolásticas. Fue alguna vez la amada orgullosa de todos los instruidos, y eran los más ilustres sus gozosos servidores; ahora, despojada de su belleza y de su poder, queda desolada al borde del camino, y ni los más pobres le ofrecen reverencia.¹

¿Por qué?

La filosofía no es hoy debidamente estimada porque ha perdido su espíritu de aventura. El rápido progreso de

1 Aún quedan algunas excepciones: la palabra de Bergson ha fascinado grandes auditorios, y Bertrand Russell ha tenido el honor de hacer temblar a un Gobierno.

las ciencias le ha ido quitando uno por uno sus antiguos y espaciosos reinos. La “cosmología” ha venido a ser astronomía y geología; la “filosofía natural” se ha convertido en física y biología; y en nuestros propios días, la “filosofía del espíritu” ha fraguado en psicología. Han escapado así de ella todos los problemas reales y cruciales. Ya no se ocupa de la naturaleza de la materia ni del secreto de la vida y del crecimiento; la voluntad, cuyo libre arbitrio defendió en cientos de batallas intelectuales, ha sido aplastada por el mecanicismo de la vida moderna; el Estado, cuyos problemas fueron también los suyos, es hoy el pródigo coto de caza de espíritus mezquinos, y ahora menos que nunca se escuchan en él los consejos de la filosofía. Sólo le van quedando las frías cumbres de la metafísica, los infantiles anagramas de la epistemología y las discusiones académicas de una ética que ha perdido toda su influencia sobre la humanidad. Y todavía se sigue gastando a costa suya; nuevas ciencias surgirán y depredarán con compases, reglas y microscopios lo poco que le queda, y quizás el mundo olvidará que hubo alguna vez filosofía y que conmovió los corazones y dirigió las mentes de los hombres.

II. Los epistemólogos

Y bien puede merecer la filosofía ese desprecio y olvido tal como ha sido escrita durante los últimos doscientos años. Pues ¿qué ha sido de la filosofía desde que murieron Bacon y Spinoza? En su mayor parte no ha pasado de ser sino epistemología, teología escolástica del conocimiento, mera técnica esotérica, mística e incomprensible discusión acerca de la existencia del mundo exterior. La inteligencia,

que podía haber hecho reyes-filósofos, se encerró en análisis eruditos de las razones inventadas en pro y en contra de la posibilidad de que existiesen (cuando dejaban de ser percibidos) nuestros vecinos, las bacterias, los océanos y las estrellas. Y durante doscientos cincuenta años esta guerra de ranas y ratones ha ido adelante, sin resultado alguno apreciable para la filosofía de la vida, y sin provecho para nadie, excepto para los impresores.

Alguna culpa de esto pesa sobre la sencilla, casi ingenua, sentencia de Descartes “*Je pense, done je suis*”; pienso, luego existo. Quiso Descartes comenzar su filosofía con un *mínimum* de suposiciones; pretendía someter al examen de su “duda metódica” todas las creencias, y aun los axiomas, de los hombres, para construir un sistema consecuente de conocimiento partiendo de su sola premisa “pienso, luego existo”. Era muy peligroso eso de que el ser dependiese hasta tal punto del pensar; sería juicioso concluir que la existencia, con tal base, era un privilegio aristocrático, y los más cínicos pudieron, con tal autoridad, privar a todo un sexo no sólo del alma (como hizo Weininger), sino también de su existencia real.

Pero el perjuicio mayor cayó sobre la filosofía, pues erigir una explicación del mundo sobre el hecho de que un hombre piense, es crear tal lío de dificultades que costó el empleo de las sutilezas de diez generaciones de epistemólogos para intentar, con resultados muy dudosos, ponerlo en orden. En primer lugar, ese *je* o *ego* de Descartes era considerado como espiritual, no material. Ahora bien, como probablemente un cuerpo sólo puede ser movido por contacto con otros cuerpos, ¿de qué modo

podría ese espíritu incorpóreo actuar sobre las sustancias moleculares del cerebro? De tan “lindo” atolladero surgieron las “maravillas” del materialismo, el idealismo y el paralelismo psicofísico. Los partidarios de este último argüían que, si la mente y el cerebro son tan diferentes, no pueden influirse mutuamente; por lo que las dos series de hechos –materiales y mentales, cerebrales e intelectuales– deben ser separados y distintos, sin influencias recíprocas, aunque milagrosamente paralelos. Los materialistas argüían que, puesto que evidentemente el “espíritu” actuaba sobre el cuerpo, debía ser de sustancia análoga a la de éste, y tan corpóreo y material como la bilis. Los idealistas, en cambio, opinaban que, puesto que la única realidad de que podemos estar seguros es la que sirvió a Descartes de punto inicial –la realidad del pensamiento– todas las demás son reales para nosotros sólo en cuanto que son percibidas por nuestros sentidos y construidas por nuestras mentes; el propio cuerpo resultaba así mera percepción, y la materia no era sino un conjunto de ideas.

De este modo comenzó tan divertida contienda, de la que ahora queda sólo la pelea, pero no la diversión. A veces aparece un epistemólogo capaz de sonreír, como Bradley o William James, a veces surge alguno que comprende que su ...ología es sólo un juego, y con ella sigue jugando mientras nos hace guiños de connivencia: tal es el caso de David Hume. Pero, sacadas estas excepciones, jamás vimos un grupo de gente tan implacablemente solemne como éste: Desde John Locke hasta Rudolf Eucken, sus caras se han ido estrechando y alargando progresivamente en cada generación, como si quisieran

ponerse de acuerdo con su triste disciplina. Berkeley dijo que sólo existía lo que era percibido... por el hombre o por Dios; según esto, tampoco sonreía este buen obispo..., aunque nos quedan ciertas sospechas después de estudiar mejor a tan inteligente irlandés.

Eso de que no existe para determinada mente sino lo que dicha mente percibe, más que cierto, es una tautología, un truismo, una verdad de Pero Grullo, y no hay por qué deducir de aquí esa frecuente confusión de que sólo existe lo que es percibido. Tal confusión era necesaria y válida para filósofos que temblaban ante el burdo materialismo de Holbach, de Moleschott y de Büchner; en cambio, era bien desaprensiva la actitud de Berkeley para librarse del materialismo, al probar con un simple soplido estratégico que la materia no existe; fue la suya una obra maestra de prestidigitación lógica, y nos proporcionó la advertencia de que las gentes que estudian filosofía deben mirar ante todo al filósofo. Pero todo ello no es más que una bagatela, pues hasta los obispos pueden cometer mentiras piadosas. Ya decía Anatole France que “lo que distingue al hombre de los animales es el mentir y la literatura”.² Ahora bien, ¿cuánto hay de literatura en la epistemología idealista?

Esto no quiere decir que no haya problemas en epistemología. Claro que los hay, y muchos, como quizá tengamos ocasión de verlo; pero esas cuestiones de la relación entre el sujeto y el objeto, del modo en que el conocedor se apropia lo conocido, de los elementos objetivos y subjetivos

2 Brousson, *Anatole France en pantuflas*, pág. 134.

vos del conocimiento, de la objetividad del espacio y del tiempo y del grado en que las cualidades que adscribimos a los objetos pertenecen a ellos o a la mente que los percibe, éstas, con todos sus detalles, no son sino dificultades psicológicas, empresas que exigirán a la psicología repetidas y agudas observaciones y experimentos; y no tienen más de problemas filosóficos que lo que tenga la preparación del *rosbif* o los misterios del metabolismo. Análogamente pertenece cada problema a la filosofía: por su relación con el todo, y es muy lamentable eso de que en el gran drama de las ideas un actor quiera adjudicarse todos los papeles y participar en todas las escenas del pensamiento filosófico.

III. Los teólogos

Casi tan funesta como la anterior es la presunción de que la función de la filosofía reside en servir de crítica al método científico. También aquí el deseo prohija subrepticamente al pensamiento, pues ciertos profesores apoloéticos, incapaces de mostrar la irrealidad de la materia, decidieron mostrar la incompatibilidad de la ciencia. Las admisiones de Mach, Pearson y Poincaré de que las conclusiones de la ciencia eran meras formulaciones taquigráficas de los “hábitos” de una naturaleza nunca observada del todo, y de que esas conclusiones podían más adelante ser contradichas y superadas por observaciones más amplias, fueron acogidas como el talón de Aquiles del que había matado a los pechoscolorados de la teología. Era ésta una buena ocasión para mostrar que la razón es falible, que la ciencia nos da, no la certeza, sino sólo la probabilidad, y que *ergo* (por tanto), todos los pia-

dosos dogmas de nuestra infancia podían ser de nuevo sacados del museo, revestidos de frascología cuidadosamente ininteligible y vendidos a la próxima generación como mercaderías levemente averiadas. Por todas partes surgieron señores que examinaron cuidadosamente los axiomas matemáticos, los conceptos de espacio y tiempo, de número y de medida, de cantidad y de cualidad, concluyendo su docta abracadabra con que como fondo último de todas las cosas estaba Santa Claus.

¿Hay que extrañarse, después de tan desvergonzados juegos de manos, de que las gentes veraces hayan desconfiado de los filósofos? ¿De qué nos sirve toda esa lógica, si sus silogismos no son más que el cínico disfraz de nuestros deseos más profundos? “La metafísica –dice Bradley– es el hallazgo de razones torcidas por las que nos creemos superiores a nuestros instintos, aunque ya la búsqueda de esas razones no es sino un instinto”.³ Y lo peor es que a veces es el hallazgo de razones torcidas que deseamos sean creídas por otros. Voltaire era demasiado honrado para declararse deseoso de que su sirvienta y su cocinero aceptasen las creencias ortodoxas de su región y su época, pues pensaba que eso apenas disminuía las probabilidades de que le robasen las joyas o le envenenasen la comida. Toda teoría filosófica –dice Lotze– es el intento de justificar “cierta opinión fundamental de las cosas que ha sido adoptada en la primera parte de la vida”.⁴ Los filósofos “dicen que sus opiniones han sido pensadas y descubiertas a través de su

3 *Apariencia y realidad*, pág. XIV.

4 En Muirhead, *Filosofía inglesa contemporánea*, pág. 15.

propia evolución mediante una dialéctica fría, pura y sobrehumanamente indiferente [...], mientras que, de hecho, sus proposiciones, ideas o sugerencias –todas prejuicios– no son generalmente sino deseos abstractos y refinados de su corazón, los que defienden con argumentos rebuscados después que aquéllos aparecieron”.⁵ Así lo escribía el honradísimo Nietzsche.

Quizá hemos llegado ahora al *caput Nili* (las fuentes del Nilo, la raíz) de lo que desfigura a la filosofía, de ese modo se deshonra a la verdad desde que se comienza su búsqueda. Se es así el apologista de un dogma transitorio, quedándose trágicamente corto en cuanto se refiere a la conciencia intelectual, al paciente respecto de la evidencia y a esa penosa atención para con los ejemplos negativos, que distingue a hombres de ciencia como Humboldt o Darwin de esos filósofos aficionados y “literatos” como Leonardo y Goethe. Los escolásticos, erróneamente considerados como filósofos, puesto que eran fundamentalmente teólogos, implantaron la moda de subordinar la búsqueda de la verdad a la promulgación de la fe; sus gigantescas *Summas* eran Libros Amarillos oficiales, inspirados por la Oficina de Propaganda del Vaticano en su guerra contra las herejías; lo decían claramente: *philosophia ancilla theologiae*, la filosofía es la sirvienta de la teología. Y aunque los fundadores de la filosofía moderna –Bacon, Descartes y

5 *Más allá del bien y del mal* § 5.

* Las páginas de las obras citadas corresponden generalmente a las ediciones inglesas o norteamericanas de dichas obras, cuyas características de lugar, fecha etc., no suele especificar el autor.

La notas precedidas de un * han sido añadidas por el traductor. (N. del T.).

Spinoza— protestaron contra tal degradación de la filosofía, sus nietos, nuestros contemporáneos, se han sometido ampliamente a la vieja tradición.

Al margen de esta mancha teológica, las demás faltas de la filosofía crecen como dolencias misteriosamente multiplicadas de una enfermedad hereditaria. ¿A qué se debe, pues, su oscuridad sino a su imperfecta honradez? No hay duda de que algo de la oscuridad que ahoga al pensamiento moderno se debe al modo de eludirse la verdad y a lo abstruso de las consideraciones cósmicas; pero tal clase de oscuridad no alejaría por sí sola el interés humano tan completamente. Shelley es oscuro, pero, ¿quién no le rinde homenaje? ...al menos de labios afuera. Las mujeres son oscuras, pero ¿qué hombre hay tan decaído que no se sienta incitado a la eterna empresa de penetrar esa oscuridad y destapar ese misterio? No; la oscuridad de la filosofía moderna es otra, y muy distinta. Cuando un hombre miente, es más difícil de entender que cuando dice la verdad; para cada hecho hay muchas fantasías posibles, pero sólo un perito puede hacer su mentira tan consecuente como la verdad. Ahora bien, los peritos en mentir no se hacen filósofos, pues son urgentemente reclamados para los cargos diplomáticos, y la divina filosofía ha de contentarse con modestos cuenteros, cuyos trucos se desmoronan al primer tanteo del mundo viviente.

Vemos, por fin, que es esta deshonestidad inicial la que alimenta el intelectualismo estéril de la especulación contemporánea. Quien no está seguro de su integridad mental evita los problemas vitales de la existencia humana,

pues el gran laboratorio de la vida puede hacer saltar en cualquier momento su débil mentira y dejarle desnudo y tiritando frente a la verdad. Comienza por construirse una torre de marfil con tomos esotéricos y periódicos filosóficos profesionales; sólo se encuentra cómodo en compañía de ellos, y hasta teme el irritante realismo de su hogar. Se desvía más y más de su tiempo y de su pueblo, y de los problemas que interesan a su país y a su siglo. Tampoco le atraen los vastos ámbitos de la filosofía completa, pues le producen vértigos, y no siente pasión por atraer tanta cosa hacia sí, ni por poner algún orden y unidad en el fértil caos de su historia; antes al contrario, se retira tímidamente a cualquier rincón minúsculo y se aísla del mundo cubriéndose con determinada terminología técnica. Deja así de ser filósofo para convertirse en epistemólogo.

No ocurría eso en Grecia, donde los filósofos profesaban menos y comprendían más. Parménides reflexionaba nebulosamente acerca del misterio del conocimiento, pero los presocráticos se fijaron con consistencia meritoria sobre la tierra firme y procuraron arrancarle sus secretos mediante la observación y la experiencia, en vez de crearlos utilizando alguna dialéctica rezumante. Los introvertidos fueron bien escasos entre los griegos. Imaginemos a Demócrito, “el filósofo sonriente”: ¿no sería compañero peligroso para los disecados escolásticos que se consumieron en disputas acerca de la realidad del mundo exterior y se diluyeron en discursos sobre el número de ángeles que podían sentarse en la punta de un alfiler? Contemplemos a Tales llamando zotes a los filó-

sofos que “acaparaban el mercado” y acumulaban su tesoro en un año. Recordemos a Anaxágoras, que fue algo así como el Darwin de los griegos y transformó a Pericles de político intrigante en pensador y estadista. Miremos a Sócrates, impávido ante el Sol y las estrellas, arrastrando alegremente a los jóvenes y derrocando Gobiernos: ¿qué habría hecho a estos filosofastros estériles y cargados de antiparras que ahora galantean a la que entonces era gran reina? Para Platón, como para esos viriles predecesores suyos, la epistemología no era sino el vestíbulo de la filosofía, algo así como los preliminares del amor: agradables sólo para un rato, pero incapaces de completar las ansias creadoras de los enamorados. Acá y allá, en diálogos breves, el Maestro jugueteaba amorosamente con los problemas de la percepción, del pensamiento y del conocimiento; pero en sus momentos de producción intensa tendía su mirada sobre campos más amplios, construyendo Estados ideales y discurrendo acerca de la naturaleza y destino del hombre. Finalmente, Aristóteles cultivó todas las partes de la filosofía, cada una con su alcance y majestad sin límites; exploró y clasificó artísticamente todas sus regiones, colocando cada problema y cada ciencia como puentes para llegar a la sabiduría total.

Todos estos hombres ilustres conocieron que la filosofía no consiste en consumirse a sí misma en las oscuras soledades de la epistemología, sino en avanzar valientemente por los campos de la investigación recogiendo todo el saber posible para coordinar e ilustrar el carácter y la vida de los hombres. Comprendieron que el ámbito de la

filosofía no se limita a determinados acertijos insignificantes ocultos entre nebulosidades y desprovistos de interés e influjo en los asuntos humanos, sino que abarca todos los problemas amplísimos del significado, valor y posibilidades del hombre frente a este mundo ilimitado y fluyente.

IV. Los hombres de ciencia

Después de toda esta exposición de lo que la filosofía no es, o no debe ser, habrá que decir lo que es, o lo que idealmente quisiéramos que fuese. ¿Podemos devolver a la Reina de las Ciencias su antigua esfera de acción? ¿Podemos concebir de nuevo a la filosofía como conocimiento unificado y unificador de la vida? ¿Podemos bosquejar una especie de filosofía capaz de hacer a sus seguidores aptos para regirse a sí mismos y a los Estados, o sea, verdaderos y valiosos reyes-filósofos?

Técnicamente, como ya dijimos hace tiempo,⁶ la filosofía es “el estudio de la experiencia como un todo, o de una porción de experiencia en relación con el todo”. Se ve así claro que todo problema puede ser material filosófico, con tal que sea estudiado en su perspectiva total y a la luz de las experiencias y apetencias humanas.

Lo que distingue a una mente filosófica no es tanto la sutileza especulativa como la amplitud de visión y la unidad de pensamiento. Sustituycamos el *sub specie aeternitatis* de Spinoza por *un sub specie totius*.^{*} Son dos perspectivas que miran al mismo foco y con igual resultado,

⁶ En *La filosofía y el problema social*, pág. 1.

^{*} *Sub specie aeternitatis* = por referencia a la eternidad; *sub specie totius* = por referencia al todo. (N. del T.).

como nuestros dos ojos nos muestran un mismo objeto; pero mientras el hombre puede acumular su propia experiencia en un mundo ordenado relativamente, eso de ver las cosas con perspectiva de eternidad es prerrogativa de los dioses inmortales... que quizá no existan.

Las relaciones entre las ciencias y la filosofía son bien obvias: las ciencias son las ventanas a través de las que la filosofía mira al mundo, son los sentidos del alma filosófica, sin ésta, a su vez, el conocimiento científico es tan desesperadamente caótico como las sensaciones que llegan a una mente desequilibrada para constituir el saber de un idiota. Spencer tenía razón al decir que la filosofía es el conocimiento más generalizado; pero se equivocó al creer que no era sino mero conocimiento; antes bien, implica esa visión difícil y excelsa por la que elevamos el mero conocimiento a una perspectiva total que ordena y aclara la confusión de los deseos, abarcando esa cualidad tan distinta que llamamos sabiduría.

Sin ciencia, la filosofía es importante, pues, ¿cómo puede desarrollarse la sabiduría sino mediante el conocimiento debidamente proporcionado por la observación e integración honradas y organizado y estatuido por mentes imparciales? Sin ciencia, la filosofía resulta decadente y deshonesto, se aísla de la corriente del desarrollo humano y cae cada vez más irremediabilmente en la monótona futilidad del escolasticismo.

Pero sin filosofía, la ciencia no sólo queda desvalida, sino que resulta destructora y devastadora. La ciencia es descriptiva: mira con los ojos o con el telescopio, con el

microscopio o con el espectroscopio, y nos cuenta lo que ve; su función es observar cuidadosamente el hecho en cuestión y describirnoslo objetiva y exactamente, sin preocuparse de las consecuencias que pueda tener para el hombre. He aquí la nitroglicerina o el cloro: el papel de la ciencia es analizarlos con detenimiento y decirnos con exactitud lo que son y lo que pueden hacer. Si es que pueden destruir ciudades enteras, destrozarse las reliquias más bellas del arte humano o devastar y aniquilar toda una civilización con los encantos y saberes que haya atesorado, es cosa que la ciencia nos dirá, enseñándonos cómo puede lograrse todo ello científicamente, expeditivamente, y con los menores gastos para los contribuyentes... que sobrevivan. Pero, ¿qué ciencia nos dirá si deben ser destruidas o no las civilizaciones? ¿Qué ciencia nos aclarará si la vida es mejor cuando se la llena de adquisiciones y se la goza con posesiones, o cuando se la gasta en creaciones y construcciones; si es preferible correr tras el conocimiento y el desengaño, o procurarse más bien el éxtasis pasajero de la belleza; si debemos renunciar o no a sanciones sobrenaturales en lo referente a nuestra vida moral; si, por último, hemos de considerar a la materia desde el punto de vista del espíritu, o a éste desde las perspectivas de la materia? ¿Cómo se iluminarán estas decisiones extremas de nuestro vivir sino con la luz de nuestra experiencia total, con esta sabiduría para la que el conocimiento es sólo materia prima y en cuya visión panorámica toda la riqueza variadísima de las ciencias tiene su puesto, orden y significación aleccionadora?

La ciencia es la descripción analítica de las partes, la

filosofía es la interpretación sintética del todo, o la interpretación de una parte en términos de su puesto y valor respecto al todo. La ciencia es una conjunción de caminos y medios; la filosofía, una asamblea de programa y resoluciones, pues los hechos e instrumentos sólo tienen valor y significado en relación con los deseos. Cómo deben ser éstos y de qué modo llegarán mejor a ser partes ordenadas de una personalidad armónica, de una vida íntegra, es en todo tarea de la filosofía, y uno de sus más elevados fines.

Por necesidad, la filosofía es más hipotética que la ciencia. Esta usa hipótesis, pero sólo como puntos de partida; para merecer su título de ciencia, debe lograr conocimientos verificables, objetivamente independientes de la utilidad o del antojo individual. La filosofía, por el contrario, utiliza como puntos de partida la ciencia y los hechos y conocimientos verificados (y, si no lo hace, ya es hora de que lo haga), para proceder a la construcción de las más amplias hipótesis acerca de los problemas últimos, para los que no hay a mano datos concluyentes; es una consumación azarosa e imaginativa del entendimiento, y con suposiciones que no pueden comprobarse experimentalmente rellena los portillos abiertos en nuestro conocimiento científico del mundo.

En tal sentido todo hombre es un filósofo, aun a pesar suyo, pues hasta cuando proclaman que la filosofía es imposible, continúan filosofando esos escépticos tan cau-

* Siguiendo las enseñanzas de D. Domingo Barnés, traduzco *behaviorism* y *behaviorist*, o *behaviourism* y *behaviourist*, por *conductismo* y *conductista*, aunque a veces se usen en nuestro idioma *behaviorismo* y *behaviorista*, o *bijaviorismo* y *bijaviorista*. (N. del T.).

tos, esos agnósticos tan modestos y esos conductistas* tan apegados a los hechos. Si es que los agnósticos pueden vivir en neutralidad tan perfecta como para ni creer ni dejar de creer en Dios, si es que pueden dividir imparcialmente sus pensamientos y acciones entre la aceptación y la negación, quizá puedan lograr en filosofía alguna moratoria sin respiración ni movimiento, algo parecido a un coma filosófico, a una inconsciencia cósmica. Pero eso es demasiado difícil y demasiado inhumano, y la verdad es que tomamos una u otra posición, vivimos la aceptación o el repudio, y nos comportamos como si hubiésemos escogido uno u otro extremo de esos terribles dilemas que constituyen la filosofía. *Fingimus hypotheses* (imaginamos hipótesis), según decía Newton: es que el incentivo de lo absoluto nos atrae irremediablemente.

¿Admitiremos que la filosofía se contradice perpetuamente a sí misma a través de la sucesión histórica de los sistemas, que todos los filósofos padecen manía fraticida y que no están contentos hasta que destruyen a cualquier rival que aspire también a los reinos y trono de la verdad? ¿Cómo podrá un hombre ocupado con su vida ahorrar tiempo para aclarar esas contradicciones académicas o para poner paz en tal guerra? ¿Es que tales filosofías no se cancelan entre sí? Recordemos la experiencia de Omar:

Allá por mi juventud acudí con mis anhelos a los doctores y a los santos; escuché sus argumentos acerca de lo humano y lo divino; pero sólo encontré como salida la puerta por donde había entrado.

Ahora bien, quizá Omar estaba fantaseando; quizá no

salió realmente por la puerta que había utilizado para entrar, a menos que, como buen mahometano, hubiese dejado su cacumen con sus babuchas a la puerta del templo, pues nadie puede frecuentar la compañía de los grandes filósofos sin reformar su espíritu y ampliar sus puntos de vista en mil cuestiones vitales. Por supuesto; ¿qué fue lo que alteró la ingenua fe juvenil de Omar llevándole al culto escéptico de la belleza y del vino? ¿Qué es lo que presta majestad a los versos de Omar, sino la filosofía?

Que estudie el hombre la historia de la ciencia, y descubrirá cambios tan calidoscópicos como para determinar que las vacilaciones de la filosofía queden diluidas en la extensión y profundidad de sus coincidencias y de su unanimidad fundamental. Veamos algunos casos: ¿A dónde se ha ido la famosa “hipótesis nebular”? ¿Sigue la astronomía contemporánea manteniéndola, o se sonríe ante su cara cubierta de nubes? ¿Qué ha sido de las leyes del gran Newton ahora que Einstein, Minkowski y otros malévolos extraños han desquiciado el universo con su ininteligible relatividad? ¿Dónde queda eso de la indestructibilidad de la materia y la conservación de la energía entre el caos y batahola de la física contemporánea? ¿Qué ha sido del pobre Euclides, el redactor más ilustre de libros de textos, ahora que los matemáticos nos empapan con nuevas dimensiones, manipulan tranquilamente con varios infinitos, de los que uno puede contener a otro como parte suya, y llegan a probar que en física –lo mismo que en política– la línea recta es la distancia más larga entre dos puntos? ¿Qué se ha hecho la eugenesia ahora que el ambiente infantil es, en lugar de la heren-

cia, la deidad científica de moda? ¿Dónde se esconde Gregorio Mendel mientras eso de “los caracteres unidos” sigue oliendo mal a los adelantados de la genética? ¿Dónde queda el mismo Darwin ahora que la evolución mediante variaciones fortuitas y continuas ha sido desplazada por el veloz método de las mutaciones? ¿Son éstas la progenie ilegítima de cónyuges híbridos? ¿Es que, para explicarnos la evolución, tendremos que volver de nuevo a la transmisión de los caracteres adquiridos? ¿Tendremos que retroceder un siglo y abrazarnos otra vez al cuello de la jirafa de Lamarck? ¿Qué haremos con los afanosos laboratorios del Profesor Wundt y con los discutibles cuestionarios de Stanley Hall ahora que ningún conductista puede escribir una página de la psicología última y más científica sin desparramar las entrañas de sus predecesores por las constelaciones del zodiaco? ¿Dónde queda la nueva “ciencia” de la historia ahora que cada egiptólogo hace su propia lista de dinastías y datos, la que “sólo” difiere de la de los demás en unos cuantos miles de años? ¿Y cómo es que los buenos antropólogos se ríen de Tylor, de Westermarck y de Spencer, mientras resulta que el pobre Frazer, armado caballero y ya difunto, nada sabía de religiones primitivas? ¿En qué se han convertido nuestras ciencias? ¿Es que han perdido de repente su infalibilidad y sus verdades eternas? ¿Es que —¡todavía!— las “leyes de la Naturaleza” no son sino las hipótesis de los hombres? ¿Es que ni en la ciencia queda ya certeza ni estabilidad?

Quizá tengamos que buscar en la filosofía, más que en la ciencia, la estabilidad de nuestro pensar y de nuestro

creer. Las diferencias notadas entre los filósofos quizá se deben más a la cambiante terminología de sus tiempos que a hostilidad real entre sus ideas, la que, por supuesto, se debe, en gran medida, a la inconstancia de la ciencia misma, devota apasionada a veces de ciertas hipótesis temporarias, y otras satisfechas, apática y esquivada frente a la nueva faz de teorías jóvenes. ¡Qué maravillosa coincidencia hay entre los juicios emitidos por los grandes pensadores acerca de los problemas vitales de la vida humana, una vez que resolvemos las variadas formas de su expresión en lo esencial de su pensamiento! Santayana aclara modestamente que no tiene nada que añadir a lo que dijo Aristóteles, sino que se limitará a ofrecer cierta aplicación de aquella vieja filosofía a nuestro tiempo. ¿Es que pueden los modernos físicos, biólogos o matemáticos hablar de modo semejante respecto a los científicos griegos de la antigüedad? La ciencia de hoy contradice en casi todo a la de Aristóteles; pero la filosofía aristotélica continuará iluminando y sirviendo de base cuando ya la ciencia actual esté encarnecida, ridiculizada y abandonada por las infalibilidades, también pasajeras, de otra edad.

V. La reina de las ciencias

Podemos, por tanto, reconocer que la filosofía es aún *Regina Scientiarum*, la reina de las ciencias, y que seguirá siéndolo mientras no se despoje de su antigua majestad, ponga todas las ciencias a su servicio y tome a todos los conocimientos como su propio instrumento. Su tema es el mundo todo y su dedicación abarca el universo. Pero, como reina prudente, encarga las diversas provincias de su reino a gobernadores expertos, quienes distri-

buyen entre sus subordinados las tareas de acumular datos y ocuparse de detalles, mientras ellos y su rectora se entregan a la organización, coordinación y empresa del todo; de este modo, la filosofía divide su imperio en muchos reinos, y en su paraíso hay muchas mansiones.

El primer reino, y vestíbulo de este paraíso, es denominado con el título poco seductor de *Lógica*, como si, deliberadamente, la filosofía ocultase su belleza a los ojos de los extraños y desafiase a sus pretendientes a pasar primero del tiempo a través de sus ordalías, para probar si son dignos de compartir las “delicias cariñosas” que ella reserva. Es que los placeres de la filosofía son como las sublimidades del amor, a las que no puede llegar ninguna alma ruin. ¿Cómo conoceremos a la Verdad cuando nos la encontremos, si no hemos aprendido a describir al menos su semblante ni hemos sopesado las pruebas y experimentos que nos darán la seguridad de su “presencia real”? ¿Cómo responderemos a la inquietante pregunta de Pilatos?* ¿Seguiremos a nuestra razón, frágil y aventurera, o a nuestra intuición, oscura y abismática, o el dictamen brutal de nuestros ojos, de nuestros oídos y de nuestras manos siempre a tientas? ¿Cómo purificaremos nuestros sentidos y nuestro pensar de los perjuicios que nos desvían y de los “ídolos” engañosos, sino manteniendo encendidas todas las lámparas de nuestra inteligencia, para que toda verdad transeúnte pueda llegarse a nosotros y encontrarse cómoda en su debido lugar? ¿Cómo nos entrenaremos para correr como atletas al

* Véase la nota de la pág. 12. (N. del T.).

alcance y amor de la sabiduría?

Después, y a gran distancia todavía del trono y centro de este imperio, nos encontramos con otro grupo de pruebas: es el recinto del gran dragón llamado *Epistemología*. Nuestros pies se retrasaban en la tediosa senda de la lógica; aquí nuestros ojos serán casi inútiles, pues tanta es la oscuridad; nos enfangaremos en sus ciénagas, y quizá nos extraviemos por vericuetos demasiado cercanos a la boca del dragón; entonces, al sufrir el encantamiento de su lenguaje majestuoso, nos tragará de repente y caeremos irremediablemente en su cavernosa vaciedad, convirtiéndonos en epistemólogos empedernidos. Pero si superamos esta prueba y resolvemos de modo perdonable el acertijo del conocimiento y el problema de la realidad y veracidad del mundo que percibimos, quizá entonces logremos entrar y ocupar un rinconcito en la corte de la gran reina.

Un estrado señorial es éste de la Metafísica, oscuro también y sin más luz que la que nosotros mismos llevemos, pero lleno de tesoros para el alma. Aquí es donde la naturaleza esconde su secreta esencia, mientras nos desorienta con centenares de pistas. Aquí la filosofía revela algo de esa “sublime música” que entonó para Pitágoras; a través de él la naturaleza se hace consciente, critica sus propósitos y se convierte en algo lleno de significación. Podemos discutir aquí los problemas de la materia y de la vida, del cerebro y de la mente, del materialismo y del espiritualismo, del mecanicismo y del vitalismo, del determinismo y de la libertad. Veremos si el hombre es un conjunto de espirales, muelles, ruedas y

piezas complicadas, movidas desde fuera por las fuerzas ciegas de la tierra y del ciclo, o si, aunque en proporciones minúsculas, es un dios creador.

Otro de los reinos se llama Historia, y en él trabajan miles y miles de súbditos, y algunos genios, trayendo su saber desde tierras y épocas distantes, para que podamos contemplarlo todo junto y aprendamos sus lecciones. ¿Es que el pasado tiene alguna significación? ¿Hay leyes de crecimiento y decadencia que señalen y quizá determinen el auge y ruina de las naciones, las razas y las civilizaciones?

Encontraremos aquí a Montesquieu y a Buckle discutiendo sobre la influencia de la geografía en el destino de los pueblos; aquí Condorcet, a punto de morir, se consolará con el pensamiento del progreso y de la indefinida perfectibilidad del hombre, mientras Hegel mostrará sus dialécticos juegos de manos y Carlyle hablará de sus héroes, aquí empedernidos patrioterros proclamarán la fortaleza seminal de sus razas y maldecirán la llegada de los bárbaros, a la vez que Marx nos asustará con una montaña de números y argumentos en pro de la determinación económica de la historia; y quizá encontremos también aquí algunos investigadores que expliquen a esos ilustres monomaniacos que sus verdades no son sino facetas de la verdad, y que la historia y la naturaleza son más variadas que lo que sus sueños filosóficos han imaginado.

Fuera, en un rincón, hallaremos al fúnebre Nietzsche salmodiando su elegía del eterno retorno, mientras Spengler se apasiona en mostrar la decadencia del mundo

occidental.

Si todavía seguimos adelante, encontraremos otro reino que se llama *Política*. Nos parecerá que acabamos de descubrir América; pero enseguida veremos que no hay tal, pues sus investigadores tratan de la democracia con reverencia, y del anarquismo, sin miedo; aman el socialismo aunque reconocen sus fallas, y honran a la aristocracia aunque desprecian sus injusticias. A veces hablan con entusiasmo juvenil de un hermoso país llamado Utopía, en el que sólo mandan los hombres sabios y en el que todas las ciudades son ricas y bellas.

Aún resonará en nuestros oídos la música de esta última palabra cuando ya estaremos entrando en otro reino, donde contemplaremos a la filosofía misma revelando a sus amantes lo bello, lo inmortal y lo bueno. Es que la filosofía tiene celos del arte y envidia su pasión creadora de belleza; aquí, y no en la ciencia, encuentra la filosofía su rival, discutiéndole siempre la posición y fidelidad de los hombres más nobles. La sabiduría puede ceder graciosamente, admitiendo que es más prudente adorar a la belleza que correr tras la verdad, pues ésta es tan esquiva que quizá no permita que le toquemos ni el ribete de sus vestidos, mientras que la belleza, al saber que es percedera, nos recibe más complaciente y recompensa nuestra adoración.

Aquí la filosofía se limita a estudiar la belleza, mientras que el arte la venera y recrea. Es que el arte la conoce en la ardiente intimidad de su amor, reproducida en la bella reciedumbre arquitectónica de los templos, en el esplendor

voluptuoso de las formas escultóricas, en los entusiasmos del colorido, en la música de las palabras y en la concurrencia armónica de los sonidos; mientras que la filosofía, ¡ay!, sólo conoce los problemas de la belleza: de dónde viene, qué significa, y si es que reside en la forma misma o sólo en el ansia de nuestros corazones. Tal es el reino de la *Estética*, que durante siglos hicieron monótona las mentes escolásticas, pero que está lleno de maravillas y delicias.

También aquí, en el centro del imperio, está el reino de la moral o *Ética*; parecía igualmente otra región árida, llena de abstracciones académicas, pero es en cierto modo la más rica de las mansiones de la filosofía, pues aún más importante que la vida del arte es el arte de vivir, y la ética es la ciencia del arte de vivir. La filosofía eleva aquí la multiplicidad de sus conocimientos a sabiduría viva, y de aquí muchas mansiones destilan guías para la humanidad. Ejemplos: ¿Cuál es la mejor vida? ¿Qué es la benevolencia? ¿Qué derecho hay en la fuerza? ¿Dónde reside la virtud más alta: en la prudencia de Sócrates, en la valentía de Nietzsche o en la mansedumbre de Cristo? ¿Debemos ser estoicos con Zenón y Spinoza, o epicúreos con Epicuro y Renan? ¿Es el placer lo mejor de la vida? ¿Es inmoral el amor que no se somete a la ley? ¿Qué es la justicia y qué piensa de nuestro mundo industrial?

Si es que hay cuestiones vitales, aquí están las más decisivas; en ellas pueden hallar implicado su destino las civilizaciones; aquí hay dilemas para todo estado y todo corazón, problemas frente a los cuales la ciencia, con su tenebrosidad de libros, su taquigrafía, sus líquidos, sus sólidos y sus gases, parece cosa remota e inhumanamente fría, algo

no tan aliado de la vida como inconscientemente unido a la muerte.

También con ésta ha de enfrentarse la filosofía, cuando todos los otros debates estén agotados, el pensamiento volverá a encontrarse con su Gran Enemigo, y la filosofía pasará los umbrales de la *Religión*. La teología es el estudio de los seres sobrenaturales y de sus relaciones con el hombre. Con todo eso nada tiene que ver la filosofía; pero tratará, aunque con la modestia que aconseja la ignorancia humana, de las relaciones del hombre con la totalidad de la vida y de las cosas, de su origen sobre la Tierra y de su destino final. Se referirá a la cuestión de la inmortalidad y su afinidad con todo problema vital, tanta que quizá pudiéramos definir a la filosofía como cuestión de vida o muerte. Y, finalmente, tratará de Dios; no del Dios de la teología, presumiblemente concebido como exterior a la Naturaleza, sino del Dios de los filósofos: ley, estructura, vitalidad y voluntad del mundo. Si es que efectivamente hay alguna inteligencia que dirige a este universo, la filosofía quiere conocerla, comprenderla y trabajar reverentemente de acuerdo con ella; si no la hay, la filosofía tiene también que saberlo y enfrentarlo sin temor alguno.

Si las estrellas no son sino coágulos de nebulosas errantes, si la vida no es más que un accidente coloidal, permanente impersonalmente y efímero en cuanto a los individuos, si el hombre es sólo un compuesto de elementos químicos, destinado a desintegrarse y a desaparecer totalmente, si el éxtasis creador del artista, la exacta prudencia del sabio y el voluntario martirio del santo son

algo más que incidentes brillantes de la pululación proto-plasmática de la Tierra, y la muerte es la solución final de todo problema y el destino de toda alma..., son temas que la filosofía enfrentará decididamente, buscando entre todo alguna significación y nobleza para la criatura humana.

¿Comenzamos?

FILOSOFÍA: CONCEPTO Y DIVISIÓN

*J. J. Rodríguez Rosado**

SUMARIO

1. El concepto de Filosofía.- 2. Definición nominal de la Filosofía.- 3. Definición real de la Filosofía.- 4. División de la Filosofía.

1. El concepto de Filosofía

La esencia de una cosa viene expresada en su definición. La definición puede darse, en principio, sobre la cosa misma o sobre el concepto que la nombra; de aquí el doble modo de definir: nominal, si desentraña un concepto, y real si versa sobre el objeto. La definición de la Filosofía es el primer tema, y, a su vez, el problema pri-

* Doctor en Filosofía, catedrático de Metafísica (Ontología, Teología Natural, Metafísica de la Creación) en la Universidad de Navarra. Entre sus publicaciones están: *Finito e infinito en Kant* (1960), *El tema de la nada en la filosofía existencial* (1966), *La aventura de existir* (1976), *Dimensiones de la realidad* (1991) y *Sonetos del ángel* (1991).

mero, del saber filosófico. Tema, porque es propio y exclusivo de la Filosofía definirse a sí misma; dado su carácter de último, el saber filosófico no puede esperar a que su concepto venga dado por ninguna otra ciencia. Hasta tal punto se da la necesidad de que sea la Filosofía la que se defina a sí misma que en este aspecto estriba una diferencia entre ella y cualquier otro género del saber; con razón ha subrayado Pieper, en la primera página de *Was heisst philosophie?* (obra citada en bibliografía), que cuando el físico se pregunta, por ejemplo, por la esencia de su ciencia, en ese momento deja de hacer Física, cosa que no acontece al filósofo cuando se pregunta por la Filosofía.

Este primer tema filosófico, cuya primacía se advierte en la necesidad de saber el rumbo de la Filosofía *a priori* de la primera navegación filosófica, se ofrece simultáneamente como primer problema filosófico. Porque tras varios tanteos, la Filosofía se define como un saber inefable que se escapa de las mallas de cualquier definición que trate de aprehender su contenido. El escándalo inicial del filósofo es la llamada “aporía definitoria” sin cuya solución parece que no hay puerta de entrada en la Filosofía. Le acontece lo que a la Metafísica en el momento de definir su objeto; pues tanto la Filosofía como el ser, escapan del artificio lógico de la definición. Esta primera piedra de escándalo de la Filosofía, es sumamente sugestiva si, lejos de perder la esperanza en una definición de la Filosofía abandonamos el camino de la definición esencial, por género y diferencia, para poner a la Filosofía, en relación con su meta ideal –la sabiduría–, pues la tensión a la sabiduría da la clave para entender el filosofar.

Aunque por la definición se obtenga una idea previa de la Filosofía, todavía queda intacto el problema de la vivencia del filosofar. Sólo tras haber filosofado se torna posible la vivencia personal del saber filosófico. Por esto puede decirse que sólo se aprende Filosofía después de haber filosofado, aunque sólo se pueda filosofar poniéndose a estudiar Filosofía.

He subrayado la doble modalidad –nominal y real– de toda definición, y en concreto de la Filosofía. La definición nominal, que atiende al nombre puede llevarse a cabo por dos caminos: el etimológico y el sinonímico. El primero consiste en un análisis de la palabra; el segundo en mostrar las relaciones de la misma con otros vocablos afines. Estas dos perspectivas componen la temática de la definición nominal que con el problema de la definición real, que apunta a la cosa misma, constituye la cuestión sobre el concepto o esencia –*quaestio quid sit*– de la Filosofía.

La “Filosofía de la Filosofía”, pertenece esencialmente a la Metafísica pues, como señala S. M. Ramírez –en la introducción a *El concepto de Filosofía*–, la especulación que implica una reflexión máxima debe pertenecer a la ciencia suprema. Pero la especulación sobre la Filosofía en abstracto, supone una reflexión máxima y la metafísica es la ciencia suprema humana. Luego la Filosofía de la Filosofía, es una cuestión metafísica. Aquí trataremos de aprender su concepto como método para toda posible introducción a la Filosofía.

2. Definición nominal de la Filosofía

La etimología de la palabra Filosofía procedente de la *philosophia* latina, se remonta a Grecia donde el nombre de esta ciencia se forma a base de una palabra de rancio abolengo (*sofia*, sabiduría) junto a un vocablo que significa amor o tensión (*filos*). La palabra que como meta ideal interviene en la constitución de la Filosofía es la sabiduría, reservada en principio para el mundo de los dioses; los sabios eran los iniciados en los misterios divinos y humanos y los siete sabios de la fama, representaban algo ya consagrado por la historia. Al paso del tiempo, la palabra sabio viene a designar el hombre que es artista o diestro en alguna especialidad. Parece que en otro tiempo –según nos cuenta Diógenes Laercio– la Filosofía se llamaba sabiduría y sabios los que la profesaban. Si esto es verdad como la anécdota de la invención de la palabra Filosofía que nos transmite el propio Diógenes, el nombre nació con ocasión de saberse advertido que la sabiduría es patrimonio de Dios; al apreciar que ningún hombre es sabio, y que sólo lo es Dios. Pitágoras se anticipó en mucho tiempo a la modestia socrática.

En la *Vitae phisolophorum* (libro B, capítulo I, No. 8) cuenta su autor la escena en que Pitágoras se impone a sí mismo el nombre de filósofo. Cicerón recoge esta tradición, en sus *Tusculanas* (libro V, capítulo 3, No. 7-9), donde leemos que el nombre de sabios se dio a los filósofos hasta los tiempos de Pitágoras, del cual escribe Heráclides Póntico, discípulo de Platón, que vino a Fliunte y que disputó allí con Leontes, príncipe de los Fliaseos. Y habiéndose admirado Leontes del ingenio de Pitágoras, le preguntó qué arte profesaba; respondió

Pitágoras que no sabía ciencia alguna, sino que era filósofo. Admirado Leontes por la novedad del nombre, le preguntó quiénes eran los filósofos y en qué se distinguían de los demás hombres. Respondió Pitágoras que la vida humana se parece a un mercado de los que se celebran en la temporada de los juegos olímpicos; y así como en los juegos algunos buscan con los ejercicios corporales la gloria y la fama, y otros buscan el lucro que se adquiere con las compras y las ventas, hay, finalmente, otro linaje de hombres, el más noble y generoso, que no busca el aplauso ni el lucro, sino que viene a ver lo que se hace... de la misma manera, los que venimos a esta vida descendiendo de una naturaleza superior, unos sirven a la gloria, otros al dinero y otros, éstos son los filósofos, vienen por el placer de la contemplación.

De aquí el valor de la teoría como contemplación, dentro de los intereses culturales del mundo griego; así el filósofo asume el papel de espectador de la realidad. Sea o no Pitágoras el inventor del término filósofo, que aparece también en un fragmento de Heráclito, el verbo filosofar se encuentra en Herodoto (*Historia*, 1, 30), quien nos transmite unas palabras de Craso dirigidas a Solón: “Han llegado muchas noticias tuyas hasta nosotros, tanto de tu sabiduría como de tus viajes, y de que, filosofando, has recorrido muchos países”.

La verdadera confirmación del término Filosofía, parece realizarse en el círculo socrático. La Filosofía será ya para siempre amor a la sabiduría, tensión al saber o sabiduría específicamente humanos, superior a la ignorancia e inferior a la ciencia divina. También es en el círculo

socrático, y por obra de Platón, donde asistimos a la más profunda exégesis del término Filosofía y del sentido del filósofo. Igual que está Eros, el *dáimon* del amor, entre la indigencia y la opulencia, está el filósofo entre la sabiduría y la ignorancia. Según el conocido mito del Banquete que cuenta Sócrates de labios de Diotima, la sacerdotisa de Mantinea, maestra en el amor, el día del nacimiento de Venus celebraban los dioses un festín. Poros, el dios de la abundancia, embriagado de néctar, salió al jardín, donde se encontraba Penia, la pobreza; pretendiendo salir de su precaria situación, Penia idea tener un hijo de Poros y, aprovechando la embriaguez del dios, yace a su lado concibiendo a Eros, el amor, que por haber sido engendrado el día del nacimiento de Venus está siempre a la caza de la belleza. Hijo de padres contrarios, Eros no es ni pobre ni rico; pierde cuanto gana, pero es hábil en recursos; ni sabio ni ignorante, lo suyo es estar siempre filosofando. Eros es, según Platón, la verdadera imagen del filósofo.

La palabra Filosofía no tiene sinónimos en lengua castellana, por lo que se hace imposible la definición vulgar de la misma. Sólo que ciertos giros, derivados de distintas concepciones filosóficas, han dejado su impronta en frases que arrojan otras tantas maneras expresivas de lo que se entiende vulgarmente por Filosofía; principalmente las concepciones a que aludimos son tres:

a) El estoicismo, de hondas raíces en España, concibe la Filosofía como el ideal del sabio, y el sabio estoico ha llegado a ser en la imaginación popular la estampa viva del filósofo. La creencia de que aunque el mundo se desplome en pedazos sus ruinas encontrarán impávido el filósofo, no es

más que el trasunto del ancestral estoicismo de nuestro pueblo.

b) La escolástica ha trascendido en frases donde se echa de ver la Filosofía como la ciencia humana suprema, reducida en ocasiones a su parte más eminente. De aquí ciertas equivalencias, propias de nuestro idioma, entre Filosofía y metafísica.

c) El positivismo, en fin, con su pretensión de descalificar la Filosofía como ciencia, ha dejado su huella en los sectores pragmatistas de la vida donde la Filosofía se entiende como una elucubración sin fundamento y montada en el aire, y al filósofo como un sabio despistado, al que se le perdona la vida porque nos hace reír.

3. Definición real de la Filosofía

La aporta definitoria de la Filosofía se centra en torno a la definición real del saber filosófico. Definición real que se ha convertido en una auténtica *crux philosophiae* ya que cada sistema filosófico, cuando no cada pensador, presenta su propia definición; la pugna de sistemas y pensadores en torno al objeto de su ciencia representa la primera piedra de escándalo del filosofar, de aquí, el peligro de un cierto escepticismo fácil a la sensibilidad humana si no se advierte el denominador común a los extremos en lucha, denominador que es precisamente la Filosofía.

No habría contradicción real, ni siquiera aparente, si la palabra, sobre la que se esgrimen las distintas definiciones de la Filosofía no fuera justamente filosófica; la aporta de la definición real del saber filosófico no es sino la que se deriva de la profunda estructura de la Filosofía

que, como serpiente que se muerde la cola, al decir de Hegel, ha de dilucidar ella su propia definición. La contradicción entre las variadas definiciones de la Filosofía es más aparente que real. Apariencia de contradicción que viene posibilitada por falta de rigor o por ausencia de totalidad en lo que se entiende por Filosofía. Se ha dicho que los sistemas filosóficos suelen ser verdaderos en lo que afirman y falsos en lo que niegan; algo parecido ocurre con las históricas definiciones de la Filosofía: definiciones que pecan en lo que silencian o niegan de la esencia del filosofar, pero que apuntan, al menos parcialmente, al blanco de la Filosofía en lo que positivamente afirman.

En general, los sistemas filosóficos en pugna, como representantes de distintas definiciones de la Filosofía se critican mutuamente una de estas dos cosas o ambas a la vez: 1) falta de latitud; y 2) falta de profundidad. Esto invita a pensar que una definición de la Filosofía ha de tener en cuenta la profundidad y extensión del saber filosófico; rigor y latitud que en la Filosofía deben aparecer potenciados al máximo si la ciencia que sobre ellos se estructura quiere realmente presentarse como ciencia suprema en el orden del conocimiento humano.

En este sentido y teniendo en cuenta la latitud y profundidad de la Filosofía corre al uso una definición de ella que trata de recoger en un haz las dos exigencias apuntadas. Es la conocida definición que dice: La Filosofía es la ciencia de todos los seres por sus causas últimas, obtenida por la luz natural de la razón. Aunque ciertamente no es esta definición un modelo del artificio lógico definitorio, pues traspasa los límites de la brevedad que marca la lógi-

ca, sin embargo, trata de recoger el requisito de latitud del campo filosófico –ciencia de todos los seres–, junto a la radical profundidad exigida –conocimientos por causas últimas–. Ahora bien, por causas últimas el conocimiento es propiamente metafísico, y, aunque es cierto que los conocimientos que ofrecen las filosofías segundas se ordenan a éste, hemos de reconocer que muchas de las filosofías segundas investigan causas próximas, con lo que su conocimiento no sería absolutamente filosófico según pide la citada definición.

No se puede encontrar una definición esencial –por género próximo y diferencia específica– de la Filosofía pues la Filosofía es ciencia suprema que no admite otro género científico sobre sí. Se trata de la imposibilidad de definir la Filosofía por su causa material y formal, de donde se toman el género y la diferencia. Pero esto no quiere decir que haya que abandonar toda indagación sobre la esencia de la Filosofía pues su causa ejemplar, la sabiduría, ofrece un nuevo camino.

Si la Filosofía es tendencia al saber, algo intermedio entre poseerlo plenamente y no poseerlo en absoluto, según la exégesis de Platón en el mito de Eros, en ese saber podemos distinguir dos sentidos: 1) En un sentido ideal, el saber es la sabiduría, la meta vislumbrada, pero jamás alcanzada, del filosofar; la Filosofía es tensión al saber, saber que era según la meta griega patrimonio de los dioses, y según la Revelación cristiana patrimonio de un solo Dios verdadero; en este sentido pudo decir San Agustín, al principio del libro VII de *La Ciudad de Dios*, que “*si sapientia Deus est, verus philosophus est amator*

Dei". 2). En un sentido real, el saber es la Filosofía, y puede definirse entonces como la participación humana en la sabiduría ideal; participación humana que en lo que tiene de suyo es una sabiduría *in fieri*, siendo más una tensión que una posesión plena y una absoluta conquista.

La sabiduría humana es precisamente la Filosofía y el saber filosófico como sabiduría humana se define con carácter formal frente a las realizaciones históricas de la Filosofía. Aristóteles sostiene esa definición formal que constituye el punto de partida de exégesis de Tomás de Aquino cuando trata de apresar la esencia de la Filosofía. El hombre puede aspirar a la sabiduría y sería indigno de él no buscar la ciencia a la que aspira por naturaleza; ni siquiera debe limitarse a los conocimientos puramente humanos, ni reducirse, porque sea mortal, a una condición mortal, sino que hemos de esforzarnos –invita Aristóteles– a vivir conforme a lo mejor que existe en nosotros.

Interesa subrayar el carácter formal de la definición de la Filosofía como sabiduría humana, pues en ella los oficios de género y diferencia que entran en toda definición esencial vienen desempeñados respectivamente por la causa ejemplar de la Filosofía y por la limitación propia de lo humanamente escible (*scibile*). La sabiduría y la participación humana en ella definen “ejemplarmente” la esencia del supremo saber del hombre.

El carácter sapiencial de la Filosofía se advierte, a diferencia del conocimiento propio de los demás saberes, en su esencial referencia al ser. Frente a las ciencias particulares de fenómenos, la Filosofía mantiene una total apertura

al ser. Toda Filosofía y toda metafísica, como Filosofía por antonomasia, sólo han podido descalificarse históricamente al hilo de un escamoteo del ser; es lo que acontece en el idealismo trascendental kantiano con la afirmación del conocimiento de los fenómenos y la negación de conocer la realidad en sí. Por esta vía se pretendió la condena de la metafísica; el positivismo sacó las últimas conclusiones. Pero la Filosofía como saber del ser surge de sus propias cenizas. Como saber del ser, la Filosofía es un conocimiento de todo el ser y cumple su carácter de saber, al ser un conocimiento por causa. La etiología, como nota del filosofar, define el sentido científico del conocimiento etiológico del ser, en lo que estriba la Filosofía o sabiduría humana.

4. División de la Filosofía

Un célebre pasaje de Tomás de Aquino en sus comentarios a la ética aristotélica da la clave para establecer la división de la Filosofía que junto con la definición establecida constituyen los dos momentos de la determinación esencial de la misma. Siendo propio del sabio el ordenar, el filósofo tiene por misión conocer el orden que, según Tomás de Aquino, se ofrece a la razón en una cuádruple linealidad: la existencia de ese cuádruple orden es la que hace posible la división de la Filosofía.

A estos cuatro órdenes corresponden cuatro clases de ciencias: 1) El orden que la razón no construye, sino que solamente considera, pertenece a la Filosofía natural –*ad philosophiam naturalem*– que comprende la metafísica. 2) El orden que la razón construye, al considerarlo, en sus propios actos, pertenece a la Filosofía racional o lógi-

ca; es el orden de los conceptos cuya indagación corresponde: *ad rationalem philosophiam*. 3) El orden de las acciones voluntarias pertenece a la consideración de la Filosofía moral o ética: *ad considerationem moralis sophiae*. 4) Finalmente, el orden que la razón construye, al considerarlo, en las cosas exteriores causadas por ella, pertenece a las artes mecánicas: *ad artes mechanicas* (*cfr. In I Ethicorum*, lectura I, No. 1-2).

Como se ve por las palabras de Santo Tomás que sintéticamente hemos trasladado aquí, la Filosofía es real, racional, moral y cultural o Filosofía de la Cultura, que es la expresión moderna que mejor traduce lo que Santo Tomás llama “artes mecánicas”. En torno a la Filosofía racional o lógica, y a la moral o ética no se plantea la necesidad de una exégesis, pues ellas tienen por objeto el que luego hemos de ver al examinar el de cada parte de la Filosofía. La Filosofía de la Cultura, sin embargo, aunque no considerada con este nombre por el de Aquino, parece que, según su mente, englobaría esta parte de la Filosofía que dados sus supuestos en las otras ramas del saber filosófico y el estado actual de la cuestión en torno a ella, ocuparía un lugar menor.

La Filosofía real, empero, tiene en el texto que comentamos un sentido distinto al actual, pues ella no es una parte concreta de la Filosofía sino que integra un número de disciplinas que responden a los grados de abstracción del entendimiento humano y que son distintas entre sí, aunque están relacionadas por referirse todas al orden real. La Filosofía natural que estudia el orden real es física, matemática y metafísica, según el grado de abstracción del entendimiento, al considerar el objeto. De los tres grados

de abstracción formal, el primero estudia una realidad que no puede existir sin materia ni ser pensada sin ella, realidad material sensible, abstracción hecha de la materia individual. El segundo grado de abstracción versa sobre un objeto que no puede existir sin materia, pero puede ser pensado sin ella; es el grado matemático que estudia la cantidad discreta o continua –aritmética y geometría– abstracción hecha de la materia sensible. En el tercer grado de abstracción el entendimiento se relaciona con objetos que pueden ser sin materia y pueden ser pensados sin ella; abstracción de toda materia, el entendimiento se abre al ente en cuanto ente, objeto de la metafísica.

Física, matemática y metafísica son las tres ciencias paralelas a los tres grados de abstracción formal. Pero la física tomista comprende no sólo lo que hoy con ese nombre constituye una ciencia particular, sino la Filosofía natural propiamente dicha que como veremos es cosmología o psicología, según estudie al ser inerte o al ente vivo. La Filosofía natural o real es para Santo Tomás, Filosofía de la Naturaleza –como cosmología y psicología– matemática y metafísica, si bien en nuestro tiempo la matemática se considera desgajada del tronco filosófico.

Entre los cuatro órdenes expuestos por Tomás de Aquino, que nos han conducido a la división de la Filosofía se da un orden axiológico que otorga la primacía a la metafísica. Ello es una impronta del pensamiento aristotélico cuya división dual de la Filosofía se articula por dos polos que llamaron los latinos *philosophia simpliciter* y *philosophia secundum quid*, y que responde a la diferencia y tensión fundamental entre Filosofía primera y Filosofía

segunda. Estas nociones no se combinan en el ámbito interno del saber filosófico al modo de los géneros y especies de que habla la lógica, pues ni la filosofía primera es un género ni las filosofías segundas constituyen especies de la noción de Filosofía. Así como la especie tiene todas las notas propias del género enriquecidas por la diferencia específica que contrae el género añadiendo algo que no había en aquél, las filosofías segundas están, más bien en el caso contrario, pues se trata no de modos distintos de la realización perfecta de la Filosofía sino de distintas maneras de su imperfecta realización. Las filosofías segundas no cumplen todas las notas de la filosofía primera y al estar faltas de algunas de ellas encarnan deficientemente la esencia de la sabiduría humana. La sabiduría humana es la filosofía primera, Filosofía por antonomasia, como la llamó Aristóteles, mientras las filosofías *secundum quid* lo son por su subordinación a la filosofía *simpliciter*.

De aquí la primacía absoluta que desde el punto de vista axiológico tiene la filosofía *simpliciter* sobre la filosofía *secundum quid*. La filosofía primera, llamada así por Aristóteles, es la metafísica. La filosofía segunda puede ser Filosofía de la Naturaleza, Lógica, Ética, y Filosofía de la Cultura. El orden axiológico es, en síntesis, el siguiente: 1) Metafísica: (a) ontología; (b) teoría del conocimiento; (c) teología natural. 2) Filosofía de la Naturaleza: (a) cosmología; (b) psicología. 3) Lógica: (a) formal; (b) material. 4) Ética: (a) general; (b) especial. 5) Filosofía de la Cultura: (a) estética; (b) Filosofía de la Técnica; (c) Filosofía de la Religión; (d) Filosofía del Derecho; (e) Filosofía de la Historia, etc.

a) Desde el punto de vista pedagógico la Lógica, siendo

órgano o instrumento, debe preceder al estudio de las otras ramas de la Filosofía: como ciencia de las ciencias y arte de las artes, la Lógica goza de primacía cronológica en el ámbito filosófico. Es un arte directiva de la razón, que supone una normatividad, precisamente lógica, según subraya la fenomenología, con lo que queda invalidada la pretensión de hacer de la Lógica un apartado de la Psicología como quisieron los psicólogos. El acierto de un Husserl al declarar el psicologismo como un relativismo escéptico, coloca la Lógica en su esfera, que es la de lo ideal, al mismo tiempo que la consagra como una ciencia independiente de la Psicología, desde el momento que esta última estudia algo real, hechos en suma, mientras que la Lógica se mueve en un orden de leyes ideales que valen universalmente. Pues aunque la Lógica sea una ciencia racional en un doble sentido, por hacerse racionalmente y por estudiar la razón, hay que advertir que la razón es objeto de la Lógica, no en su funcionamiento de *facto*, sino en su legalidad de *iure*, para encaminarse a la verdad. Cuando la verdad se estructura en un sistema científico, la razón pone la sistematicidad, que no es nada real, pues de lo contrario lejos de configurar la razón a la verdad lo que haría es desfigurar la realidad misma.

¿Qué es lo que le pasa a las cosas al ser pensadas por la razón? Realmente nada, porque nada son las propiedades de que se revisten las cosas al ser conocidas; son puras propiedades lógicas, segundas intenciones, en una palabra, entes de razón. Con esto no se dice que la Lógica sea la ciencia del ente de razón. El ente de razón ni existe ni puede existir, es *quod est obiective tantum in intellectu*, puro

objeto cuyo “ser” consiste en “ser pensado”. Pero el ente de razón puede ser absoluto y relativo; sólo este último, y en concreto las relaciones de razón, constituyen el objeto de la Lógica que viene definida por Juan de Santo Tomás, como la ciencia que estudia las relaciones de razón por las cuales las cosas conocidas son enlazadas intelectualmente en el

DIVISIÓN DE LA FILOSOFÍA

Filosofía real o natural: "Metafísica"	<ul style="list-style-type: none"> -Filosofía física o <li style="padding-left: 20px;">Filosofía de la Naturaleza -Matemática <li style="padding-left: 20px;">-Metafísica 	<ul style="list-style-type: none"> * <i>Cosmología</i> * <i>Psicología</i> * <i>Ontología</i> * <i>Genealogía</i> * <i>Teodicea</i>
Filosofía racional:	<ul style="list-style-type: none"> -Lógica 	<ul style="list-style-type: none"> * <i>formal</i> * <i>material</i>
Filosofía moral:	<ul style="list-style-type: none"> -ética 	<ul style="list-style-type: none"> * <i>general</i> * <i>especial</i>
Filosofía cultural:	<ul style="list-style-type: none"> -Filosofía del arte -Filosofía de la técnica 	<ul style="list-style-type: none"> * <i>Estética</i> * <i>Filosofía de la Ciencia</i> * <i>Filosofía del Derecho</i> * <i>Filosofía de la Educación</i> * <i>Filosofía de la Historia, etc.</i>

sistema científico” (Aristóteles, *Lógica* 2, 1–2).

La inmaterialidad del objeto de la Lógica la relaciona con la Metafísica, cuyo objeto es también inmaterial, pero mientras la primera versa sobre la inmaterialidad de lo irreal, en la segunda se trata de la real inmaterialidad del ser. Ambas ciencias tienen un objeto universal también; la Metafísica se ocupa de todo ser, la Lógica de todo ser pensado. Y como para ser pensado basta ser, el objeto de la Lógica es universal como el de la Metafísica y en este sentido la Lógica debe estar vertida a la Filosofía primera, pues el ser pensado supone simplemente el ser.

El análisis lógico no debe limitarse a lo puramente formal del raciocinio, pues su objetivo es el conocimiento científico, que supone demostración, es decir, el raciocinio que produce ciencia. De aquí que tras el análisis formal, la lógica debe verificar el análisis material del raciocinio, y esto constituye su otro objetivo.

La Lógica, es en conclusión, formal y material. La formal es una lógica del raciocinio, que supone juicios y conceptos. La material es una lógica de la demostración, que analiza la materia próxima y remota de la misma: lógica demostrativa y lógica predicamental. Entre la Lógica formal y la material los tratados clásicos intercalan la Lógica proemial que determina el ente lógico, objeto de esta ciencia que a juicio de Kant (prólogo a la segunda edición de la “*Crítica de la razón pura*”, en 1781) no ha tenido que avanzar ni retroceder desde su descubrimiento por Aristóteles; tan perfecta salió de las manos del *Estagirita*.

La Lógica, tanto formal como material, no trasciende

las segundas intenciones, pues la misma ciencia no es más que un sistema de razón. Así como las propiedades reales las tienen las cosas de suyo, las propiedades lógicas las poseen por el hecho de ser pensadas. Si llamamos cosa a la realidad de suyo, y objeto a la cosa pensada, resulta que las propiedades reales son propiedades de objetos. Estas se convierten en objeto de la Lógica, que resulta ser la ciencia del ente de razón lógico, o sea, de las propiedades lógicas o “segundas intenciones”.

b) La Filosofía de la Naturaleza, como las demás ramas de la Filosofía a diferencia de la Lógica, tiene por objeto algo real. El tema de la Filosofía de la Naturaleza o Física filosófica es, en principio, el ser físico o material, la naturaleza o *fisis*; un ser que existiendo con materia no puede ser pensado sin ella. Pero a diferencia de la Física científica positiva, la Filosofía de la Naturaleza subraya en su objeto, por ser Filosofía lo entitativo del mismo, mientras la Física se atiene a lo fenoménico. Y al mismo tiempo la materialidad de su objeto distingue a la Filosofía de la Naturaleza de la Metafísica que es ciencia del ente inmaterial en cuanto ente.

El objeto material de la Filosofía de la Naturaleza es el ser material, el ente corpóreo. Su objeto formal, empero, puede pensarse que sea el carácter de ser sensible propio de los cuerpos; sin embargo, esto no es exacto. El ser sensible es algo relativo, no absoluto; un ser es sensible siempre para otro; lo sensible es, en todo caso, una “condición” del conocimiento del ser sensible. Acontece aquí algo parecido a lo que pretendía el psicologismo en Lógica, olvidando que la Psicología es sólo “condición” del

pensamiento lógico. Ni tampoco puede ser el mismo hecho de ser corpóreo el objeto formal de esta ciencia, porque no todo es cuerpo en la naturaleza; la Psicología es Filosofía de la Naturaleza y no estudia sólo el cuerpo, ni puede decirse que él sea su objeto propio, sino el alma. El objeto formal de la Filosofía de la Naturaleza es, en una palabra, el ente móvil, pues la movilidad es en los seres de la naturaleza el denominador común a todos ellos y al mismo tiempo una determinación absoluta, no relativa como el ser sensible.

Por movimiento se entiende en Filosofía de la Naturaleza, en un sentido muy amplio, cualquier cambio o mutación de los cuerpos, pero no el cambio de ser. Con esta distinción se alude a la diferencia entre movimiento físico y metafísico. Este último no es objeto de la Filosofía Natural, que estudia el cambio expresable en número, es decir, aquél que connota sucesión temporal. El movimiento metafísico, por el contrario, consiste en el tránsito de la nada al ser –creación– y del ser a la nada –aniquilación–: aparte de que este cambio no es sensible, supone una omnipotencia y por ello es objeto de la Metafísica. La Filosofía Natural estudia sólo el ente físicamente móvil; de cuatro especies de movimiento puede hablarse físicamente: local o topográfico, cuantitativo, cualitativo y sustancial.

La Filosofía de la Naturaleza supone su objeto, no lo demuestra: sólo la Metafísica, en cierto sentido, demuestra el suyo. Pero al estudiar el movimiento no se limita a un registro de datos fenoménicos, sino que estudia la entidad físicamente móvil preguntándose por la posibilidad misma de la movilidad del ente y por la estructura

exacta de la entidad mutable.

Como se ve, la Filosofía de la Naturaleza es por su objeto una ciencia a caballo entre Metafísica y ciencias positivas. Apunta a la entidad y la mutabilidad. Por tener carácter entitativo linda con la Metafísica; por subrayar la mutabilidad de su objeto se relaciona con la ciencia positiva. Ahora bien, estos puntos de tangencia le valen para diferenciarse de cualquier otra rama del saber y mantener su autonomía pues por subrayar la mutabilidad de su objeto se diferencia de la Metafísica y por su sentido entitativo se distingue de cualquier ciencia particular. La Metafísica estudia el ente; la Física positiva la movilidad; la Filosofía de la Naturaleza el ente móvil.

La Filosofía de la Naturaleza no puede confundirse con la Metafísica porque el objeto de esta última es inmutable. No es lo mismo “ente móvil” que “ente en cuanto ente”. Ni cabe considerar la Filosofía Natural como parte de la Metafísica –Metafísica especial– como quiso Kant, por la razón de que no hay Metafísica especial sino, en todo caso, tratados especiales de Metafísica. Hay con todo, una relación de implicación entre Metafísica y Filosofía de la Naturaleza, en el sentido de que la segunda debe subordinarse a la primera, como toda filosofía *secundum quid* a la filosofía *simpliciter*, pues lo que se dice del ente vale para el ente móvil. También hay que reconocer que si la Metafísica presta normatividad a la Filosofía de la Naturaleza, ésta encamina a aquélla, con la viabilidad propia con que en el mismo móvil podemos captar la pura entidad.

Si no fuera posible la Filosofía Natural tampoco lo

sería la Metafísica, pues el ente sensible es fenomenológicamente el primer dato de nuestro conocimiento.

Con la ciencia positiva de fenómenos guarda la Filosofía de la Naturaleza una relación complementaria. Se completan ambas mutuamente, cada una en su esfera de conocimiento humano distinto, filosófico uno y particular el otro; es decir, que el filósofo puede contar con datos positivos, como el científico debe a veces barajar conceptos filosóficos, por esto Filosofía de la Naturaleza y ciencia positiva son complementarias.

Si la definición de una ciencia se hace por el objeto formal, la división, en cambio, viene señalada por el objeto material. Entre el repertorio de entes móviles sobresalen en principio dos especies supremas: el ente móvil inerte y el ente móvil vivo. Siendo ambos móviles, el primero carece de la capacidad de automoción de que goza el segundo. Al hablar de los dos géneros de entes móviles se puede pensar que sus estudios ocupan las partes especiales de la Filosofía de la Naturaleza, al margen de una filosofía general de la misma naturaleza; pero esto no es exacto. El estudio del ser móvil inerte que se hace en la llamada Cosmología no es una filosofía especial de la naturaleza en todo caso, lo será la Psicología, que estudia el ente vivo. Apoyamos estas afirmaciones en el hecho de que el ser inerte no constituye una especie al lado del ser vivo, sino más bien un género de éste. Podría incluso formularse lo que venimos diciendo en los siguientes términos: ser vivo, igual a ser inerte más vida. Esto quiere decir, que el ser vivo tiene todas las propiedades del inerte, aunque naturalmente añade las suyas propias, a

saber, la vida, lo que ella supone y lo que de ella se deriva. Por esto no hay una filosofía general de la naturaleza al lado de la Cosmología, sino que la Cosmología es verdaderamente filosofía general de la naturaleza.

La Cosmología, y la Psicología no son metafísicas, como no lo es en general la Filosofía de la Naturaleza. Si la Metafísica es la ciencia del ente en cuanto ente, no es Metafísica el tratado de ser inerte en tanto que ser inerte, ni el del ser vivo en cuanto vivo. A la clasificación kantiana de la Metafísica en Cosmología, Psicología y Teología racional hay que oponer este reparo fundamental, incluso la Teología natural es Metafísica, no por tratar de Dios, sino porque investiga la causa primera del ser; no estudia a Dios *sub ratione Dei*, sino *sub ratione entis*. En todo caso la clasificación kantiana no tiene sentido, porque la Metafísica había dejado de ser la ciencia del ente en cuanto ente, por haber perdido el sentido del ser.

c) La filosofía primera, llamada Metafísica a partir de la ordenación que hizo Andronico de Rodas de las obras de Aristóteles, tiene por objeto el ente, no restringido a modalidad alguna, sino precisamente en su entidad. Psicológicamente el ente es el objeto formal de nuestro entendimiento; entender es conocer el ser y lo que el entendimiento conoce, lo conoce porque es. Por eso el ente de razón es más objeto de ficción que de conocimiento: el entendimiento humano conoce *ad instar entis*; su objeto es tan universal como el ente, que es conocido precisamente en su entidad: psicológica y fenomenológicamente nuestro entendimiento está abierto al ser. La ciencia que

consagra esa apertura es la Metafísica.

Poner el objeto del entendimiento en el ente tiene un sentido muy distinto a poner en el color el objeto de la visión; sentido que marca la diferencia entre el conocimiento sensible y el intelectual. Cuando se dice que el objeto de la vista es el color en general, se entiende siempre un determinado color, cualquier color; en realidad el color en general, por ser incoloro, no es precisamente objeto de visión. Cosa distinta acontece cuando decimos que el ente es el objeto del entendimiento, pues aquí entendemos la entidad tanto en general como en concreto poseída por cualquier ser. Tanto el ente abstracto como el concreto son, mientras que el color en general, siendo, es incoloro.

Al decir que el ente en cuanto ente es el objeto de la Metafísica se subraya tanto el objeto material como el formal de la filosofía primera. Objeto material de la Metafísica es todo ente, el ente en general. Su objeto formal es justamente la entidad, el carácter de ser que los entes tienen. La entidad es el objeto formal *quod* o determinativo, siendo el objeto formal *quo* o motivo el tener el tercer grado de abstracción e inmaterialidad. La entidad es insensible, inmutable e inmaterial. Los sentidos no captan que algo sea un ente, sino algo que es un ente, pero el conocimiento sensible no connota la entidad de su objeto; sólo el conocimiento intelectual aprende las cosas en su ser y porque son. No es la entidad tampoco nada mudable: cambian las cosas que son, pero el ser mismo o en absoluto se posee o falta completamente. Ni es la entidad nada material: conviene advertir en efecto que no es

lo mismo que la materia tenga ser y que la entidad sea material: la materia es gracias a la entidad un ser, puro el ser de suyo es inmaterial, de lo contrario sólo podrían existir las cosas materiales. Se habla, empero, de inmaterialidad en sentido positivo y en sentido preciso. Intrínsecamente y de suyo, la entidad es positivamente inmaterial, pero extrínsecamente puede ser tenida por algo material. Se llama inmaterialidad positiva la poseída por algo inmaterial, mientras que la entidad que tienen las cosas materiales se denomina precisamente inmaterial.

La entidad o carácter de ser, el mismo ente, es también, indefinible. Definir el ser sería enmascararlo en algo superior, pero el ser es lo más general, no en género supremo, sino en trascendental. Como lo definido no debe entrar en la definición, toda posible definición del ente habría de llevarse a cabo por algo que no fuera ente. Ahora bien, una definición por “nada” del ente es precisamente una falta de definición. Ente se dice por la existencia, por eso pudo afirmar Tomás de Vio que *“existentia non existit”*. El objeto, aparentemente evanescente de la Metafísica, cobra absoluta radicalidad y necesidad desde el momento en que si se quita el ser no queda nada. La Metafísica como ciencia del ser es literalmente ontología, saber del ser, y la ontología constituye la primera parte de la Metafísica. Sólo que no debe reducirse la Metafísica a su vertiente ontológica. Como sabiduría humana por antonomasia, la Metafísica debe proceder al conocimiento etiológico de su objeto, convirtiéndose en un estudio no sólo del ser como causa, sino de la causa del ser. Esta segunda parte recibe el nombre de

Teología natural o Teodicea.

La denominación de Teología natural, aunque distinga suficientemente esta parte de la Metafísica de la Teología sobrenatural no matiza radicalmente el carácter metafísico de la Teodicea. De aquí que sea preferible el nombre de Teología metafísica. La Teología metafísica, como indica su nombre, es aquella parte de la Metafísica que estudia la primera causa del ser, objeto de la ontología. La Teología metafísica constituye un conocimiento finito del ser infinito, causa y fundamento de todo otro ser. El conocimiento metafísico de Dios se inicia al preguntarse el filósofo por la causa del ente. Resulta afirmativamente la cuestión *an Deus sit*, procede a continuación la teología metafísica a preguntarse por *quid sit Deus*; de aquí la doble vertiente existencial y esencial de la Teodicea. La Teodicea esencial constituye un conocimiento analógico y negativo de Dios; el filósofo debe plegar sus alas y reconocer la finitud de su conocimiento del Ser Supremo, conocimiento finito, como hemos dicho, del infinito ser, que capta a Dios *sub ratione entis*, no *sub ratione Dei* como el teólogo sobrenatural, ni, por supuesto, *sicuti est*, que es el modo del conocimiento propio de la visión beatífica.

Ontología y Teología natural integran la Metafísica llamada ostensiva, mientras la Metafísica defensiva es la Teoría del conocimiento o Gnoseología, tercera y última parte de la filosofía primera. La Teoría del conocimiento se revela como una dimensión rigurosamente Metafísica si observamos que, aunque toda ciencia conoce objetos, ninguna, excepto la Metafísica, tiene que hacerse cargo

del conocimiento de los mismos. Ser objeto de conocimiento es una perspectiva universal, trascendente por lo mismo a toda ciencia particular. Además la misma inmaterialidad del conocimiento de que habla la Psicología, pide el tratamiento metafísico del mismo. El sentido del conocimiento como potencia del ente al entendimiento abierto en principio a todo ser, constituye la Metafísica-Crítica. Hay que observar, con todo, que como Metafísica defensiva la Crítica tiene un carácter negativo y un sentido indirecto. Plantearse directa y positivamente el valor cognoscitivo de la razón humana supone un círculo vicioso, ya que en todo caso hemos de valer nos de la misma razón humana para solucionar la aporía. La psicología estudia el conocimiento al nivel fenomenológico, describiendo su esencia y naturaleza; la Metafísica-Crítica se hace cargo de los límites y trascendencia del conocimiento, constituyendo una autocrítica de la posibilidad de potencia del ente y de la radical apertura del entendimiento al ser. Con la Teoría del conocimiento se cierra el ciclo de problemas y temas metafísicos.

La Metafísica, enterrando a sus propios enterradores, resurge de las cenizas en que fue sepultada por los negadores de sus posibilidades. El idealismo trascendental hacía de la Metafísica una disposición natural (*Naturanlage*) a condición de quitarle su valor de ciencia trascendente. Escamoteado el ser en el pensamiento y convertido el yo pienso (*ich denke*) en legislador de la realidad, vuelve en nuestro tiempo el saber metafísico no como mera *Naturanlage*, sino como conocimiento del ser, que es lo más real de la realidad y lo más real de nosotros

mismos. El ser, aunque inefable, es el primero de nuestros conceptos, y el hombre se convierte en animal metafísico, desde el momento en que pretende con natural esperanza dar caza al ser. Ontología, Teoría del conocimiento y Teología natural, como estudio del ser finito, del ser conocido y del ser infinito, significan la suprema tensión del espíritu humano, que desde la clausura del yo se abre al horizonte del ser de la realidad, yo y el mundo, y del ser de todos los seres, es decir, de Dios.

d) El tema de la Ética lo constituyen los actos humanos por donde el objeto de la Ética se reviste de un sentido práctico, distinto en principio al objeto de la Metafísica y de la Filosofía Natural. Pero la Ética es una ciencia teórica, siendo la prudencia la que *hic et nunc* ha de realizar el contenido de la norma moral. La Ética es tan normativa como la Lógica, sólo que ésta se dirige a la razón y aquélla a la voluntad. El objeto material de la Ética lo constituyen los actos humanos, actos responsables por emanar de la libertad del hombre, no los meros actos que el hombre realiza sin poner en juego su libertad. El objeto formal de la Ética es la moralidad de los actos humanos, es decir, su bondad o maldad, su educación o falta de ella al fin último del hombre. Por esto es la Ética clásicamente la ciencia del bien y del mal.

En los actos humanos cabe distinguir una triple bondad –y respectivamente maldad–: 1) entitativa; 2) técnica; y 3) moral. La bondad entitativa la tiene el acto en cuanto existe, es la bondad ontológica que se identifica con el ser según el adagio *ens et bonum convertuntur*. Todo ente en cuanto ente es bueno, es decir, es apetecible,

pues para ser apetecido basta poseer al menos una perfección y todo ente posee la perfección de la existencia; todo ser es, ontológicamente, amable. La bondad técnica reside en los actos según su carácter de factibles de acuerdo con el arte o técnica que los puede dirigir. Tanto la bondad entitativa como la técnica constituyen un *bonum secundum quid*, relativos a la entidad y factibilidad de los actos. Sólo la bondad moral, en que estriba la honestidad, *bonum simpliciter*, que estudia la Ética.

La Ética es la ciencia del bien y del mal de los actos humanos, esto es, libres según su adecuación o falta de ella al último fin del hombre. La Metafísica, donde tiene sus supuestos la Ética en este punto, esclarece el fin último del hombre, poniéndole en la bondad increada en que consiste el mismo Dios. Desde el punto de vista objetivo, Dios es el último fin del hombre, a cuya ley eterna debe adecuarse la humana voluntad libre. Subjetivamente el fin último del hombre estriba en la felicidad que naturalmente apetecemos. A la felicidad la define Boecio como “*status bonorum omnium agregatione perfectus*”.

La Ética puede dividirse en Ética general, que estudia las cuestiones generales hasta aquí aludidas, y en Ética especial, que sería la aplicación de esas cuestiones a casos más particulares: puede hablarse así de Ética individual, Ética familiar, Ética social o también Filosofía social, etc.

e) Finalmente, la última parte de la Filosofía está constituida por la llamada Filosofía de la Cultura, e integrada por dos partes que son: la Estética, como Filosofía del

arte, y la Filosofía de la técnica (técnica en sentido amplio). Tanto el arte como la técnica son actividades humanas, no agibles como el objeto de la Ética, sino factibles, según la clásica distinción que considera agible lo que se juzga desde el punto de vista moral y factible lo que se juzga sólo técnicamente; lo agible puede o suele incluir lo técnico o factible, pero no al contrario. Estas dos ramas de la Filosofía de la Cultura no son, igual que la Ética, ciencias prácticas en sentido estricto, pues no dan normas concretas o próximas sobre la realización de la obra técnica o artística, sino que indagan el sentido y normas generales del arte y de la técnica dentro del horizonte de posibilidades del hombre.

CONTENIDO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

*Rafael Preciado Hernández**

SUMARIO

1. Condiciones formales y materiales de validez del derecho.- 2. Los temas fundamentales de la filosofía jurídica.- 3. Ontología y axiología jurídica; ser y deber ser.- 4. Críticas de esta división.- 5. División propuesta

* Nació en el Grullo, Jalisco, el 29 de abril de 1908. En 1930, se recibió de licenciado en Derecho con un trabajo en torno a la teoría pura de Hans Kelsen. De 1931 a 1935 fue profesor de Derecho Romano y de Teoría General del Estado en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Guadalajara, actividad que alternó como secretario en diversas salas del Supremo Tribunal de Justicia de Jalisco. En 1939, ya en la ciudad de México, impartió cátedras de Introducción al Estudio del Derecho, Filosofía del Derecho y de Ciencias Sociales en la UNAM. En cuanto a sus publicaciones, destacan sus *Lecciones de filosofía del derecho* (1947), *Ensayos filosóficos-jurídicos y políticos* (1977), *Discursos parlamentarios: democracia, símbolos patrios, justicia, educación* (1970) y *Presupuestos de la reforma democrática en México* (1971). La UNAM lo designó profesor emérito de la Facultad de Derecho en 1979, y la Escuela Libre de Derecho le otorgó las Dos Palmas de Oro.

por Del Vecchio.- 6. Su crítica.

1. Condiciones formales y materiales de validez del Derecho

En toda construcción y en toda obra producto del “hacer” humano, cabe distinguir los materiales empleados, de la disposición dada a los mismos. La consistencia de la construcción y la perfección de la obra dependen tanto de los buenos materiales como de su adecuada disposición. Así también en el derecho se puede considerar por una parte su materia o contenido, y por la otra, su forma.¹

La materia o contenido de un orden jurídico determinado, son los bienes, conducta y fines protegidos con las normas e instituciones jurídicas, las que a su vez representan lo que hay de construcción en ese orden, es decir, su disposición o forma. Podemos afirmar, por tanto, que la validez de un ordenamiento jurídico depende de condiciones formales y materiales. La más perfecta técnica jurídica nada

1 Una distinción semejante es la que sirve para dividir la lógica en formal y material. Dice a este respecto Maritain: “...en un razonamiento se necesita distinguir: lo. los materiales ideales con los cuales se razona, que es a lo que se llama la materia del razonamiento; y 2o. la disposición según la cual estos materiales son ordenados en el espíritu, de manera que conduzcan a conclusión firme, o sea lo que se llama la forma del razonamiento. En razón de su forma el razonamiento es correcto o incorrecto; en razón de su materia es verdadero o falso. Así el razonamiento:

Ningún hombre hace el mal;	(I)
ahora bien, este criminal es hombre;	(II)
luego este criminal no hace el mal,	(III)

es correcto -su forma es buena, la conclusión está bien deducida; pero su conclusión es falsa- su materia es mala, puesto que la proposición I) no es verdadera sino falsa”. El mismo autor aclara, para prevenir confusiones, como lo hacemos también nosotros, que aquí se emplean las nociones de lo formal y material, con una connotación distinta de la que tienen las categorías de forma y materia, cuando se dice *v. gr.* que “el alma es la forma que da vida al cuerpo”. *Elements de Philosophie Petite Logique*, 8a. ed., Pierre Tequi, Libraire Editeur, 1933, págs. IG y 11.

vale, si en lugar de garantizar la debida protección de la libertad y de las demás prerrogativas esenciales de la persona humana, sólo sirve para sojuzgar y explotar a los hombres, en aras de ideales o postulados políticos contrarios a las legítimas aspiraciones de la comunidad. Y los más elevados principios proclamados en una Constitución no pasan de ser meros enunciados teóricos, y en este sentido fracasan, si no se estructuran técnicamente las instituciones jurídicas eficaces para asegurar su observancia. Esto significa que la filosofía del derecho debe estudiar los primeros principios del derecho, atendiendo por igual a las condiciones formales y materiales de su validez.

No pretendemos dividir la filosofía del derecho en formal y material, siguiendo el ejemplo de Maritain a propósito de la lógica,² aún cuando consideramos válida y práctica tal división aplicada a nuestra disciplina; pero no la adoptamos, porque nos obligaría a considerar separadamente, respecto de cada uno de los temas de nuestro estudio, por una parte la investigación del punto de vista formal, y por la otra la investigación de las condiciones de validez desde el punto de vista material. Sin embargo, consideramos de mayor importancia contemplar desde estos dos ángulos todos y cada uno de los temas de la filosofía jurídica, si se quiere tener de los mismos un conocimiento completo.

2. Los temas fundamentales de la filosofía jurídica

¿Y cuáles son los temas cuyo estudio corresponde a la Filosofía del Derecho? Estrictamente –ya lo expresamos

2 V. nota anterior.

antes— nuestra disciplina comprende el estudio de los primeros principios del derecho, atendiendo por igual a las condiciones formales y materiales de su validez. Pero como la norma jurídica implica entre sus elementos o datos esenciales las ideas de autoridad y sociedad, cuyas formas más completas de organización constituyen el Estado, es claro que la filosofía del derecho encuentra su natural complemento en la política o filosofía del Estado. Así, la investigación de los primeros principios del derecho, tanto desde el punto de vista formal como desde un punto de vista material o real, es el tema fundamental de la filosofía jurídica; y la investigación de los primeros principios del Estado, constituye el tema principal de la política o Filosofía del Estado.

Ahora bien, la expresión propia del derecho es la norma jurídica; y como ésta es una especie de la norma en su acepción genérica, podemos concluir que el derecho participa del orden normativo. Por otra parte, como el contenido o la materia de la norma jurídica, lo expresado o representado por ésta en forma imperativa, es una relación social, “un ajustamiento entre personas y cosas”,³ bajo este punto de vista el derecho participa del orden social. Y por último, como las esferas de lo normativo y de lo social carecen de sentido si no las referimos al orden ético, que comprende los principios racionales supremos que rigen la conducta humana —objeto de las normas y de las relaciones sociales—, es claro que el derecho participa

3 J. Th. Delos O. P., Apéndice II al tratado de *La Justicia de la Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino*, trad. francesa de M. S. Guillet, O. P., edición de la Revista de los Jóvenes, t. I, p. 230.

igualmente del orden ético. Luego para alcanzar una idea integral del derecho, para aprender su esencia, determinar sus primeros principios o razones últimas, es preciso considerarlo sucesivamente en relación con cada uno de estos tres órdenes –normativo, social y ético– de los cuales participa.

Y otro tanto cabe hacer a propósito de la investigación sobre los primeros principios del Estado, pues éste participa, así mismo del orden normativo, del orden social y del orden ético. Del primero, puesto que la norma jurídica, a través de la autoridad, informa o conforma al Estado, es su principio unitivo, constitutivo, esencial. Del segundo, dado que el Estado es una especie del género sociedad, es la forma de sociedad civil perfecta, por cuanto “abarca todos los fines que son susceptibles de ser alcanzados mediante la convivencia humana”.⁴ Y finalmente, el Estado participa también del orden ético, por la misma razón que indicamos en el párrafo anterior al referirnos al derecho, ya que las esferas de lo normativo y lo social a su vez participan del orden ético, sin cuyos principios las normas y las relaciones sociales pierden su carácter humano, carecen de sentido. De ahí que para llegar a conocer la naturaleza del Estado desde el punto de

4 “...el hombre ha de vivir en compañía de otros, porque no se podría proveer de las cosas necesarias para la vida si estuviere a solas; ...tanto será más perfecta la compañía de muchos, cuanto fuere por sí más suficiente para las cosas necesarias. Hállanse en una familia algunas cosas útiles a la vida como en cuanto a las acciones naturales de la crianza y procreación de los hijos y otras a este modo; ... en una ciudad que es comunidad perfecta hállase todo lo que es necesario para la vida humana...” Santo Tomás de Aquino, *Del Gobierno de los Príncipes*, traducción de don Alonso Ordóñez das Seyjas y Tobar, Editora Cultura, Buenos Aires, 1945, Volumen Primero, p. 25.

vista de sus primeros principios, sea necesario considerarlo en sus relaciones con el orden normativo, con el orden social y con el orden ético.

Por supuesto que la división aquí propuesta no es necesaria sino conveniente; esto último por las razones apuntadas en los dos párrafos precedentes. Y a los subtemas generales que comprende la investigación sobre la esencia del derecho, también se les puede dar diverso desarrollo.

3. Ontología y axiología jurídica; ser y deber ser

Aplicando al derecho la división de las disciplinas filosóficas que hace la filosofía moderna a base de los dos conceptos fundamentales del ser y del deber ser —objetos respectivamente de la ontología y de la axiología—, la filosofía del derecho se ha dividido igualmente en ontología jurídica, que tiene por objeto el estudio del ser del derecho —su determinación conceptual que ha dicho Stammler—, y axiología jurídica, que comprende el estudio de los valores supremos del derecho la determinación de lo que el propio Stammler llama idea del derecho o noción de lo justo.

4. Críticas de esta división

A primera vista puede parecer fundada o cuando menos conveniente esta división; pero en el fondo entraña un escamoteo del problema de la definición del derecho, pues en lugar de plantear objetivamente tal problema, la división propuesta se utiliza como un hábil expediente para eludir su planteamiento y resolverlo en un determinado sentido sin haberlo discutido siquiera. El problema a que nos referimos, puede plantearse en estos

términos: ¿es válida una definición puramente formal del derecho?; o de otro modo, ¿el ser del derecho, su esencia o naturaleza, puede reducirse a un simple método de ordenación de esos datos que nos suministra el sector de la actividad humana que calificamos de realidad jurídica?; o bien, ¿puede prescindir la estructura lógica del derecho de todo dato que haga referencia a tipos permanentes de bienes, de conducta social obligatoria, o a fines valiosos como la justicia y el bien común? Es indudable que el problema existe; y entonces, lo que exige el más elemental espíritu científico, es su planteamiento claro y preciso, una amplia discusión en torno del mismo, para terminar con su solución fundada en razones. En lugar de esto, los adictos a esta tendencia de la filosofía moderna, afirman dogmáticamente que hay una separación irreductible entre el ser y el deber ser, entre la realidad y el valor. Si procedieron filosóficamente, deberían comenzar por preguntarse: ¿es cierto que son irreductibles el ser y el deber ser?; ¿es falsa la posición que considera al deber ser como una proyección del ser, como una finalidad implícita en el ser?

Pero su inconsecuencia va más lejos; ubican al derecho dentro del campo de la axiología, dentro del campo del deber ser, cosa que hace pensar que las normas jurídicas tienen una estructura valiosa, en la cual no es posible suprimir la dependencia del elemento técnico, respecto del valor universal que en algún grado postula y realiza como fin esencial el propio elemento técnico; sin embargo, no es ésta la conclusión a que llegan, sino que vuelven a aplicar las categorías del ser y del deber ser al derecho, no obstante que éste pertenece a la esfera del deber ser, y

mediante este sencillo expediente, consideran que es necesario hacer en primer término y por separado el estudio de las condiciones de validez del derecho que es (derecho positivo), y luego el estudio de los principios que determinan el derecho que debe ser (derecho justo, derecho ideal, derecho natural). La conclusión última que logran alcanzar con este procedimiento ilógico, es la afirmación contradictoria de un posible derecho injusto. Una cosa es el derecho y otra la justicia. Es conveniente y deseable, dicen estos modernos sofistas, que el derecho sea justo; pero si no lo es, y esto ha ocurrido frecuentemente en la historia –según ellos–, no por eso deja de ser derecho.⁵ Luego la definición del derecho, el concepto del derecho como dice Stammler, no implica una referencia esencial a la justicia y al bien común, como fines del propio derecho.

No es esta la oportunidad de rebatir en cuanto al fondo esta teoría, tan vieja como los sofistas griegos contemporáneos de Sócrates. Sólo llamamos la atención sobre las incongruencias y conclusiones infundadas que entraña la división de la filosofía del derecho en ontología y axiología jurídicas, a base de las categorías del ser y del deber ser afirmadas como nociones irreductibles, o apoyándose en la distinción de origen kantiano que hace Stammler, entre el concepto y la idea del derecho. La crítica de fondo

5 “Cabe que exista derecho no justo. Que se ajuste al concepto del derecho, se halle determinado íntegramente en su manifestación concreta por todas las características específicas del concepto del derecho y deslindado así de lo moral, de los usos sociales y de la arbitrariedad; pero sin dejarse guiar esencialmente en sus normas por la idea del derecho hacia el punto de mira de la comunidad pura”. Stammler, *ob. cit.*, pág. 255.

la aplazamos para los últimos capítulos de este libro.

5. División propuesta por Del Vecchio

Del Vecchio divide la filosofía del derecho en tres partes, correspondientes a otras tantas investigaciones a las cuales denomina: investigación lógica, investigación fenomenológica⁶ e investigación deontológica.⁷ La primera se propone la definición del derecho *in genere*, ya que ninguna ciencia jurídica particular puede explicar qué sea el derecho en universal, sino únicamente lo que fue o es derecho en un cierto pueblo y en determinado tiempo. La segunda tiene por objeto comprender al derecho como fenómeno universal humano, dado que el derecho positivo no es un producto de causas excepcionales, sino un fenómeno común a todos los pueblos en todos los tiempos, cuya causa común y necesaria radica en la naturaleza humana. Aún cuando esta investigación trata de precisar los fundamentos y caracteres generales del desarrollo del derecho, y en este sentido tiene cierto carácter fenoménico e histórico, el propio Del Vecchio la califica de metahistórica, porque va más allá de la historia particular de una nación y, por consiguiente, más allá de la competencia de las ciencias que se refieren al derecho de un pueblo deter-

6 Esta investigación fenomenológica nada tiene que ver con las actitudes o sistemas filosóficos de Husserl y Scheler conocidos con el nombre de fenomenología, sino que mas bien se relaciona con el concepto histórico de la fenomenología de Hegel, quien reducía esta ciencia a la historia de las etapas sucesivas que recorre el espíritu para elevarse de la sensación individual a la razón universal. Sortais, *Vocabulaire Philosophique*, ob. cit.

7 El término deontología que significa tratado del deber fue empleado por Bentham en su obra titulada *Deontology or the science of morality*. Sortais, *Vocabulaire Philosophique*, ob. cit.

minado. Finalmente, la investigación deontológica se desarrolla de un modo autónomo, y comprende la indagación de la idea, y la crítica de la racionalidad y legitimidad del derecho existente, contraponiendo una verdad ideal de una realidad empírica.⁸

6. Su crítica

Se discute si la investigación fenomenológica o metahistórica propuesta por Del Vecchio corresponde a la filosofía del derecho o más bien a la sociología o a la filosofía de la historia, referidas estas últimas disciplinas especialmente al derecho. Nuestra opinión es en el sentido de que debe incluirse en la filosofía del derecho esta investigación, aún cuando se relacione con la sociología y con la filosofía de la historia, pues el derecho es un conjunto de relaciones sociales cuyos principios básicos encuentran su fundamento en la naturaleza racional, libre y sociable del hombre, y entonces, como lo sostiene Del Vecchio con mucha razón, el indicar las contingencias a través de las cuales se ha originado una ley o costumbre, no es suficiente para demostrar el fundamento del derecho *in genere*. Una sociología puramente descriptiva de los tipos de relaciones o formas sociales, ofrece resultados mezquinos y no llega a la esencia de lo social, precisamente porque se desentiende de su dato substancial: la naturaleza humana. Y tampoco es posible hacer verdadera filosofía de la historia ignorando la naturaleza del protagonista de toda historia: el hombre. Luego si la sociología y la filosofía de la historia necesitan de una

8 G. Del Vecchio, *Filosofía del Derecho*, traducción de la cuarta edición italiana, tomo I, págs. 3 a 5.

profunda observación de la naturaleza humana para descubrir las leyes de lo social y de lo histórico, otro tanto debe hacer la filosofía del derecho para determinar los fundamentos y caracteres generales del desarrollo del derecho, pues sólo de este modo puede lograrse la comprensión del derecho como un dato social, universal, humano.

En cuanto a las otras dos partes de la división propuesta por este autor, si bien la investigación lógica puede considerarse como equivalente de la ontología jurídica, y la investigación deontológica reducirse a la axiología jurídica, no creemos que el pensamiento de Del Vecchio conduzca en forma congruente a la afirmación de un posible derecho injusto, ya que en su definición genérica del derecho incluye una referencia esencial a un principio ético.⁹ Es decir, admitimos que por razón de método, conviene estudiar el derecho desde estos tres puntos de vista: lógico, fenomenológico y deontológico, como se puede estudiar al hombre desde diversos ángulos: biológico, psicológico, moral. Lo que rechazamos es que el aspecto captado o aprehendido de un objeto, contemplado desde uno de estos ángulos o puntos de vista, constituya la realidad esencial de ese objeto. El hombre no es sólo una unidad biológica, sino también una unidad psíquica y ética. Y otro tanto cabe decir del derecho: no es sólo una estructura lógica, sino también fenomenológica y deontológica. Por tanto, aún cuando por razones metodológicas el estudio de un objeto se haga desde distintos

9 Del Vecchio define el Derecho, “como la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina excluyendo todo impedimento”. *ob. cit.*, p. 114.

puntos de vista, la definición del mismo no debe referirse a uno solo de sus aspectos, sino comprender todos los elementos o datos esenciales que integran el ser de ese objeto. Si el derecho fuera una mera estructura lógica, bastaría la definición formal; pero como no se reduce a su aspecto lógico, ya que también implica un dato positivo y otro ético, en la definición debe hacerse referencia a estos elementos esenciales. Parece que Del Vecchio acepta la tesis de una definición formal, lógica del derecho; pero lo cierto es que lo define como la “coordinación de las posibles acciones de varios sujetos, de acuerdo con un principio ético”; de manera que su definición alude, de hecho, tanto al dato lógico de lo jurídico, como a los datos positivo y ético, y por tal razón consideramos que no cabe clasificarla como una definición puramente formal.

Para concluir (este capítulo), diremos que casi cada autor propone una diversa división de la filosofía del dere-

10 Como una división original de la Filosofía del Derecho, cabe mencionar la que propone Juan Llambias de Azevedo en su obra titulada: *Eidética y Aporética del Derecho (Prolegómenos a la Filosofía del Derecho)*. En ella sostiene que: “La filosofía ha de recorrer un camino que consta de tres etapas sucesivas: ha de describir, primero, los fenómenos; ha de elaborar, en segundo término, los problemas; para investigar, por último, las soluciones. La eidética es la ciencia de las esencias; no la ciencia del fenómeno empírico sino del fenómeno puesto en idea, de los rasgos esenciales, generales, del fenómeno, frente a los cuales el fenómeno empírico no es más que un caso particular. Su objeto es el fenómeno ideal, la esencia *a priori*. La aporética consiste en el examen de dos tesis opuestas y de sus respectivas razones derivadas de una misma cuestión. La aporética es, pues, la ciencia pura de los problemas. Al lado de la descripción de la esencia de los fenómenos, de la eidética, la aporética constituye una segunda investigación previa a la etapa propiamente filosófica, a la construcción de la teoría”. De acuerdo con esta división, la filosofía del derecho comprende tres investigaciones: las dos que se acaban de mencionar, eidética y aporética, y finalmente la teoría jurídica o construcción de las soluciones dadas a los problemas planteados por la aporética.

cho; algunas de esas divisiones pueden reducirse, con ciertas variantes, a las que aquí se han mencionado;¹⁰ en la mayor parte de ellas hay coincidencia en cuanto a los temas fundamentales o contenido de esta disciplina, si bien no existe esta misma unificación en lo que se refiere a los desarrollos y conclusiones relacionados con esos temas.

Por nuestra parte, insistimos en que el tema fundamental de la filosofía jurídica es el estudio de los primeros principios del derecho, atendiendo por igual a las condiciones formales y materiales de su validez, y que para determinar estos primeros principios o razones últimas, conviene considerar al derecho en relación –sucesivamente– con los órdenes normativo, social y ético, de los cuales participa. Y asimismo estimamos que la investigación sobre los primeros principios del derecho, debe ser seguida de un estudio de Filosofía del Estado –su natural complemento–, y de una historia –aunque sea breve– del pensamiento filosófico-jurídico.

FILOSOFÍA DEL DERECHO

*Luis Recaséns Siches**

SUMARIO

1. Motivaciones y caminos que conducen a la Filosofía del Derecho.- 2. Incitaciones que llevan a varios juristas hacia la Filosofía del Derecho: a) Necesidad de una Teoría General del Derecho; b) El enjuiciamiento valorativo o cuestión axiológica; c) Los problemas suscitados por la práctica.- 3. El camino de

* Filósofo, abogado e historiador, hijo de padres españoles pero nacido en Guatemala. Estudió en Barcelona, Madrid, Roma y Berlín, y fue catedrático de Derecho en las universidades de Madrid, Santiago de Compostela, Salamanca y Valladolid. Fue discípulo de José Ortega y Gasset en Madrid, y tras llegar exiliado a México, en 1937, fue profesor de Filosofía del Derecho e investigador en la UNAM. Escribió, entre otras obras, *La filosofía del derecho de Francisco Suárez* (1927), *Estudios de filosofía del derecho* (1935), *Vida humana, sociedad y derecho* (1939), *Nueva filosofía de la interpretación del derecho* (1973), y un monumental *Tratado General de Sociología* (1978).

la filosofía general.- 4. La influencia de la filosofía jurídica en el progreso del Derecho.- 5. Situación presente y proyección de futuro de la Filosofía del Derecho.

1. Motivaciones y caminos que conducen a la Filosofía del Derecho

Si queremos enterarnos de cuál es el sentido, el alcance y la justificación de la Filosofía del Derecho, el mejor camino para ello será sorprender cuáles fueron los motivos que llevaron a hacerla o a restaurarla por parte de los pensadores que acometieron con mayor empuje y con más logrado éxito esta empresa, y cuáles fueron los fines que con ello se proponían.

Para averiguar tales motivaciones y tales fines, hemos de preguntarnos, primero, qué tipos de gentes fueron las que actuaron en la creación o en la restauración y renovación de la Filosofía del Derecho. La respuesta a dicha pregunta es que los responsables de tales empresas han sido, en la historia de esta disciplina, tres tipos de gente: a) Algunos científicos del Derecho; b) Algunos juristas prácticos, y c) Casi todos los grandes filósofos.

2. Incitaciones que llevan a varios juristas hacia la Filosofía del Derecho

Los científicos del Derecho y los juristas prácticos han sido los que especialmente han contribuido, en el siglo XIX y sobre todo en el XX al renacimiento de la Filosofía del Derecho. Un análisis de las urgencias que incitaron a esos científicos del Derecho y a esos juristas prácticos a

plantear de nuevo los problemas filosóficos sobre el orden jurídico, pondrá claramente de manifiesto el sentido auténtico de la Filosofía del Derecho, sobre todo de la de nuestro tiempo. Por eso comenzaré examinando el tipo de necesidades mentales y prácticas que espolearon a tales jurisconsultos a elaborar de nuevo Filosofía del Derecho, sin perjuicio de exponer después las vías por las que fueron a ésta la mayor parte de los grandes filósofos.

Después del eclipse que la Filosofía del Derecho sufrió en los tres primeros decenios de la segunda mitad del siglo XIX, por obra del positivismo —y también del materialismo y del evolucionismo—, el pensamiento filosófico sobre lo jurídico empezó a renacer en la mente de algunos esclarecidos jurisconsultos, porque éstos sintieron las dos limitaciones que sufre la ciencia jurídica, a saber: el hecho de que ésta no puede por sí misma explicar ni sus supuestos básicos sobre los cuales ella se asienta, ni puede aclarar tampoco las ideas de valor que dan sentido al Derecho. Algunos juristas de preclaro talento advirtieron que la ciencia jurídica no es por sí sola capaz de explicar los cimientos que están más acá de ella, ni tampoco las ideas que están más allá de ella, que son precisamente las que le dan sentido. La conciencia de estas dos penurias fue la que disparó de nuevo la reflexión filosófica sobre el Derecho. Y, consiguientemente, como quiera que las urgencias o problemas eran dos, se originaron dos partes capitales de la Filosofía jurídica: la fundación de la Teoría General o fundamental del Derecho para aclarar los conceptos básicos que constituyen la cimentación de toda realidad jurídica, así como también de toda ciencia

jurídica; y el restablecimiento de la problemática estimativa o axiológica del Derecho.

Analícemos ahora un poco más de cerca las necesidades que llevan a la elaboración de una Teoría General o Fundamental del Derecho, los supuestos, los métodos y la misión de ésta.

a) Necesidad de una Teoría General o Fundamental del Derecho

La profesión jurídica, lo mismo en su ejercicio práctico —como abogado o como juez— que en su desenvolvimiento teórico —como tratado o curso de dogmática jurídica, es decir, de una rama del Derecho positivo—, se apoya sobre una serie de supuestos generales, de los cuales el jurista no puede ofrecer esclarecimiento ni justificación suficiente. En efecto, no puede ofrecer la explicación de tales supuestos, porque ellos son precisamente el cimiento sobre el cual se funda su labor; por ende, son algo previo a esa su labor, son lo que constituye la base de la posibilidad de tal labor. El jurista estudia los preceptos del Derecho positivo. Como todo conocimiento científico, la ciencia del Derecho es un conocimiento de unos determinados objetos, seccionados por abstracción del resto de las cosas; por tanto, constituye un conocimiento fragmentario y también dependiente, un conocimiento apoyado en unos supuestos. Entre tales supuestos figura, en primer lugar, el concepto universal del Derecho, es decir, la esencia de lo jurídico, común a todas las manifestaciones reales o posibles del Derecho. El esclarecimiento de este concepto esencial o universal no puede

ser suministrado por la Ciencia Jurídica, en sentido estricto, porque ésta versa sobre las varias ramas concretas del Derecho positivo y, por tanto, considera las especialidades que cada una de éstas ofrece, es decir, da cuenta y razón de lo que el Derecho Civil tiene de Civil, de lo que el penal tiene de penal, de las concreciones singulares del Derecho mexicano, de las propias del Derecho argentino, etc. Ahora bien, cuando se trata de dilucidar la esencia, o sean el concepto universal de lo jurídico pura y simplemente, se apunta a lo que es común y necesario al Derecho, sin más, sin adjetivaciones concretas, sin referencia a ésta o a aquella rama, sin límites de lugar ni de tiempo; es decir, se pide lo que es igualmente propio de todos los Derechos, de todas sus ramas, de todas sus especificaciones históricas o posibles; en suma, se pide aquello en virtud de lo cual algo debe ser considerado como jurídico.

Sería engañoso suponer que este concepto general o esencial pueda ser fundado por vía de comparación inductiva de los datos de los múltiples Derechos conocidos. Tal fundamentación resultaría injustificada lógicamente por dos razones. En primer lugar, porque ese procedimiento de inducción requeriría acotar previamente el campo de la experiencia jurídica, sobre el cual habría de ejercerse la comparación y la generalización; pero cabalmente este deslinde del campo de la experiencia jurídica, precisa, en la estructura lógica del conocimiento, que se disponga previamente del concepto general o esencial del Derecho, gracias al cual se pueda delimitar con rigor el área propia de dicha experiencia jurídica. Así,

pues, resulta que para llevar a cabo el procedimiento de inducción, en vista de conseguir mediante él la esencia de lo jurídico, haría falta tener de antemano esa noción esencial o universal, que es precisamente la que se trataría de encontrar. En segundo lugar, aquella supuesta vía inductiva para lograr el concepto esencial o universal del Derecho resultaría también imposible, necesariamente frustrada, por otra razón, a saber: porque lo que se busca es una noción absolutamente universal: y ocurre que lo que patentiza en cada una de las ramas concretas de la jurisprudencia dogmática es tan sólo la serie de singularidades o especialidades que ofrecen los contenidos jurídicos de cada una de ellas. Consiguientemente, para obtener la noción universal o esencial de lo jurídico, precisa una indagación de otro tipo, diverso del que es característico de las ciencias jurídicas, a saber: urge una indagación de carácter filosófico.

Pero si el concepto universal o esencial del Derecho es el supuesto básico de toda ciencia jurídica, no es el único de sus supuestos. Hay otra serie de nociones –que a manera de séquito esencial del concepto de lo jurídico acompañan donde quiera a éste–, las cuales constituyen también supuestos fundamentales de toda ciencia del Derecho. Se trata de las nociones de derecho subjetivo, deber jurídico, persona, objeto, relación jurídica, supuesto jurídico, consecuencia jurídica. Esas nociones constituyen la estructura esencial de toda norma, de toda figura y de toda situación jurídica. Son nociones no exclusivas de determinados ordenamientos, sino enteramente comunes a todos ellos. No son resultados empíricos de una crea-

ción humana contingente producida en determinado lugar y en un cierto momento, sino que constituye conceptos puros, ajenos a la experiencia, necesarios en toda realidad jurídica, histórica o posible, condicionantes de todo pensamiento jurídico.

Si contemplamos el conjunto de conceptos empleados por la jurisprudencia, advertiremos como éstos pueden ser clasificados en dos grupos. Por una parte, hallamos conceptos empíricos, contingentes, históricos, es decir, descriptivos de realidades creadas por los hombres en un cierto lugar y en un cierto tiempo, figuras jurídicas concretas, fraguadas en una determinada circunstancia, por ejemplo la hipoteca, el ayuntamiento, el impuesto sobre la renta, el senado. Puede haber –y de hecho ha habido– ordenamientos jurídicos que no contienen las instituciones de hipoteca, del ayuntamiento, del impuesto sobre la renta, o del senado. Más, por otra parte, hallamos también una serie de conceptos jurídicos puros, necesarios, que no expresan realidades creadas contingentemente por los hombres en determinada situación histórica, sino que, por el contrario, pertenecen a la esencia de lo jurídico pura y simplemente, y por eso, son comunes a todas las relaciones de Derecho y a todo conocimiento científico de éstas. No cabe que haya ningún régimen jurídico sin deberes jurídicos, sin relaciones jurídicas, sin supuestos, sin consecuencias, etc.

Como ya se apuntó, sucede que las ciencias particulares (del Derecho constitucional, del civil, del mercantil, del administrativo, del procesal, etc.), no son capaces, ninguna de ellas, de aclarar de modo suficiente y con el

debido rigor esos conceptos básicos que constituyen el entresijo esencial de toda realidad jurídica, y que constituyen además los instrumentos necesarios de todo conocimiento científico sobre el Derecho. No pueden las meras ciencias jurídicas particulares explicar estos conceptos fundamentales, porque ellas se basan únicamente sobre dichos conceptos. Tales nociones básicas funcionan para la ciencia jurídica como los supuestos sobre los cuales ella se edifica, y a fuerza de su calidad de supuestos previos caen fuera de su ámbito.

Así pues, las ciencias jurídicas aparecen mancas, como algo fragmentario en cuanto a su base misma, de la cual no pueden ofrecer una explicación satisfactoria. Esta penuria no es exclusiva de la disciplina jurídica, antes bien, común a todas las ciencias particulares, pues ninguna es capaz por sí sola de fundamentarse a sí misma, de explicar sus propios supuestos. Porque todo conocimiento científico particular es fatalmente limitado, dependiente y fragmentario.

Estos problemas apuntaron en la conciencia de muchos juristas profesionales entre los años de 1870 y 1890 —que constituyeron la época en que empezó a germinar un renacimiento de la filosofía jurídica, sobre todo como teoría general del Derecho—. Se advirtió que los estudios jurídicos, restringidos por las limitaciones positivistas ofrecían un espectáculo de caos. En efecto, cada tratado o cada profesor dedicado a una disciplina jurídica especial consagraba los primeros capítulos o las primeras lecciones, a tratar de esclarecer el concepto del Derecho como norma, el de derecho subjetivo, el de relación jurídica, el de persona, el

de objeto, etc. Pero resultaba que la explicación que cada especialista daba a esos conceptos fundamentales era diversa de la suministrada por otros especialistas, con lo cual se producía un estado de desorden y confusión. Se cayó en la cuenta de que todos esos temas no pueden ser resueltos por la suma de las aportaciones de cada disciplina jurídica particular, sino que requieren una doctrina general autónoma, que tiene ya carácter filosófico.

Así pues, las ciencias jurídicas colindan con la Filosofía del Derecho en la zona que está, por así decirlo, más acá de sí misma, esto, en lo relativo a la aclaración de sus supuestos.

Por otra parte, sucede que el Derecho positivo y la Ciencia dogmática o técnica sobre éste no suministran una última y plenaria respuesta a los temas que en la misma se plantean. En efecto, ocúpase la ciencia jurídica con problemas de regulación de la vida social y de solución de los conflictos que en ella se suscitan. Pero la respuesta que para sus cuestiones ofrece es la que impone el ordenamiento positivo: es, nos dice, qué es lo que el Derecho vigente de un pueblo en un determinado momento dispone sobre cierta materia o sobre el caso planteado. La solución jurídica del precepto positivo es ejecutiva, prácticamente definitiva e inapelable. Pero esa solución decisiva y firme en la realidad de la vida, no es, en cambio, para el pensamiento una última palabra; prácticamente no es susceptible de discusión se impone, quiérase o no, lo mismo si la consideramos acertada como si la estimamos un desatino; pero ni con ella, ni por ella, queda, sin más, justificada ante la conciencia estimativa. Siempre cabrá que nos pre-

guntemos si ese precepto vigente e irrefragable, de necesaria o inexcusable aplicación, está él intrínsecamente justificado. O, dicho con otras palabras, las soluciones que ofrece el Derecho positivo –últimas en la práctica– pueden ser acometidas por el pensamiento a una crítica a cuya luz se inquietara sobre sus títulos de justificación. Esta crítica y sus problemas tampoco caen propiamente dentro del ámbito de la ciencia jurídica; pues ésta nos dice qué es lo que dispone el orden jurídico vigente, concebido sistemáticamente, cuáles son sus soluciones y su correcta interpretación, pero nada más. El problema de la justificación concreta del contenido de los preceptos, esto es, de su justicia o injusticia, excede en muchas ocasiones de los límites de la ciencia jurídica positiva; los excede siempre que se plantee más allá de los principios determinantes e inspiradores del mismo orden positivo y parte integrante de él. Pertenecen a otra consideración: a la del último fin del Derecho, a la de sus supremos principios directivos, consideración que no cae ya dentro de la ciencia jurídica, la cual se ocupa sólo del Derecho constituido. He aquí, pues, otro lado en el cual se muestra incompleta la ciencia del Derecho; y esa insuficiencia es otra de las palancas que lanza al pensamiento hacia una reflexión filosófica sobre el Derecho. La conciencia de estas dos penurias es la que principalmente motiva la filosofía del Derecho. El jurista siente a veces este doble no bastarse a sí mismo de la jurisprudencia; y de la necesidad de encontrar los fundamentos de la ciencia jurídica y de establecer los principios que doten de sentido al Derecho en última instancia, nace la filosofía del Derecho.

b) El enjuiciamiento valorativo o cuestión axioló-

gica

Resulta, pues, que los dos interrogantes filosóficos principales sobre el Derecho brotan precisamente de las dos limitaciones de la ciencia jurídica: más acá de ella y como supuesto de la misma, los temas de la teoría fundamental del Derecho; más allá de ella, las cuestiones de la estimativa jurídica, es decir, la indagación sobre los valores que deben orientar la formación del Derecho positivo.

El estudio de los dos tipos de problemas mencionados, los de la teoría fundamental o general del Derecho, y los de la estimativa o axiología, constituyen el contenido de la mayoría de los cursos universitarios y de los tratados de filosofía jurídica, que habitualmente son ofrecidos por juristas que se han dedicado a estas dos clases de meditaciones, es decir, por los que hoy suelen llamarse jusfilósofos.

c) Los problemas suscitados por la práctica

Pero sucede que el pensamiento jurídico de los últimos ochenta años se ha nutrido también con otra clase de meditaciones y elaboraciones hechas por juristas profesionales, a las que se podría dar la denominación de filosofía jurídica no académica, aunque reconozco que este nombre es discutible. Se trata de pensamientos, los cuales, si bien tienen un auténtico rango filosófico, no pretenden la elaboración de un sistema de filosofía del Derecho, no tratan de todos los problemas capitales de esta disciplina. Son más bien reflexiones filosóficas sobre determinados puntos, las cuales han sido estimuladas por necesidades sentidas en la política legislativa y sobre

todo en la aplicación jurisdiccional (judicial o administrativa) del Derecho. Las principales manifestaciones de este tipo de pensamiento jurídico, “no académico”, o tal vez conviniese más llamarlo no sistemático, han surgido sobre todo en el campo de los problemas de la interpretación y de la aplicación práctica de las leyes. Han sido llevados a cabo tanto por varios jurisconsultos prácticos –jueces y abogados– de diversos países, como también por profesores universitarios de diversas disciplinas, pero generalmente, aunque haya excepciones, fuera de los cursos sistemáticos de filosofía del Derecho.

Entre los problemas que han suscitado esas meditaciones no sistemáticas figuran los siguientes: figura la cuestión de hallar cuál es la norma válida aplicable al caso controvertido, problema que frecuentemente no es ni mucho menos tan fácil como algunos habían supuesto con cándida ingenuidad. Figura también el problema de convertir los términos generales de la ley o del reglamento en una norma singular y concreta para el caso particular debatido, de modo que en esta norma individualizada se cumpla el propósito que inspiró la regla general.

Figura asimismo el problema sobre cuál, entre los varios métodos posibles de interpretación, debe ser elegido para tratar el caso concreto. Figura además el problema de cómo ha de actuar el juez cuando la aplicación de una norma, en apariencia vigente, al problema singular sometido a su conocimiento, llevaría a un resultado notoriamente injusto. Figura igualmente el problema de cómo haya de desenvolvérselas el juez en los casos de las llamadas “lagunas” en el ordenamiento positivo formulado.

Y figuran muchas otras cuestiones de parecida importancia.

Dichos problemas están siempre presentes en cualquier proceso de aplicación jurisdiccional del Derecho a casos concretos. Ahora bien, en épocas tranquilas y de estabilidad, en que casi todos los aspectos de la vida están correlacionados de un modo coherente, esos problemas, aunque existentes, se hacen menos sensibles, suscitan menores dificultades. En cambio, esos problemas, surgidos en la aplicación judicial del Derecho, se hacen más numerosos, agudos y difíciles, en épocas de hondas transformaciones sociales, y todavía más en un tiempo de crisis integral como es el nuestro. En efecto, muchos cambios radicales se han producido en los últimos decenios en la regulación jurídica —ora por la elaboración de nuevas leyes inspiradas en principios y propósitos diferentes de aquellos que animaban las que estuvieran vigentes en el siglo XIX—; ora por la acción inteligente de la jurisprudencia al descubrir nuevos sentidos e insospechados alcances en añejas normas, cuando éstas tienen que proyectarse sobre realidades sociales muy diferentes de las de antaño. Pues bien, esos cambios han aumentado en enormes dimensiones los problemas que surgen en la aplicación práctica del Derecho.

Esos cambios han dado lugar frecuentemente a la coexistencia de normas jurídico—positivas de igual rango formal con contenidos contrarios o, por lo menos, con orientaciones divergentes. Esto ha multiplicado el número de casos en que se le plantea al juez el grave y crucial problema de tener que elegir entre esas varias normas contrarias de igual jerarquía formal.

El desenvolvimiento tumultuoso y vertiginoso de nuevos hechos y problemas sociales, no sólo no previstos sino que ni siquiera sospechados antaño por el legislador, ha aumentado también en gran magnitud el número de casos en que el juez se enfrenta con el problema de “lagunas” en el ordenamiento formulado.

Asimismo ha crecido el número de casos en que los tribunales afrontan el dramático problema consistente en que una norma positiva, que a primera vista parece ser la pertinente para el conflicto daría lugar a resultados notoriamente injustos.

Ese enorme aumento de los tipos de problemas, que acabo de apuntar, y de otros similares, ha echado sobre los órganos jurisdiccionales responsabilidades más graves, y sobre todo en mayor cantidad, que lo que suele acontecer en épocas más tranquilas de la historia. Y así, ha ocurrido que de la práctica jurídica cotidiana, en los tribunales, en las oficinas administrativas y en los bufetes han brotado urgentes requerimientos a la filosofía del derecho para que ésta suministre aclaraciones satisfactorias sobre estos problemas, y ofrezca criterios para tratarlos correctamente. Sin embargo, sería erróneo creer que tales problemas, son característicos solamente de nuestra época, o de otros tiempos agitados de la historia. Lo que sucede es simplemente que esos problemas han cobrado proporciones mayores y más destacado relieve en el siglo XX. Pero los mismos tipos de problemas se han presentado en todas las épocas y en todos los regímenes jurídicos, sólo que de modo menos detonante y menos dramático.

La Filosofía del Derecho debe ser contemplada, pues, con un tercer estudio que sirva de base para la política legislativa y la política judicial. Este estudio debe fundarse sobre los resultados a que conduzcan un minucioso análisis de las estructuras y de los problemas del Derecho positivo.

Así pues, a los dos temas que han sido aceptados generalmente en nuestro tiempo como contenido de la filosofía jurídica (la teoría fundamental del Derecho y la estimativa o axiológica) conviene añadir un tercer tema sobre política legislativa y política judicial, cimentado en el estudio de cuál es la lógica peculiar de los contenidos de las normas, es decir, cimentando en una serie de bases, algunas de las cuales habían sido olvidadas. Entre esas bases figura la de tener siempre a la vista que el Derecho positivo es siempre una obra circunstancial es decir que el Derecho positivo no puede ser jamás un conjunto de verdades, o un conjunto de intentos de aproximación de unas verdades, sino que, por el contrario, el Derecho positivo es un conjunto de instrumentos fabricados por los hombres para producir determinados efectos en la realidad social, precisamente los efectos que se reputan justos y útiles para el bien común en una determinada situación social. Las normas del Derecho positivo son la respuesta que el legislador, la sociedad (por vía consuetudinaria) o el juez dan para satisfacer determinadas necesidades sociales, para resolver ciertos problemas o conflictos de la convivencia y cooperación humanas, tal y como éstos se presentan en un lugar y en un tiempo determinados, inspirándose para ello en las valoraciones que estiman correctas. Con estas normas positivas, sus

autores se proponen la realización de un fin o resultado, cuyo cumplimiento representa el modo que se entendió como el más valioso en aquella circunstancia para satisfacer aquellas necesidades o para resolver aquellos conflictos. Además, las normas jurídico-positivas contienen los medios que se estiman adecuados y eficaces para la realización de aquellos fines.

Sobre la base de estas consideraciones, y de otras que sean establecidas en el desenvolvimiento de este tercer tema, se podrá y se deberá hacer una filosofía jurídica concreta, aplicada a las situaciones reales del presente, la cual deberá consistir en ofrecer una filosofía de la política legislativa de la administrativa y de la judicial. En la medida en que esto se haga, conseguiremos poner el pensamiento filosófico-jurídico en contacto con las necesidades actuales y al servicio de un mejor tratamiento de estas. Con ello se zanjará el distanciamiento que se dio entre la filosofía jurídica del siglo XX y los nuevos desarrollos y las transformaciones del Derecho positivo en nuestro tiempo. Esta filosofía jurídica aplicada de la política legislativa, administrativa y judicial, deberá mantenerse en el plano genuinamente filosófico, con la dignidad propia de la teoría (aunque en estos casos se trate de doctrina de la práctica), y, por lo tanto, alejada de las pasiones y de los intereses. La decisión práctica corresponde siempre inevitablemente a los órganos políticos con competencia para ello. Pero a la filosofía aplicada del Derecho le toca ofrecer orientaciones básicas en un plano de altura.

3. El camino de la filosofía general

Todos los grandes filósofos, en la historia del pensamiento humano, con la única excepción de Descartes, se plantearon el problema del Derecho y del Estado, es decir, elaboraron una doctrina jurídica y política, incluso los que no habían tenido una formación especializada en estos temas.

Así pues, se puede llegar, y de hecho se ha llegado, a la filosofía jurídica por otro camino: por el de la filosofía general. Es la filosofía un propósito de conocimiento del universo, en tanto que universo, es decir, en tanto que totalidad, mediante razones fundadas. El hombre, ante el espectáculo abigarrado del universo, de las cosas en torno y dentro de sí, y ante el problema de sí mismo y del mundo, se pregunta por cual sea el sentido que en el universo corresponda al Derecho. Y, en efecto ha ocurrido así, como lo muestra la historia de la filosofía general: grandes pensadores que no ejercieron un oficio jurídico, ni tuvieron con el Derecho un contacto próximo, han aportado valiosas y decisivas contribuciones a la filosofía jurídica. Salvo contadas excepciones, los grandes sistemas filosóficos, además de una metafísica, de una teoría del conocimiento y de una reflexión ética, contienen también un estudio sobre el Derecho y el Estado. Es preciso, pues, indagar las raíces que originaron este tipo de meditaciones filosófico-jurídicas en los grandes pensadores.

Filosofar –como ha puesto de nuevo en claro José Ortega y Gasset– es buscar una verdad primaria, esto es, que no derive de otra, con certidumbre radical, es decir, firme, segura, y que contenga en sí el fundamento de todas las demás verdades. O dicho con otras palabras:

una verdad autónoma y pantónoma. Autónoma quiere decir que no se funda en otra previa, sino que ella sea auténticamente primaria, que se baste a sí misma en plenitud, que se funde sobre sí misma con seguridad y certeza plenas. Pantónoma significa que a su vez sirva para apoyar, asegurar y explicar todas las demás verdades. Sin ese segundo carácter, de nada serviría el primero, pues si fuese firme, autosuficiente, autónoma y no sirviese para asegurar las demás verdades singulares, tendríamos que buscar otra verdad que fuese la base de éstas; y entonces nos encontraríamos con varias verdades inconexas, y por ende no primarias.

Buscar una verdad primaria con certidumbre radical es lo mismo que proponernos encontrar y definir una realidad prototípica, firme, incuestionable, en la que hacemos pie con seguridad plena.

Ocurre que nos encontramos en nuestra vida con un enjambre de dudas y de certidumbres. Pero las varias certidumbres no nos ofrecen una situación de auténtica firmeza: porque unas certidumbres entran en colisión con otras, y entonces nos preguntamos: ¿Cuál de estas certidumbres es más firme? ¿Cuál es la realidad primaria? ¿El movimiento espacial de la física, o el movimiento no espacial de lo psíquico? Y si las dos son igualmente reales y ciertas, si coexisten, entonces postulan otra realidad radical en la cual ambas se coordinen. Así de esa suerte, nos vemos lanzados a filosofar, que es lo mismo que buscar una certidumbre radical, o sea autónoma y pantónoma (o universal). Las otras certidumbres, esto es, las verdades de la ciencia, no son primarias, ni suficientes por sí

(autónomas) ni en ellas se fundan todas las demás (pantónomas). Son verdad, pero no la verdad radical. Y esa certidumbre radical ha de fundarse a sí misma, mediante prueba o evidencia, esto es, intelectivamente, dando cuenta de su razón o de su por qué, como algo objetivamente necesario, y no por otros motivos, como pudieran ser, verbigracia, la fe, la emoción poética.

Así pues, puede en igual sentido definirse la filosofía como conocimiento del universo, de todo cuanto hay: no entendiendo esto como suma o compendio de todos los conocimientos sobre todas las cosas que en el universo haya, sino como apetito de integridad que no se para en trozos secundarios, ni en acumulación de visiones parciales —cuales son las de la ciencia— y va en pos de la razón primera, que se basta en sí misma y que explica todas las demás razones fragmentarias y limitadas y les distribuye sus respectivas competencias. Es pues la filosofía “el problema de lo absoluto y el absoluto problema” (Ortega y Gasset).

Para el realismo, el ser radical era un ser real independiente del sujeto. El idealismo pulverizó con su crítica la supuesta firmeza del mundo exterior y descubrió el pensamiento como ser radical, que consiste en lo que es para sí mismo, y que lleva implícita toda otra existencia; de suerte que la mente resulta centro y soporte de toda otra realidad ésta es secundaria, su ser consistirá o se apoyará en ser pensada, en ser idea.

El pensamiento filosófico de nuestro tiempo ha hecho la crítica del idealismo: ha puesto de relieve su acierto al

subrayar la dependencia en que el objeto está del pensamiento; pero también su enorme error al pretender por eso sólo reducir el objeto al mero pensamiento, sin darse cuenta de que a su vez el sujeto depende del objeto, de manera que entre ambos se da una mutua dependencia o recíproca correlación, según ha formulado certeramente el filósofo de nuestro tiempo Ortega y Gasset.

Sobre base autónoma y pantónoma, una vez que ésta ha sido conseguida, el filósofo trata de formarse una visión articulada del universo, construida por razones justificadas intelectualmente. Ahora bien, adviértase que cuando se habla del problema del universo, como quiera que dentro de éste figura el hombre —estoy yo—, se trata siempre no sólo de la cuestión del universo en sí, sino también —y especialmente— de las relaciones del universo conmigo y de mí mismo con el universo: que sea el universo para mí, y que sea yo en el universo o con respecto a él.

Pues bien, en el universo, entre las muchas cosas que contiene (unas reales corpóreas, otras reales psíquicas, otras irreales, pero con validez, como los ideales y muchas otras más de diversos jueces), hay los problemas de la convivencia y cooperación, los problemas de la organización colectiva, lo relativo al Derecho y al Estado. Y el filósofo, al enfrentarse con este tema, que se encuentra en el primer plano del interés humano, se pregunta: ¿qué significan en el conjunto del universo el Derecho y el Estado? ¿Cuál es la raíz del Derecho y del Estado? y ¿Cuál su función de la vida humana? Y cómo el Derecho se refiere a problemas de comportamiento humano y éste

se halla relacionado con el sentido de la vida y la misión del hombre, por esta vía llega también la filosofía a plantearse los interrogantes radicales sobre lo jurídico. Esta cuestión, según veremos, se plantea en última instancia como pregunta sobre el sentido del Derecho en la vida humana. Es en este tema donde la filosofía jurídica cobra su plenitud y su unidad, punto de vista desde el cual es posible emprender su consideración y la solución de las diversas cuestiones de teoría fundamental del Derecho y de los problemas de la estimativa, así como también de los de la realidad de lo jurídico. Para ello, la filosofía del Derecho se hace cuestión total de lo jurídico; convierte lo jurídico en problema total, es decir, lo enfoca sin partir de supuestos jurídicos previos.

Tal vez cabría decir –y así ha ocurrido ordinariamente– que la filosofía del Derecho aplica traslaticiamente el afán filosófico a una zona del mundo, a la región jurídica, considerándola como si formase una totalidad unitaria. Piensa lo jurídico como un mundo aparte y se hace de él un problema total. No se detiene en las cuestiones concretas y particulares del Derecho, de las cuales se ocupan las varias disciplinas jurídicas. Estas, las ciencias jurídicas, paran su atención en trozos del Derecho, limitados no sólo tempoespacialmente, sino también por un criterio de clasificación; se desarrollan en delimitaciones provinciales de algo que llaman Derecho, pero que no se paran a explicar en su integridad: su modo de conocimiento es secundario, no se fundamenta a sí mismo. La filosofía del Derecho, en cambio no se detiene en estos temas secundarios y busca un panorama integral de lo jurídico con su

primero y su último plano, busca la verdad última y completa del Derecho, que no nos es dada por las ciencias particulares de él, pues éstas nos expresan lo que es Derecho aquí y ahora o allá y entonces, pero no lo que es el Derecho esencialmente y cuanto de él queda decir integralmente. La filosofía del Derecho aspira a un conocimiento primario de lo jurídico, que se funde a sí mismo plenamente y que sirva de fundamento a las ciencias particulares del Derecho. Esa concepción de la filosofía del Derecho responde, pues, a una aplicación del punto de vista filosófico del mundo de lo jurídico, toma el mundo de lo jurídico como un universo aparte e indaga sus problemas radicales. Es como una traducción en miniatura del campo de lo jurídico de lo que la filosofía hace con el universo entero: el apetito de plena integridad de ésta lo proyecta limitadamente a un sector del mundo, a lo jurídico. La filosofía pura quiere ser la ciencia universal y absoluta. La filosofía del Derecho quiere ser la consideración universal y absoluta del mundo jurídico.

Esa filosofía del Derecho –cuyos problemas he esbozado– es, pues, filosofía aplicada, o aplicación del punto de vista filosófico al Derecho. Pero hay que reconocer, que para que esa filosofía aplicada del Derecho cumpla su misión sería preciso superar la multiplicidad de problemas expuestos, logrando plantear primariamente un solo tema, del cual se deriven los demás, a saber, el tema del sentido radical de lo jurídico.

Ahora bien, ese tema sobre el sentido radical de lo jurídico –la verdad primaria y total sobre el Derecho– en el cual se superase la triplicidad de los estudios propuestos

y se fundase la unidad de la filosofía del Derecho, nos permitiría elevarnos a un plano superior: nos permitiría pasar de una filosofía jurídica aplicada a una auténtica filosofía del Derecho, es decir, a una filosofía del Derecho como capítulo de la filosofía general, en el cual se integrase lo jurídico en una concepción unitaria y totalitaria del universo.

Ahora bien; ese tema sobre el sentido radical de lo jurídico constituiría la verdad primaria y total sobre el Derecho. Desde esa consideración quedaría superada la triplicidad de los estudios que se han asignado a la filosofía del Derecho. Adviértase una vez más que una consideración filosófica no puede aceptar como resultado una multiplicidad de consideraciones igualmente primarias. Es preciso llegar a un plano o punto de vista desde el cual se articulen unitariamente aquellas varias instancias, bien porque una de ellas aparezca como más fundamental, en la que las demás se basen, bien porque se alcance un nuevo principio superior del cual todos los otros reciban su verdad y justificación. Hay, pues, que inquirir la verdad radical y primaria de lo jurídico a la luz de la cual se articularían los tres estudios aludidos y recibirían cada uno su justificación y explicación; esa verdad radical y primaria sobre el Derecho constituiría el principio pantónomo de toda consideración sobre lo jurídico. Ese estudio radical y primario sobre lo jurídico sería la instancia pantónoma de todas las otras verdades –ya secundarias o derivadas– sobre el Derecho; y sería, además, la verdad primera respecto del Derecho porque no se fundaría en ninguna consideración jurídica, sino que ella sería la pri-

mera consideración jurídica, la fundamental, aquella en la cual todas las demás hallarían su base y justificación. Pero si bien con ello sería la primera y fundamental entre todas las verdades jurídicas, si nos quedásemos ahí, sin más, no sería una verdad primera pura y simplemente, porque ella dependería de otras verdades, ajenas ya a la consideración del Derecho, o expresado en otra forma: tal verdad primera sobre lo jurídico constituirá el principio fundamental, unitario, pantónimo de la filosofía del Derecho como filosofía aplicada, o sea como aplicación del punto de vista filosófico al Derecho. Pero una filosofía aplicada o de tema particular no es auténtica filosofía, sino en tanto en cuanto se articule con la filosofía general, con la filosofía pura. Para hacer, pues, de la filosofía del Derecho auténtica filosofía, será necesario fundar esa concepción filosófica de lo jurídico en una filosofía general, es decir, articular, la filosofía aplicada del Derecho—que culmina en la verdad pantónoma sobre lo jurídico—como capítulo de la filosofía general, será necesario integrarla en una concepción filosófica del universo.

El Derecho, aun considerado filosóficamente desde el punto de vista de totalidad, es, con respecto al universo, sólo un fragmento de él.

De aquí que si queremos decir sobre lo jurídico su verdad primaria, de auténtico rango filosófico, será preciso integrarlo en una concepción plena y última, esto es, en la filosofía general y primera, rigurosamente entendida, es decir: preguntarnos por el sentido que corresponde a lo jurídico en una concepción de la vida y del mundo. Y entonces trataremos de comprender el Derecho como una

de las cosas que el hombre hace o de que se ocupa en su vida, como un ingrediente de ésta. Con ello, de un lado, habremos logrado superar en una radical unidad la multiplicidad de problemas filosóficos sobre el Derecho, y de otro lado, habremos conseguido integrar su sentido radical en una metafísica primera y total.

4. La influencia de la filosofía jurídica en el progreso del Derecho

Aparte de las consideraciones expuestas, en las que trato de expresar con todo rigor cuáles son las necesidades que han disparado la meditación filosófico-jurídica, hay que registrar también otros caminos seguidos por ésta. Tanto los juristas como los filósofos se han sentido estimulados a reflexionar filosóficamente sobre lo jurídico por varios motivos que, en cierto modo, coinciden con los mismos que determinan el nacimiento y el desarrollo del Derecho. Mediante el Derecho tratan los hombres de conseguir una situación de certeza y de seguridad, es decir, de orden y de paz en sus relaciones sociales: una situación que descarte el capricho del individuo y la irrupción fortuita de la fuerza, y un instrumento para la resolución de los conflictos de intereses. Pero, además, se aspira, claro es, a que esa situación ordenada y pacífica sea justa. Pues bien, muchos de los que han sentido esas preocupaciones se han formulado filosóficamente la pregunta de cómo se puede conseguir mejor un orden social firme, seguro, estable y a la vez justo. Esta pregunta implica el planteamiento de los temas principales de la filosofía del Derecho y de modo especial de la cuestión estimativa. Por otra parte, el desarrollo y la transforma-

ción de las circunstancias históricas y de las estructuras sociales promueve la urgencia de cambios en la ordenación jurídica, cambios que pueden poner en peligro la estabilidad del orden y de la paz; y esto suscita la preocupación de conciliar la necesidad de un orden cierto y seguro con los requerimientos de la justicia en cualquier caso. Este problema ha lanzado a la meditación en busca de criterios que valgan como normas directrices para todas las situaciones y de métodos para ir aplicando o adoptando esos criterios a cada una de las circunstancias. De tal suerte, se ha filosofado sobre los criterios que deben inspirar la elaboración del Derecho y sobre los procedimientos de ésta.

Ahora bien, ha sucedido que todas esas meditaciones, a que me he referido en el párrafo anterior, no han tenido tan sólo un alcance de puras reflexiones teóricas, sino que han ejercido un poderoso influjo directamente sobre la formación de las leyes y sobre la práctica de los tribunales. Así, cabe afirmar que en gran medida la historia del Derecho va ligada a la historia del pensamiento filosófico-jurídico. Recordemos el gran influjo que sobre la formación y el desenvolvimiento del Derecho romano tuvo la fecunda labor de los jurisconsultos, quienes inspiraban la función interpretativa en la idea del Derecho natural y en la de la *ratio legis*, basada, ésta, en la doctrina de que el precepto jurídico trata de ser una expresión de principios de razón. Recuérdese, asimismo el predominio que en el siglo XVIII tuvo sobre la formación del Derecho positivo la idea del Derecho natural y cómo ésta obró de poderoso estimulante para la codificación. Las

diferentes doctrinas de filosofía social y política del siglo XIX y también del XX –las cuales albergan importantes criterios de estimativa jurídica– han contribuido también decisivamente a la reforma del Derecho positivo.

Por el contrario, dicho sea de pasada, hay que reconocer que la filosofía del Derecho en sentido estricto producida en el siglo XX, la cual ha realizado formidables conquistas teóricas de primera magnitud, ha tenido sobre todo un carácter académico y ha influido relativamente poco en la evolución real del Derecho positivo.

En efecto, advertimos un gran desnivel entre los logros teóricos de la filosofía jurídica del siglo XX y el hecho de que ésta no ha ejercido una influencia notable en el desenvolvimiento progresivo del Derecho de nuestra época, pues advertimos que la huella impresa en él por esa filosofía jurídica contemporánea es relativamente muy pequeña. Los enormes cambios que en nuestra época ha experimentado el Derecho en todas sus ramas, no pueden ser referidos en su mayor parte a los progresos logrados en la filosofía jurídica citada, sino que han sido sobre todo efectos de otros factores históricos. Esta situación aparece como algo muy extraño, si la parangonamos con la influencia decisiva que en otras épocas tuvieron las doctrinas filosófico-jurídicas en el desenvolvimiento progresivo del Derecho.

Parece como si en nuestra época de crisis, ante el azoramiento producido por la quiebra de las valoraciones vigentes en el próximo pretérito, por la concurrencia en pugna de nuevos criterios diversos en materia política y

social, y por el desbordamiento tormentoso de los hechos a la deriva, los jusfilósofos contemporáneos, deseosos de alejarse del mundanal ruido, hubieran preferido recluírse en temas neutrales, o al menos relativamente neutrales, como los de la lógica y la ontología jurídica; y, al abordar las cuestiones de estimativa jurídica, hubieran atendido preferentemente a la fundamentación teórica de estos temas, al establecimiento de las correctas directrices metódicas para tratarlos y a la formulación de los primeros principios o criterios, sin descender directamente al campo de las derivaciones prácticas.

Por fortuna esta situación está cambiando, pues el pensamiento jurídico de nuestros días se acerca de nuevo más a la vida real y trata de influir sobre ésta.

5. Situación presente y proyección de futuro de la filosofía del Derecho

La filosofía jurídica –que en la segunda mitad del siglo XIX en gran parte había sido barrida, o había sido substituida por sucedáneos inadecuados, bajo la tiranía del positivismo y de las corrientes materialistas (materialismo, evolucionismo, etc.)– comenzó a renacer ya a fines de la pasada centuria y ha consolidado plenamente su restauración como auténtica filosofía a lo largo del siglo XX hasta el momento actual.

A pesar de que son múltiples y muy diversas las direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico, cabe establecer en términos generales algunas concordancias básicas entre la mayor parte de esas direcciones, especialmente en lo que respecta a cuáles son los temas que

deban considerarse como el fundamental contenido mínimo de la filosofía del Derecho. Los temas estimados como el contenido mínimo y fundamental de la filosofía del Derecho son dos:

A) Averiguación de la esencia de lo jurídico (noción esencial –universal y necesaria– del Derecho); y determinación de los conceptos jurídicos puros –universales y necesarios–, o sea investigación sobre el *a priori* formal del Derecho. En algunas direcciones este tema parece principalmente como investigación gnoseológica o epistemológica; en otras corrientes de pensamiento se presenta como investigación primordialmente ontológica; y en otras doctrinas como estudio a la vez ontológico y gnoseológico.

B) Doctrina estimativa o axiológica del Derecho, esto es, pesquisa sobre cuáles son los valores que sirven para enjuiciar las realidades jurídicas históricas y que, a la vez, sirvan como guía para la reelaboración progresiva del Derecho. En este tema, que viene a constituir una versión honda y radicalmente renovada, de la vieja cuestión sobre el llamado Derecho natural, advertimos que, a pesar de la diversidad de doctrinas, prepondera la idea de una axiología armonizada con la variedad y los cambios de la historia, en suma, lo que con frase más o menos afortunada ha sido llamado un “Derecho natural de contenido variable”. Dentro de esta caracterización general –y sin perjuicio de los rasgos diferenciales propios de cada doctrina– caen, por ejemplo, las concepciones axiológicas de Stammler, Del Vecchio, Gény, Verdross, Pound, Cardozo, Edmond Cahn, García Máynez, la mía, así como

de los principales representantes actuales del neoescolasticismo (Renard, Preciado Hernández, Fragueiro, etc.).

Las elaboraciones contemporáneas de teoría general del Derecho –tanto las de teorías fundamental como las de ontología y lógica formales de lo jurídico– han conseguido aclarar en gran medida los problemas del conocimiento jurídico, del sentido del Derecho y de la existencia del Derecho, en tanto que han suministrado conceptos rigurosos sobre lo jurídico en general, sobre la estructura de la norma jurídica, sobre la función del Derecho, y sobre la peculiar realidad del derecho todo ello en una medida y con una precisión intelectual desconocidas en la historia anterior del pensamiento jurídico.

El renacimiento y los nuevos desarrollos de la estimativa jurídica, especialmente los inspirados en la filosofía de los valores y en la filosofía de la vida humana han conseguido situar este problema en términos de una claridad muy superior a la que éste tuvo en otras épocas. Gracias a las nuevas elaboraciones, resulta que todas las viejas críticas contra la axiología jurídica han quedado periclitadas. Además, por virtud de los trabajos que se han inspirado principalmente en la filosofía de la vida, de la razón vital e histórica y de la historicidad como dimensión esencial de lo humano, el viejo y reiterado drama teórico entre razón e historia ha entrado en vías de correcta solución.

Pero la filosofía jurídica contemporánea, que acabo de describir sumariamente en los párrafos anteriores, y a la que podríamos dar el nombre de filosofía “académica” del

Derecho, pues es la que se enseña en la mayor parte de las cátedras universitarias y la que se condensa en los tratados de mayor boga, no representa todo el pensamiento jurídico que se ha producido en los últimos sesenta años. Por el contrario, al lado de aquella filosofía jurídica académica, que desde luego tiene al mismo rango y decisiva importancia teórica, nos encontramos con otro variado conjunto de manifestaciones de pensamiento jurídico, que tienen auténtica dimensión filosófica, o que por lo menos poseen esenciales implicaciones filosóficas: una variedad de relaciones suscitadas por los problemas que plantea la política legislativa y sobre todo la aplicación jurisdiccional (judicial o administrativa) del Derecho. Esas meditaciones jurídicas al calor de los problemas de la política legislativa y especialmente de la aplicación judicial del Derecho tienen como precedentes más o menos próximos o remotos algunas ideas de Bentham y de Ihering. Las manifestaciones de ese pensamiento jurídico que podríamos llamar “no académico”, para distinguirlo del profesado en las cátedras y en los tratados de filosofía del Derecho, son entre otras, las siguientes: los ensayos hechos en los Estados Unidos por los magistrados de la Suprema Corte, Oliver Wendell Holmes y Benjamin Cardozo, por Gray, por el profesor Roscoe Pound, y más recientemente, por los pertenecientes al llamado movimiento realista norteamericano, cuyos representantes más destacados son, entre otros: Karl Llewellyn y Jerome Frank; las doctrinas elaboradas en Francia por Francois Gény, Rene Demogue, J. Cruet, Gaston Morin y Georges Ripert; los trabajos producidos

en Alemania por Eugen Ehlich, por los representantes del movimiento del “Derecho libre”, Hermann Kantorowicz, Ernts Fuchs y Herman Isay, y por la escuela de la “Jurisprudencia de intereses” a la que pertenecen Phillip Heck, Max Rumelin y Heinrich Stoll; los análisis hechos en Italia por los profesores Max Ascoli y Francesco Carnelutti; la obra realizada en España por el civilista Joaquín Dualde; los nuevos estudios norteamericanos Pekelis y Cahn; parte de la obra del profesor argentino Carlos Cossío; y mi libro *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. (México, Editorial Porrúa 1980). Cada una de las doctrinas que acabo de mencionar tiene su peculiar fisonomía. Sin embargo, todas ellas presentan hasta cierto punto varios rasgos comunes: a) coinciden en haber mostrado con claridad y en haber subrayado vigorosamente que la aplicación del Derecho no es una operación mecánica que consiste en un silogismo: b) concuerdan en haberse desenvuelto sobre todo alrededor de los problemas de interpretación que plantea el proceso judicial; c) tiene asimismo en común el haberse enfrentado de un modo muy sincero con la realidad efectiva necesaria de la función jurisdiccional, desnudado a ésta de mitos y disfraces para presentarla en su pura autenticidad. Todas estas doctrinas han cobrado clara conciencia de una serie de problemas que habitualmente habían sido soterrados o disfrazados, o escamoteados, o no subrayados suficientemente, por muchas de las corrientes de la filosofía jurídica “académica”.

Los estudios de pensamiento jurídico “no académico” mencionados en el párrafo anterior tienen su sede propia

y central en el campo de los problemas de la interpretación y de la aplicación práctica del Derecho. Sin embargo, tales estudios –algunos de los cuales se presentan visiblemente enraizados de modo teórico en fundamentos auténticamente filosóficos, y otros de los cuales tiene implicaciones genuinamente filosóficas aunque no explícitamente destacadas–, pueden, y aún diría deben, a todo trance completar, depurar y revitalizar los estudios generales de filosofía del Derecho “académico”.

La filosofía del Derecho debe ser completada con un tercer estudio sobre el Derecho positivo, estudio que pueda servir de base para una filosofía de la política legislativa y de la política judicial. Este tercer estudio debe combinar e integrar consecuencias de la teoría fundamental del Derecho y de la estimativa jurídica, y además, completarlas mostrando cuál es la lógica peculiar de los contenidos jurídicos.

El Derecho positivo no consiste en un reino de ideas puras, válidas en sí mismas, válidas por sí solas, válidas abstractamente con independencia de toda consideración de las situaciones concretas de la vida real. Por el contrario, el Derecho positivo consiste en unos pensamientos humanos de índole normativa, concebidos bajo el estímulo de determinadas necesidades prácticas en la vida social, y destinados a modelar normativamente unas ciertas situaciones reales, precisamente aquellas situaciones que suscitaron la elaboración de esas normas.

Esta dimensión circunstancial que caracteriza esencialmente el sentido de las normas del Derecho positivo

—como caracteriza también la significación de toda obra cultural— no excluye que ese sentido tenga además otra dimensión de tipo trascendente, es decir, no excluye que en ese sentido haya la referencia a valores, cuya validez rebase los límites de la situación concreta dentro de la cual se pensó en tales valores, y cuya validez puede ser *a priori*, es decir, necesaria. Tales valores, como ideas puras, pueden ser perennes; más por el contrario, la obra humana del Derecho positivo, inspirada en esos valores, tiene sólo un alcance circunstancial en referencia con la situación desde la cual y, sobre todo, para la cual las normas jurídico-positivas fueron fabricadas.

Consiguientemente, las normas del Derecho positivo no pueden ni deben ser jamás tratadas como proposiciones con validez intrínseca en sí mismas, de las cuales quepa deducir por inferencia conclusiones en una serie ilimitada. Por el contrario, su validez, no sólo su validez axiológica, sino también su validez formal dentro de un determinado orden positivo, no depende de la corrección de un silogismo, sino que depende de la verificación de sus resultados prácticos en cada momento, es decir, depende del hecho de que su aplicación produzca el tipo de efectos que los autores de tales normas trataron de conseguir. Así pues, la validez de las normas jurídico-positivas está necesariamente condicionada por el contexto situacional en el que se produjeron y para el cual se produjeron.

El tipo de razonamiento que deben desarrollar los autores de las normas jurídicas, tanto de las normas generales —el legislador— como también de las normas

individualizadas –los jueces–, no pertenece al ámbito de la lógica tradicional, esto es, de la lógica de lo racional puro, de tipo matemático, sino que, por el contrario, pertenece a otra lógica diferente, al logos de lo humano o de lo razonable. Durante más de ochenta años se han producido múltiples ofensivas contra el uso de la lógica tradicional en la interpretación y aplicación del Derecho, ofensivas en las cuales se ha mostrado que la lógica tradicional sirve de muy poco para la interpretación jurídica, y que muy frecuentemente lleva a resultados monstruosos. Pero no se había caído suficientemente en la cuenta de que la lógica tradicional no es toda la lógica. Ella es sólo el logos de lo racional puro, que sirve para la aprehensión de las conexiones ideales para el conocimiento de los hechos de la naturaleza. La lógica tradicional en todos sus desenvolvimientos (Aristóteles, Bacon, Stuart Mill, Sigwart, Honecker, Carnap, van Quine, etc.), más la lógica de lo normativo a la manera de García Máynez, von Wroght, Klug, Becker y Kalinowski, e incluso las investigaciones de Husserl, todas esas lógicas reunidas no constituyen la totalidad de lógica entera. Por el contrario, el conjunto de todas esas lógicas representa tan sólo una parte del logos, representa únicamente el logos de ciertos modos particulares de operar con el intelecto. Hay otras partes de la lógica. Así, las que se han llamado: el logos de la razón vital, el logos de la razón histórica, el logos de lo estimativo, el logos de la finalidad, el logos de la experiencia humana.

Es pertinente aquí destacar tan sólo que a la acción humana –de la cual el Derecho es una forma– le es propia

una lógica diferente de la lógica de lo racional o de la razón físico–matemática, a saber: la lógica de lo razonable.

FILOSOFÍA JURÍDICA Y TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

*Eduardo García Máynez**

SUMARIO

1. Clasificación de las disciplinas jurídicas.- 2. Filosofía del Derecho y Filosofía general.- 3. Ciencia y Filosofía.- 4. Ramas de la Filosofía.- 5. Los temas de la Filosofía del Derecho.- 6. La Teoría General del Derecho y la Filosofía Jurídica.

1. Clasificación de las disciplinas jurídicas

* Filósofo y jurista mexicano nacido en la ciudad de México, donde estudió Derecho en la Escuela Nacional de Jurisprudencia, y Filosofía en la correspondiente Facultad de la UNAM, de la que llegó a ser, en 1953, su director. Autor de los libros *Libertad como derecho y poder* (1940), *Introducción a la lógica jurídica* (1951) y *Los principios de la ontología formal en el derecho* (1953) entre otros.

Las disciplinas que estudian el derecho suelen dividirse en dos grupos:

- a) Fundamentales.
- b) Auxiliares.

Al primero pertenecen, según la opinión dominante, la filosofía del derecho y la jurisprudencia técnica; las más importantes del segundo son la historia del derecho, el derecho comparado y la sociología jurídica. Las citadas materias difieren entre sí no sólo en lo que concierne a su objeto, sino en razón de sus métodos.

2. Filosofía del Derecho y Filosofía General

Como su nombre lo indica, es la primera una rama o capítulo de la segunda. Ésta es el género; la otra, una de sus especies. La reflexión anterior demuestra que no es posible entender la esencia de la filosofía jurídica, si se ignora en qué consiste la filosofía general. Resulta, por ende, indispensable explicar previamente la naturaleza de ésta para discutir después qué lugar corresponde a aquélla dentro del cuadro de las disciplinas filosóficas. Realizada tal tarea podremos ya preguntarnos cuáles son sus problemas privativos, y entender algunas consideraciones acerca de los métodos de que se vale.

3. Ciencia y Filosofía

Analizaremos el concepto de filosofía paralelamente a la noción de ciencia, a fin de indicar en qué puntos coinciden y en cuáles se separan.

Las especulaciones científica y filosófica revelan una coincidencia fundamental, en lo que a su última finalidad

respecta: una y otra aspiran al descubrimiento de lo verdadero. Podrán tomar diversos caminos y situarse en miradores diferentes; pero la meta que persiguen es la misma. Y aun cuando, como dice Radbruch, no siempre logran alcanzar su fin, en todo caso tienen igual sentido, ya que ambas se orientan a la consecución de la verdad.¹

Pero al lado de tal semejanza, derivada de la comunidad de aspiraciones, las disciplinas de que hablamos presentan diferencias. La primera de éstas estriba en la diversa extensión de los objetos que estudian. Las ciencias son ensayos de explicación parcial de lo existente, en tanto que la filosofía pretende brindarnos una explicación exhaustiva del mundo, del hombre y de la actividad humana. Aquéllas buscan verdades aisladas, en relación con aspectos especiales de lo real; ésta, la verdad completa, el conocimiento último y definitivo, síntesis de todas las verdades. Spencer expresaba la misma idea diciendo que la ciencia es un conocimiento parcialmente unificado, y la filosofía un saber unificado totalmente. Y Ortega y Gasset, al referirse a la especulación filosófica, afirma que se caracteriza por hallarse dirigida hacia el establecimiento de la verdad autónoma y pantónoma. De la verdad autónoma, en cuanto anhela el conocimiento fundamental, originario, independiente, en el que todos los demás pueden cimentarse; de la verdad pantónoma, porque su fin no radica, como el de las ciencias, en adquirir conocimientos fragmentarios, sino una visión omnicomprendensiva, total, de cuanto existe. “La filosofía es el pro-

1 G. RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, pág. 8 de la trad. castellana.

2 Citado por RECASÉNS SICHES, en sus *Estudios de Filosofía del Derecho*, p. 33.

blema de lo absoluto, y el absoluto problema”.²

Una segunda diferencia, no menos importante, entre el conocimiento científico y la especulación filosófica, consiste en que el primero es puramente explicativo, en tanto que la segunda es, además, normativa. Las ciencias investigan exclusivamente lo que es, y pretenden explicarlo; la filosofía pregúntase también por lo que debe ser. La actitud del hombre ante el Universo no sólo es contemplativa, sino activa. La acción humana, acción inteligente, o conducta, debe tener una trayectoria, un sentido. Pero trayectoria y sentido sólo son posibles si se admite que el mundo no es únicamente realidad ajena a lo valioso, sino realidad que vale.

“Dos cosas importan a la inteligencia, que se asombra ante el mundo e inquiere las causas de su asombro; dos preguntas fundamentales constituyen la filosofía: ¿Qué es el mundo? ¿Qué valor tiene? Quien supiera responder, llanamente, a estos dos problemas habría agotado el conocimiento de todas las cosas. Ningún misterio quedaría por resolver”.³

Parafraseando una expresión de H. Poincaré, podríamos decir que los conocimientos científicos se enuncian en indicativo, a diferencia de los filosóficos, que unas veces se formulan enunciativamente y otras en forma imperativa.

Las disciplinas científicas nunca son axiológicas. Son explicativas o demostrativas. El hombre de ciencia demuestra o explica; no hace juicios de valor. Cuando el as-

3 ANTONIO CASO, *Historia y Antología del Pensamiento Filosófico*, p. 15.

trónomo enuncia las leyes de la atracción universal, o el físico las que rigen la caída de los cuerpos o el movimiento de un líquido en los vasos comunicantes, pretenden hacer inteligibles determinadas relaciones naturales, mas no emiten juicio alguno sobre el mérito o bondad de las mismas, ya que ello no tendría sentido.

Hay todavía un tercer punto en que ciencia y filosofía difieren: aquélla estudia únicamente fenómenos y relaciones, sin inquirir la esencia de lo real; ésta se pregunta, además, cuál es el *substratum* de lo existente. Cuando inquiere la esencia irreductible de las cosas, la especulación filosófica recibe el nombre de metafísica.

4. Ramas de la Filosofía

Una vez explicada la índole de la investigación filosófica, hay que emprender la clasificación de las disciplinas que integran la filosofía, a fin de determinar qué lugar corresponde en ella a la filosofía jurídica.

Con gran frecuencia, esta disciplina no aparece en las clasificaciones. La omisión obedece a que, para ciertos autores, no es una rama independiente o autónoma, sino capítulo de la ética. La tesis nos parece injustificable, ya que equivale a identificar moral y derecho.

Pero semejante identificación no es correcta, según creemos haberlo demostrado en el capítulo II de esta obra.

De acuerdo con Hoffding,⁴ las cuestiones filosóficas fundamentales son cuatro:

4 HARALD HOFFDING, *Historia de la Filosofía Moderna*, t. I., p. 2.

1. El problema del conocimiento (problema lógico). Es estudiado por la lógica y la teoría del conocimiento.

2. El problema de la existencia (cosmológico). A él se refiere la cosmología.

3. El problema de la estimación de valores (o problema ético-religioso). A su estudio están consagradas la ética, la estética y la filosofía de la religión.

4. El problema de la conciencia. Este último constituye el objeto de la psicología.

Basándose en la clasificación que acabamos de exponer, el maestro mexicano Antonio Caso⁵ divide los problemas filosóficos en tres grupos: 1. Problemas de la ciencia; 2. Problemas de la existencia; y, 3. Problemas del valor de la existencia. Obtiene de este modo el cuadro siguiente:

I. Problemas de la ciencia

Método privativo de la filosofía general.	Metodología. Teoría del conocimiento. Epistemología.
---	--

II. Problemas de la existencia

Teoría de la libertad. Teoría de las relaciones del espíritu. Psicología Racional, y del cuerpo.	Teoría del <i>substratum</i> espiritual.
--	--

5 *Problemas Filosóficos*, México, 1915, p. 92.

Explicación sistemática del ser y el devenir. Cosmología.

III. Problemas del valor de la existencia

Teoría de la religión Filosofía de la Religión.
Teoría del arte Estética.
Teoría de la conducta Ética.

Para obtener una clasificación completa es necesario incluir, en el último grupo de materias, la filosofía jurídica. Si a las que estudian los problemas relacionados con el valor de la existencia las agrupamos bajo la denominación genérica de disciplinas axiológicas, podremos decir que la axiología general comprende cuatro ramas: 1) la ética, o teoría de lo bueno; 2) la estética, o teoría filosófica de la belleza; 3) la filosofía de la religión, o doctrina de lo santo; y 4) la filosofía del derecho, o teoría sobre la esencia y valores propios de lo jurídico.

5. Los temas de la Filosofía del Derecho

Son dos los temas capitales de esta disciplina; el primero es el de la determinación del concepto del derecho; el otro refiérese a los valores que el orden jurídico positivo debe realizar. El estudio de la noción de lo jurídico constituye el objeto de la teoría fundamental del derecho. La segunda parte de la disciplina de que hablamos, cuya tarea consiste en descubrir los valores propios del derecho, denominase axiología jurídica. Esta última ha recibido también las denominaciones de teoría del derecho justo, doctrina de los valores jurídicos y estimativa jurídica.

La determinación de la esencia del derecho es el problema primordial de la materia, pues las disciplinas jurídicas espe-

ciales: derecho civil, penal, administrativo, etc., lejos de enseñarnos qué sea el derecho, lo dan por definido y limitáanse a exponer y sintetizar, de acuerdo con criterios a que habremos de aludir más tarde, grupos aislados de normas.

Por otra parte, si, como escribe Del Vecchio,⁶ la filosofía es el conocimiento de lo universal, la del derecho tendrá que ser, ante todo, el conocimiento de lo jurídico en sus aspectos y elementos universales; o, expresado en otro giro: una aplicación, al campo del derecho, de la reflexión filosófica. Y así como ésta empieza por preguntarse qué es lo que existe, y aspira a ofrecer una visión exhaustiva de lo real, la filosofía jurídica inquiriere en primer término qué es el derecho, y trata de brindarnos, acerca del mismo, la verdad “autónoma”, el conocimiento último y definitivo.

La teoría fundamental debe explicar, además, los conceptos jurídicos esenciales, es decir, las categorías o nociones irreductibles, en cuya ausencia resultaría imposible entender un orden jurídico cualquiera. Queremos referirnos a los conceptos de supuesto jurídico, derecho subjetivo, deber jurídico y sujeto de derecho, que encontramos indefectiblemente en todo sistema. Estos conceptos, llamados también categorías jurídicas, distínguense de los históricos o contingentes. A diferencia de aquéllos, los contingentes no existen en todo ordenamiento positivo. Las instituciones de la esclavitud, la aparcería, el robo de energía eléctrica, la enfiteusis, por ejemplo, no siempre han sido conocidas por los derechos que la historia registra. Su método, estrictamente experimental, llámese inducción, es una forma de

6 *Filosofía del Derecho*, t. I., p. 1.

inferencia que consiste en pasar del análisis de una serie de hechos o casos, al establecimiento de un principio general que expresa sus atributos comunes y puede aplicarse también a los hechos semejantes no investigados. “Inferencias inductivas –leemos en la *Lógica* de Kurt Joachim Grauson aquellas en que de una serie de juicios particulares se deduce un juicio universal sintetizador o amplificador y distinto de ellos. Son, pues, conclusiones de lo particular a lo general; se dividen en inducciones sintetizadoras y amplificadoras. La esencia de las inducciones sintetizadoras (registradoras de hechos) consiste en que un número mayor o menor de juicios dados con el mismo sujeto o predicado, forman en la conclusión un solo juicio, con lo cual la conclusión se convierte en una combinación de juicios, copulativa en un caso y conjuntiva en el otro. En las inducciones amplificadoras la conclusión es distinta de las premisas formal y materialmente. Son formas en las cuales de juicios particulares dados se deduce un juicio universal, no sintetizador, sino amplificador. Según que esta extensión o ampliación vaya de algunas especies de un género a la totalidad de este género (ampliación de la extensión), o de algunos caracteres de un concepto al contenido general de éste (ampliación del contenido), convendrá llamar las ampliaciones generalizadoras o totalizadoras...”⁷

Bergbohm, Merkel y Bierling afirmaron que el procedimiento a que acabamos de referirnos podía aplicarse no únicamente a los fenómenos naturales, sino también al derecho. Para obtener la noción de éste –decían– basta con

7 KURT JOACHIM GRAU, *Lógica*, trad. de MIRAL, p. 129.

reunir un número suficientemente grande de hechos jurídicos, prescindir de sus notas accidentales y abstraer las que les sean comunes. Igual procedimiento podrá aplicarse a cualquier otro problema análogo, como, por ejemplo, la definición del derecho subjetivo o del deber jurídico.

El programa trazado por los partidarios de la pretendida ciencia se consideró muy pronto como intento fracasado, pues los juristas se percataron de que la aplicación del método inductivo a la definición no son conceptos fundamentales, sino nociones históricamente condicionadas. En cambio, nunca ha existido, ni existe, ni podrá existir, un sistema jurídico en el que no haya sujetos, deberes y derechos subjetivos por esta razón se ha escrito, parafraseando una expresión kantiana, que tales nociones son categorías “que condicionan la posibilidad del conocimiento del derecho”.

La axiología jurídica estudia los valores a cuya realización debe aspirar el orden jurídico positivo. Para la mayoría de los autores, es la justicia la finalidad suprema de éste. Algunos creen descubrir dicho fin en el bien común, y otros estiman que el valor jurídico fundamental es la seguridad, y que, en caso de conflicto debe la justicia ser postergada, en beneficio de la paz y el orden.

Siguiendo la opinión más reciente, pensamos que los valores jurídicos no se excluyen de manera absoluta, y que una de las tareas de la estimativa es determinar el respectivo rango de aquéllos. A los capítulos especiales sobre la justicia, la seguridad y el bien común, debe seguir otro sobre la jerarquía de dichos fines.

6. La Teoría General del Derecho y la Filosofía Jurídica

En el último tercio del pasado siglo diversos escritores, influidos por la ideología positivista y deslumbrados por los progresos de la ciencia natural, sostuvieron que la filosofía del derecho debía ser reemplazada por una disciplina de tipo científico, cuyos métodos coincidieran con los de la investigación naturalista. De acuerdo con tal idea, varios autores alemanes, entre los que hay que citar, en primer término, a Bergbohm, Merkel y Bierling, trazaron el programa de una teoría general del derecho, concebida como conjunto de generalizaciones relativas a los fenómenos jurídicos. Toda consideración de índole filosófica y, sobre todo, de carácter metafísico, debe ser repudiada por la ciencia del derecho. Para establecer la definición de lo jurídico, pensaban los citados autores, hay que poner en práctica los procedimientos de que se sirven por ejemplo, el astrónomo y del derecho implicaba el previo conocimiento de aquello que con tal método se trataba de alcanzar. En efecto, para abstraer de una serie de datos jurídicos las notas que les son comunes, es necesario conocer de antemano la esencia del derecho, ya que, de otro modo, resulta imposible seleccionar los fenómenos que habrán de servir de base a la inducción.

“El movimiento de la teoría general del derecho en Alemania, como su correspondiente, el de la Escuela Analítica de Jurisprudencia en Inglaterra, se propusieron la construcción de un sistema de los conceptos primeros de la ciencia jurídica que acabase con la anarquía de la producción científica en las ramas particulares”. Es interesante recoger la formulación que dio Stuart Mill de esta pretensión, en relación con la Escuela Analítica Inglesa: “Los detalles

de los diferentes sistemas legales son distintos pero no hay ninguna razón para que las clasificaciones y los elementos fundamentales de la ordenación no sean en gran medida los mismos. Los hechos de que la ley tiene conocimiento, aunque muy lejos de ser idénticos en todas las sociedades civilizadas, son lo suficientemente análogos para permitir una organización de ellos dentro de los mismos cuadros. La misma terminología, nomenclatura y principio de ordenación que permiten constituir un sistema jurídico en su forma definitiva y hacerlo comprensible, pueden servir, con adiciones y variaciones de pequeño detalle, para prestar idéntico servicio a otro sistema. Ahora bien, los instrumentos de que una y otra escuela pretenden valerse, son los puramente empíricos de la inducción y la clasificación del material dada por la ciencia jurídica. El objeto es llegar a obtener con estos instrumentos los conceptos genéricos de la ciencia del derecho, empezando por el concepto del derecho mismo; y así, mediante la abstracción del derecho, lograr una serie de conceptos válidos por todas ellas y engarzados, por tanto, en un sistema unificador”.⁸

Al iniciarse el renacimiento de las especulaciones filosófico-jurídicas, a fines del siglo XIX y comienzos del actual, abandonaron los juristas los procedimientos metódicos propuestos por aquellas escuelas, y dedicaron buena parte de sus afanes a la investigación de los métodos idóneos para el desarrollo de los estudios fundamentales acerca del derecho. Puede decirse que, desde entonces, el problema metodológico es la principal preocupación de los cultivado-

8 JOSÉ MEDINA ECHAVARRÍA, *Filosofía Jurídica*, p. 48.

res de la filosofía jurídica. En una obra como la presente no es posible emprender el estudio del problema a que aludimos. Nos limitaremos a hacer unas cuantas indicaciones de carácter general. Hay que advertir, desde luego, que los filósofos del derecho no han conseguido ponerse enteramente de acuerdo sobre los métodos que deban emplearse en tal disciplina. El único punto en que hay coincidencia es el que consiste en la repudiación del empirismo. Las nociones a cuyo análisis está consagrada la filosofía jurídica tienen carácter apriorístico y, en consecuencia, no pueden ser definidas mediante el procedimiento experimental. El método de aquélla debe ser enteramente diverso del que se aplica en las ciencias naturales.

Si prescindimos de esta capital coincidencia, sólo encontraremos discrepancias. Es posible, sin embargo, descubrir ciertas tendencias más o menos definidas, que permiten una clasificación de las diversas escuelas. Las corrientes principales están representadas por el formalismo y la filosofía de los valores. Entre los defensores de la primera podemos citar a Stammler y Kelsen; entre los de la segunda, a Radbruch y a Lask. Dos famosos kelsenianos, Félix Kaufmann y Fritz Schreier, han aplicado al estudio del derecho el método fenomenológico de E. Husserl, Gerhart Husserl, W. Schapp y Adolfo Reinach pertenecen también

9 Consultar sobre este punto: J. MEDINA ECHAVARRÍA, *Filosofía Jurídica*; L. RECASÉNS SICHES, *Direcciones Contemporáneas del Pensamiento Jurídico*; MAX ERNST MAYER, *Filosofía del Derecho*, trad. LEGAZ Y LACAMBRA, especialmente el capítulo titulado “Direcciones de la Filosofía del Derecho”; EDGARD BODENHEIMER, *Teoría del Derecho*, trad. de VICENTE HERRERO; KARL LARENZ, *La Filosofía Contemporánea del Derecho y del Estado*, trad. de GALÁN GUTIÉRREZ y TRUYOL SERRA.

al grupo de los juristas fenomenólogos”.⁹

LA TEORÍA DE LOS TRES CÍRCULOS REEXAMINADA

*Miguel Villoro Toranzo**

SUMARIO

1. Un nuevo examen.- 2. El planteamiento tradicional de la teoría.- 3. Dicotomía entre el derecho positivo y el derecho natural.- 4. Ha-

-
- * Nació el 21 de septiembre de 1920 en Barcelona. Realizó simultáneamente la carrera de leyes en la Escuela Libre de Derecho, y la maestría en filosofía en el recién fundado Centro Cultural Universitario, antecedente de la Universidad Iberoamericana (UIA). Fue doctor por la Facultad de Derecho de la UNAM. Una vez que obtuvo su título de abogado, entró a la Compañía de Jesús. Durante muchos lustros, impartió las materias de Introducción al Estudio del Derecho, Teoría del Derecho, Filosofía del Derecho, Metodología del Derecho y Deontología Jurídica, en la Escuela Libre de Derecho, en el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana y en el doctorado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Recibió numerosos reconocimientos, entre otros: la Medalla al Mérito Universitario, UIA, 1980; la Medalla de la Orden de Honor Docente, del Instituto Mexicano de Cultura, 1981; Maestro Emérito de la UIA, 1986. Falleció el 28 de septiembre de 1990.

cia un replanteamiento del problema.- 5. Los estudios de lógica-jurídica de Recaséns Siches.- 6. El pensamiento judicial según Recaséns Siches.- 7. Diversas visiones del derecho por los órganos estatales.- a). La visión del derecho según el pequeño funcionario.- b). La visión del funcionario con cargo de responsabilidad.- c). La visión del abogado litigante.- d). La visión del teórico del derecho.- e). Visión del juez de la Suprema Corte.- f). Visión del legislador.- 8. Primera conclusión: la visión del jurista.- 9. Segunda conclusión: la estructura ontológica del derecho.

1. Un nuevo examen

En su reciente obra *Filosofía del Derecho*, el maestro Eduardo García Máynez reexamina su conocida y valiosa teoría de los tres círculos. Lo que provoca esta nueva reflexión son las ideas de Arthur Kaufmann, expresadas en un artículo que tiene por título *Die ontologische Struktur des Rechts* (La estructura ontológica del derecho). García Máynez expone las ideas centrales del mencionado artículo, por las que Kaufmann combate la llamada “teoría de los dos órdenes”. Esto da ocasión a García Máynez a replantear su teoría de los tres círculos con frescura, claridad y profundidad nuevas.

Lo que está en juego es nada menos que la noción del derecho: “se trata... de saber cuál es la estructura ontológica –no del derecho positivo o del natural– sino del derecho a secas... o derecho correcto, como dicen los alemanes”.

Las ideas de Kaufmann y el reexamen de García Máynez nos dan ocasión, a su vez, para proponer soluciones a dicho problema, con las que se puede destacar la aportación de los estudios de Recaséns Siches sobre la lógica de lo razonable.

2. El planteamiento tradicional de la teoría

Recordemos brevemente lo que afirma la teoría de los tres círculos de García Máynez. Su desarrollo más completo se encuentra en *La definición del derecho*. Allí se prueba con referencias a numerosos autores que “la enmarañada selva de opiniones diferentes y aun contradictorias” sobre el derecho se debe a que se aborda su estudio desde perspectivas diferentes. García Máynez clasifica todas las nociones del derecho en tres perspectivas: “El punto de vista... de lo que podría llamarse criterio oficial o estatal acerca de lo jurídico”, “el ángulo visual adoptado por el filósofo”, y “el punto de vista que el sociólogo adopta”. A estas tres diferentes perspectivas corresponden tres diferentes nociones del derecho: como sistema de normas formal o extrínsecamente válidas, como sistema de normas intrínsecamente válidas, es decir, justas, y como sistema de normas que efectivamente rigen la vida de una comunidad en cierto momento de su historia. Son nociones que “no se excluyen entre sí, pero tampoco se implican recíprocamente”. Esta idea la expresa García Máynez con tres círculos secantes cuyo enlace encierra “siete perspectivas diferentes”: 1) derecho formalmente válido sin validez intrínseca ni cumplimiento; 2) derecho formal e intrínsecamente válido pero que no se cumple; 3) derecho intrínsecamente válido sin validez formal ni cumplimiento; 4) derecho formal-

mente válido que se cumple, pero que carece de validez intrínseca; 5) derecho formal e intrínsecamente válido que se cumple; 6) derecho intrínsecamente válido que se cumple, pero que carece de validez formal, y 7) derecho que se cumple, pero sin validez formal e intrínseca.

Presentada en esta forma, la teoría de los tres círculos es un instrumento utilísimo para clasificar las diversas nociones que, en el transcurso de la historia, se han dado sobre el derecho; nos obliga a fijarnos en el enfoque particular de cada autor y a considerar qué aspectos incluye o excluye en su noción del derecho.

Pero García Máynez, como buen filósofo, no se contenta con constatar el perspectivismo de las diferentes nociones del derecho, sino que se pregunta por la raíz de esas diferencias en las perspectivas. Su explicación es que “el equívoco obedece a que se aplica el mismo vocablo a cosas heterogéneas o, mejor dicho, a que se pretende obtener, relativamente a objetos de conocimientos distintos entre sí, una definición común; pues si bien unas veces se habla de derecho natural, otras de derecho vigente y algunas más de derecho positivo, lo cierto es que no se trata de especies diversas de un solo género, ni de facetas diferentes de una misma realidad, sino de objetos distintos”. Y concluye “que hay tres distintos objetos de conocimiento a los que se ha dado el nombre de derecho. Cada uno de estos objetos corresponde a un punto de vista *sui generis*, y sólo puede ser conocido a través de un método específico”.

3. Dicotomía entre el derecho positivo y el derecho natural

Como se ve, del hecho de que se contempla al derecho desde diferentes perspectivas, García Máynez concluye –por un salto mortal lógico– que “no se trata de especies diversas de un solo género, sino de nociones distintas e irreductibles entre sí”; “no se trata... de facetas diferentes de una misma realidad, sino de objetos distintos”. Se establece así una clara dicotomía entre el derecho positivo y el derecho natural. Entendemos aquí por derecho positivo el derecho formal o extrínsecamente válido, es decir, un sistema de normas emanadas de la autoridad competente y promulgadas de acuerdo con el procedimiento de creación imperante en una noción determinada; y por derecho natural el derecho objetivo o intrínsecamente válido, es decir, el derecho justo.

Esta dicotomía es, para García Máynez, en primer lugar lógica: son dos conceptos diferentes, distintos e irreductibles entre sí. En segundo lugar, es también una dicotomía de los objetos estudiados: son objetos distintos, no son facetas diferentes de una misma realidad. En tercer lugar, la dicotomía repercute en las personas: son los órganos estatales los que piensan al derecho como positivo; en tanto que los filósofos –unas personas particulares– lo piensan como justo o como derecho natural. Justifiquemos con textos esta tercera clase de dicotomía.

“Para los órganos del Estado –escribe García Máynez– no existe ni puede existir más derecho que el estatal, ni más criterios de validez que los taxativamente establecidos por la norma básica”. “El juez sólo puede proceder como juez, y como tal está obligado –no únicamente en razón de su cargo, sino en virtud de protesta o juramen-

to— a aplicar la ley, aun cuando ello repugne a su sentido de justicia”. Y “el jurista debe aceptar la validez del derecho existente y limitarse a las tareas de interpretación y sistematización de los preceptos que integran cada ordenamiento. El orden positivo no es sólo el *factum* de la ciencia jurídica, sino el dogma intangible que el jurista tiene que admitir, si quiere proceder como jurista”. “Si, para los órganos del poder público, no hay más derecho que el creado, reconocido o aplicado por ellos mismos,... esto necesariamente implica... que... no pueden hacer depender la fuerza vinculante que atribuyen —y en todo caso tienen que atribuir— a los precedentes del derecho positivo, de los juicios que, por aplicación de criterios ultrapositivos de validez jurídica, los particulares eventualmente formulen sobre el valor intrínseco, en sentido axiológico, de aquellos preceptos”. “El poder público no puede admitir que la fuerza vinculante de las normas que ha reconocido o sancionado se haga depender de la opinión de los particulares sobre el contenido de esas normas”. Son, pues, los particulares aquellas únicas personas que pueden pensar al derecho en términos de la validez intrínseca o del contenido justo de sus normas. Y si un juez quiere seguir su conciencia ante una ley que considera injusta, “tiene derecho a seguir la voz de su conciencia, si antes deja de ser juez”, es decir, si vuelve a la categoría de particular. Es verdad que García Máynez aconseja al litigante que “ha de luchar porque el criterio estatal acerca del derecho se pliegue, cada vez en mayor medida, a las exigencias de la justicia”. Y además piensa que “en tal empeño deben unirse todos los ciudadanos, y

no solamente los consagrados a la enseñanza del derecho o al ejercicio de la abogacía”. Pero éstas son recomendaciones metajurídicas que da a los particulares, ya sean éstos litigantes, profesores de derecho o simples ciudadanos, pero que no afectan la rigurosa posición voluntaria de los órganos estatales.

La estricta dicotomía entre el derecho natural y el derecho positivo culmina en la siguiente afirmación: “Las únicas posiciones lógicamente aceptables ante el problema de los nexos entre “orden natural” y “orden positivo” son las de índole monista: ya el monismo del *ius naturae*, ya el monismo positivista. De acuerdo con aquél, no hay más derecho que el natural; de acuerdo con éste, el único auténtico es el positivo”.

4. Hacia un replanteamiento del problema

La posición de García Máynez en favor de la dicotomía entre derecho natural y derecho positivo parecía inquebrantable. Pero he aquí que al final de su reciente obra *Filosofía del Derecho*, le asaltan nuevas dudas y escribe: “El problema del llamado derecho natural... tendrá que ser replanteado en distinta forma, si en realidad deseamos colocarnos en una posición que se encuentre más allá del positivismo jurídico y de las incontables variantes de la doctrina del *ius naturae*”. ¿Qué es lo que lo hace titubear en una posición tan firmemente, hasta entonces, definida? A esto hay que contestar que, aunque es la doctrina de Arthur Kaufmann la que provoca las palabras que acabamos de citar, la inseguridad de García Máynez parece remontarse mucho más lejos. En efecto, la doctri-

na de Kaufmann ya la había expuesto en su obra *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, y allí había sido refutada reiterando la convicción de que las únicas posiciones lógicas aceptables son las de los monismos o iusnaturalista o positivista. Creemos que la inseguridad de García Máynez se remonta más lejos porque el tema de la conexión entre el derecho intrínsecamente válido y el derecho positivo es un *leitmotiv* que torna una y otra vez a ser replanteado en su obra, buscando siempre aunque sin encontrar alguna salida por la cual no quede abandonado el derecho positivo a los caprichos voluntaristas del Estado. La impresión de la de un converso que no acaba de estar convencido, a pesar de sus numerosas proclamas de fe. Y esta impresión se agudiza al leer su *Filosofía del Derecho*, en la que no sólo hay un abierto rechazo del formalismo kelseniano, sino que expresamente defiende que “el derecho es un orden concreto, creado para la realización de valores colectivos... no podríamos llamar derecho a un orden no orientado hacia valores como la justicia, la seguridad y el bien común, para no mencionar ahora sino los fundamentales”. En efecto, en su *Filosofía del Derecho* hay un verdadero replanteamiento de su teoría de los tres círculos, que se puede formular en la forma siguiente: 1) es necesario “superar la teoría de los dos órdenes”, por “las insolubles dificultades que, sobre todo en casos de conflicto, plantea”; 2) se aconseja “el abandono del término derecho natural y un planteamiento distinto del problema de la validez del derecho positivo”; y, 3) el problema sigue siendo “el de la validez o, para expresarlo de otro modo, el del

fundamento de la obligatoriedad de las normas del derecho”.

Ahora podemos volver la mirada hacia la obra del maestro Luis Recaséns Siches, y preguntarnos si en ella se encuentran respuestas a este replanteamiento del problema de los criterios de validez del derecho.

5. Los estudios de lógica-jurídica de Recaséns Siches

El mismo Luis Recaséns Siches explica cómo emprendió estos estudios. Su contacto con el pensamiento jurídico anglosajón, durante los años 1949 a 1954 en que fue profesor en varias universidades norteamericanas, lo hizo reflexionar y desarrollar “algunas ideas que había apuntado ya, en obras suyas anteriores, aunque sólo de modo germinal, sobre la interpretación del derecho, sobre la doble dimensión circunstancial de todo derecho positivo, sobre la lógica de lo humano, y sobre el carácter creador de la función judicial”. El fruto de estas reflexiones se encuentra en dos importantes obras, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho* (1956) y *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable* (1971), en numerosos artículos y en no pocas páginas de su *Tratado general de filosofía del derecho* (1959).

Nos interesa resaltar el ángulo de enfoque, o si se prefiere, la perspectiva de tales estudios. Ciertamente no es el punto de vista de la validez extrínseca, ya que no es una investigación de lo que es justo para de allí concluir soluciones jurídicas. Recaséns explica así el propósito de su primer libro sobre el tema: “es una aclaración sobre los

problemas que han brotado en el ámbito de la interpretación y aplicación judiciales del Derecho”. Y aclara que “no se trata de emancipar al jurista de su deber de fidelidad al Derecho positivo”, sino de examinar “la esencia necesaria de la función del juzgador y del carácter de su proceso lógico fundándolo justificadamente sobre razones que pertenecen esencialmente a la índole del Derecho positivo”. Por lo tanto, en la teoría de los tres círculos, la perspectiva de Recaséns corresponde al primer círculo, que es el del punto de vista de los órganos estatales. Es verdad que no investiga el proceso lógico correspondiente a todos los órganos estatales sino sólo al juez; pero es claro que éste es una autoridad y no un particular y que “es esencialmente una pieza integrante del orden jurídico positivo, sin la cual éste no podría funcionar, ni alcanzaría su sentido plenario”. También, es verdad que lo que Recaséns dice del razonamiento jurídico de los jueces puede –y debe– ser extendido al razonamiento jurídico de todos los juristas, pero éstos no figurarían aquí como meros particulares sino en su función de colaboradores de la implementación e interpretación del derecho positivo. “El jurista, en tanto que tal y nada más que como tal, no puede hacer a un lado las normas del Derecho positivo, antes bien debe prestarles fiel obediencia”.

Hay, sin embargo, algunas diferencias importantes en los enfoques de las dos grandes obras que Recaséns dedica a nuestro tema. En la primera –*Nueva Filosofía*– estudia principalmente el proceso del razonamiento judicial, mientras que en la segunda –*Experiencia Jurídica*– es el proceso racional de todos los juristas el que es tratado. Además,

la primera se concentra en las diferencias entre la lógica tradicional o lógica formal y la lógica aporética o “logos de lo razonable”, y la segunda, aunque también aborda esta cuestión, se encamina más bien a descubrir la realidad ontológica del derecho que es conocido por medio del logos de lo razonable.

6. El pensamiento judicial según Recaséns Siches

Basado en lo que han escrito algunos jueces (Holmes, Cardozo, Pound, son los más importantes) sobre los procesos lógicos que de hecho emplean en su función judicial y sobre un análisis de la realidad de la jurisprudencia (en particular los de Géný y Cruet sobre la francesa; Ihering, Ehrlich, el movimiento del derecho libre y la jurisprudencia de intereses, sobre la alemana; Gray, Frank y Llewellyn, sobre la norteamericana; Dualde y Cossío sobre el derecho judicial en general), Recaséns Siches llega a las siguientes conclusiones.

Aunque el juez tiene el propósito de aplicar el derecho positivo vigente su aplicación le presenta un doble problema de valoración: tiene que valorar las circunstancias concretas del caso para poder clasificar a éste dentro de alguna o algunas categorías jurídicas previstas por el sistema de derecho y tiene que elegir valorando aquellas normas del ordenamiento jurídico que en justicia son aplicables al caso. “Los jueces y los abogados tienen abundante experiencia del hecho de que muchas veces se encuentran con respecto a un litigio o proceso, con dos o más normas del Derecho vigente, cada una de las cuales aparentemente podría parecer la pertinente para decidir la controversia

planteada... Entonces, el juzgador tiene que elegir entre esas varias normas... Tal escogimiento puede efectuarse única y exclusivamente por virtud de una valoración del contenido...” En resumen, aunque el juez parte siempre de normas con validez extrínseca, dentro de éstas selecciona aquéllas cuya validez intrínseca se adapta al caso. En otras palabras, el derecho no es contemplado solamente como normas que son obligatorias porque son mandadas por las autoridades competentes, sino también como normas cuya justicia permite la solución de un caso concreto. Si entre las normas del derecho positivo no se encuentra alguna que posea esa justicia para el caso concreto, entonces se declara una laguna en el ordenamiento jurídico y se resuelve el caso conforme a la justicia de los principios generales del derecho que se juzguen justos para el caso.

Es claro que el juez que así procede es un órgano estatal, pero dado que este modo de contemplar al derecho no coincide con el explicado por García Máynez, ¿no debemos preguntarnos si hay variantes en el punto de vista de los órganos estatales?

7. Diversas visiones del derecho por los órganos estatales

Aunque todo órgano estatal parte de una consideración del derecho como derecho positivo, creemos que es evidente que ni se acercan al mismo de igual manera ni lo interpretan del mismo modo las diversas especies de órganos estatales. Entre éstas, se pueden distinguir las siguientes: el pequeño funcionario, el funcionario con cargo de responsabilidad, el abogado litigante, el teóri-

co del derecho, el juez de la Suprema Corte y el legislador.

Nuestro método consistirá en preguntarnos cómo de hecho contemplan al derecho cada una de estas categorías, y cotejar los datos observados con las visiones que nos dan García Máynez y Recaséns Siches.

a) La visión del derecho según el pequeño funcionario

Aunque es claro que entre los pequeños funcionarios se dan muchas y diferentes actitudes ante el derecho, parece que entre ellos predomina una actitud que se podría calificar como burocratismo. La suelen encontrar los particulares en sus trámites en las oficinas del gobierno. El burócrata o pequeño funcionario tiene una preocupación principal: dejar satisfecho al jefe. Normalmente esto lo logra, ateniéndose a las instrucciones muy precisas que ha recibido. Si el caso planteado por el particular se sale de los cuadros de instrucciones recibidas, entonces el funcionario no se mueve; a lo más indica al particular que vea al jefe. Podrá el particular tener toda la razón del mundo, pero eso no va a influir en el burócrata. Para él, las normas jurídicas son simplemente lo mandado por el jefe; si le consta que el jefe la mandó, la solución es válida, aunque sea absurda o injusta. Creemos que la visión del burócrata cabe de lleno en el punto de vista de la validez extrínseca, tal como lo describe García Máynez. En efecto, el burócrata verifica “el conjunto de requisitos que, de acuerdo con el poder público, condicionan la obligatoriedad extrínseca de las normas de derecho”. En rea-

lidad, ese conjunto de requisitos para el burócrata se reduce a uno solo: que lo mande el jefe competente.

Es verdad que, para García Máynez, la plena verificación de la validez extrínseca supone el examen de las fuentes formales que dieron origen a las normas y la referencia de éstas “a una fuente última y suprema de validez formal”. Pero esta fuente última y suprema no es la Constitución, sino que “reside, como lo ha visto certeramente Heller, en la voluntad del Estado”. Para el pequeño funcionario, la voluntad del Estado es manifestada a través de la voluntad del jefe, y la fuente formal es la orden dada por éste, sobre todo si se da en un escrito firmado.

b) La visión del funcionario con cargo de responsabilidad

En esta categoría de funcionarios se dan muchas más variantes: desde la persona que lleva años administrando una oficina como un pequeño feudo, persona irremplazable porque nadie conoce mejor que ella todos los reglamentos, formularios y minucias de su oficina, hasta el joven de buenas intenciones que se siente un tanto perdido, a pesar de su pretendida suficiencia, en el marasmo burocrático. Para el primer tipo, la visión del derecho también es la de la validez extrínseca descrita por García Máynez: la voluntad del Estado se ha manifestado en esos reglamentos sacrosantos que esa persona está dispuesta a defender como sacerdotisa de un culto fijado en letras inmutables, minuciosas y ritualistas. A veces, en beneficio de alguien que ha sabido ganarse su gracia, el

rito habitual –podrá ser reemplazado por otro rito más flexible–, con lo cual la sacerdotisa mostrará sus enormes poderes de intérprete de la divina voluntad estatal, porque en alguna forma esa persona se siente parte integrante del Estado omnipotente.

¿Y qué decir del funcionario siempre dispuesto a acomodarse a una recomendación que llegue de más arriba? Su visión también es voluntaria, sólo que para él la expresión de la voluntad estatal es más sociológica que jurídica.

Pero también hay funcionarios en esta categoría que se esfuerzan en aplicar las normas jurídicas con sensatez y justicia. Entonces su visión del derecho positivo coincide con la que describe Recaséns Siches como propia de la función judicial.

c) La visión del abogado litigante

En esta categoría es donde hay más variantes: desde el que, tenga o no tenga título, se comporta como un “coyote”, hasta el abogado que se esfuerza por ser “un servidor del Derecho y un coadyuvante de la Justicia”, pasando por el litigante codiguero. El coyote tiene lo que García Máynez llama “el punto de vista que el sociólogo adopta” sobre el derecho: prescinde de que las normas tengan validez extrínseca o intrínseca, y sólo se interesa en obtener resultados. El codiguero suele aceptar el punto de vista de la validez extrínseca descrita por García Máynez, sobre todo cuando ésta favorece a su cliente (lo cual ya significa alguna aceptación de la validez intrínseca), y en cuanto al abogado servidor del derecho y coadyuvante de la justicia, es

claro que posee la visión descrita por Recaséns: a partir del derecho positivo busca las soluciones justas. Y esto lo reconoce García Máynez, quien escribe:

Tratándose del jurista o, más concretamente, del abogado, parece obvio que éste debe preocuparse, ante todo, por conocer a fondo el derecho en vigor así como los criterios oficiales acerca de la interpretación y aplicación de los distintos preceptos. Pero sus esfuerzos no deben limitarse al estudio de los dogmas del oráculo legislativo o judicial. El litigante debe usar también sus facultades críticas... cuando examina la justificación de los preceptos que el Estado crea, o cuando tiene que emitir un juicio sobre la necesidad de realizar una reforma. Esas facultades deben también ejercitarse cuando se trata de fijar el sentido de una expresión legal, o cuando el problema consiste en descubrir las reglas que han de llevar al juez a la integración de una laguna. Si no fuera así, la intervención del abogado saldría sobrando, o quedaría reducida a la invocación de los dogmas oficiales. Examinadas las cosas desde este ángulo, parece evidente que el litigante no debe someterse de manera ciega a esos dogmas, sino que –en actitud a un tiempo de colaboración y de crítica– ha de luchar porque el criterio estatal acerca del derecho se pliegue, cada vez en mayor medida, a las exigencias de la justicia.

d) La visión del teórico del derecho

Los teóricos del derecho no sólo entendemos a aquellos que escriben libros y artículos jurídicos sino también a los que enseñan el derecho. Aunque también hay variantes en esta categoría, creemos que éstas son menores y, además, que todos los teóricos del derecho comparten una característica común: todos parten del derecho positivo. Incluso los filósofos del derecho filosofan a partir del derecho positivo. Véase como ejemplo, al mismo García Máynez: sus teorías filosóficas sobre las relaciones jurídicas, sobre los sujetos jurídicos y sobre la estructura del sistema normativo y orden jurídico, están pensadas ante el derecho positivo y para ser aplicadas en él.

Sin embargo, podríamos distinguir dos tipos fundamentales de teóricos del derecho, que podríamos llamar los positivistas y los juristas. Los primeros siguen haciendo propio el espíritu de la proclama de Bugnet, miembro de la Escuela de la Exégesis: “Desconozco el Derecho Civil; sólo enseño el Código Napoleón”. Para ellos la enseñanza del derecho comienza y termina con el conocimiento de las normas vigentes. Adoptan, por lo tanto, el punto de vista de la validez extrínseca del derecho. Pero, en la medida que poseen sentido crítico, se van apartando de esa posición. Primero, sujetan el derecho positivo a una crítica de índole racional: señalan sus incoherencias, sus omisiones y cómo, en determinados casos, contradice a la teoría general del derecho. Luego enfrentan el derecho positivo a las realidades de la vida, subrayando lo utópico o lo inaplicable de tal o cual solución. Por último, se preguntan sobre la justicia de las soluciones vigentes. En síntesis, el espíritu crítico los va impulsando a abandonar la posición estrictamente

positivista para, a partir del derecho positivo, aceptar criterios de valoración suprapositivos, como son el de la coherencia racional (noción racionalista del derecho), el de la aplicación a la realidad (noción empírica del derecho) o el de la justicia (noción moral del derecho). Quienes aceptan estos tres criterios suprapositivos son los teóricos del derecho que llamamos juristas. Su posición ha sido ampliamente expuesta por Recaséns Siches, particularmente en su obra *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable*. De ellos escribe García Máynez:

Es indiscutible que el jurista debe tener clara conciencia de las diferentes perspectivas... más de aquí no se sigue que haya de aceptar a ojos cerrados el criterio de validez que el Estado preconiza... el vigor que se exige al distinguir las posiciones adoptadas por quienes cultivan aquellas disciplinas, no tiene por qué reclamarse cuando la cuestión no consiste en señalar fronteras, ni en el estudio de procedimientos metódicos, sino en descubrir la misión que al jurista corresponde esta misión. Recaséns Siches la explica así: si bien el jurista no es el servidor directo de la justicia ideal pura, puesto que es el realizador del orden jurídico positivo, sin embargo, no puede ser ajeno a los puntos de vista de justicia, antes bien debe manejarlos, sólo que dentro del marco del derecho positivo.

e) Visión del juez de la Suprema Corte

La misión del jurista es la misión de todos los jueces y en especial de aquellos que forman la Suprema Corte de

Justicia de la Nación. Su máxima preocupación debe ser –como lo explica Recaséns al exponer el pensamiento de Roscoe Pound– “llegar a la elaboración de sentencias justas”. Es verdad que deben buscar los criterios en el derecho positivo vigente, pero pueden y deben interpretarlo conforme a los principios de la teoría general del derecho. Para ellos, más que para cualquier otro jurista el derecho positivo es sólo un camino para llegar a lo justo. En esto no podemos alegar alguna confirmación por parte de García Máynez, pues para él “el juez sólo puede proceder como juez, y como tal está obligado... a aplicar la ley, aun cuando ello repugne a su sentido de justicia”. A esto contestaríamos con las ideas de Recaséns Siches: claro que el juez debe aplicar la ley, pero la función judicial de aplicación de la ley no es mecánica, sino siempre es creadora; por eso, allí donde descubre una injusticia en el orden jurídico, debe proceder a integrarlo.

El poder de aplicación consiste en hacer entrar las situaciones particulares... bajo el imperio de una regla legal. La ley no es modificada por una interpretación atrevida; más bien se puede decir que la ley es alimentada por una aplicación amplia. La afirmación de que inevitable y forzosamente el juez crea siempre derecho no significa ningún propósito de montar al juzgador por encima de la ley. Significa tan sólo que el juez es un componente esencial e imprescindible del orden jurídico positivo.

Y tanto mejor integrará ese orden cuanto más justas sean sus sentencias.

f) Visión del legislador

Para García Máynez el defensor nato del punto de vista de la validez extrínseca es el legislador, pues nadie tendría mayor interés en la fiel y estricta obediencia de las leyes que él mismo ha promulgado. Puesto que él es el que establece “lo que podría llamarse criterio oficial o estatal acerca de lo jurídico”, su visión del derecho tiene especial relevancia. ¿Será verdad que todo legislador tiene una visión positivista del derecho? Si es verdad para el legislador del Estado totalitario y hasta para el legislador del Estado autocrático; pero no creemos que sea verdad para el legislador del Estado democrático.

Notemos, en primer lugar, que todo legislador de buena voluntad pretende que sus leyes sean justas; si manda algo es porque cree que lo que ha mandado es la solución justa. Así piensa García Máynez:

De hecho, quienes participan en los procesos de creación jurídica suelen presentar el fruto de su actividad como encarnación de la justicia, aun cuando no hagan depender la fuerza obligatoria de sus mandatos del valor objetivo de cada precepto.

En segundo lugar, que el legislador permita a otros –por ejemplo, a los tribunales– el control de lo justo legislado, depende de su actitud democrática. Cuando él se cree el único capaz de definir lo justo, niega ese control y trata de imponer a todos los demás una visión voluntarista del derecho. Tal fue el caso de los legisladores de la Revolución Francesa quienes, por un Decreto Orgánico de fecha 16–24

de agosto de 1790, prohibían a los jueces interpretar la ley y les mandaban turnar a la legislatura los casos de dudosa aplicación o de lagunas de la ley. Tal era la actitud de Napoleón, de quien se cuenta que se quejaba de que la interpretación de los tribunales iba a deformar su obra legislativa. Pero cuando el legislador posee un genuino sentido democrático, él es el primero en reconocer que su obra es perfectible y que otros –en particular, los tribunales, los teóricos del derecho y los abogados litigantes– pueden percibir y denunciar imperfecciones en la ley. Esas denuncias contribuirán entonces a controlar e integrar la ley como un ordenamiento más justo, entonces el legislador poseerá la visión del derecho que describe Recaséns como propia de la función judicial.

8. Primera conclusión: la visión del jurista

En las categorías descritas vemos que la visión del derecho fluctúa entre la visión voluntarista, para la cual no hay más derecho que el mandado por la autoridad competente, y la visión del jurista, para la cual se parte del derecho positivo para buscar una solución justa. Decimos que esta segunda visión es propia del jurista, porque precisamente su función es servir al derecho positivo, pero no ciegamente, sino como coadyuvante de la justicia. No importa el puesto que ocupe (funcionario con responsabilidad, abogado litigante, teórico del derecho, juez o legislador), el jurista es un crítico, pero crítico positivo del derecho positivo. Claro que la existencia del jurista crítico sólo es posible en aquellos regímenes políticos cuya filosofía es democrática, como afortunadamente es el caso de nuestro sistema de derecho.

En la teoría de los tres círculos, la visión del jurista, partiendo del círculo de la validez extrínseca, se localiza en la perspectiva quinta: para él el derecho además de poseer validez extrínseca, debe ser justo y realista (es decir, debe poder ser cumplido). Esto significa que su método para acercarse al derecho no puede ser la mera verificación de la validez extrínseca por el examen de las fuentes formales, sino que, una vez identificadas las diferentes normas aplicables al caso, debe valorar su contenido para proponer la aplicación más justa. Más aún, el examen de las fuentes formales deberá hacerlo refiriéndolas “a una fuente última y suprema” no sólo de validez formal sino también de validez material o intrínseca, que no es la voluntad del Estado sino los principios filosófico-jurídicos que integran la dogmática jurídica del sistema de derecho, la mayor parte de los cuales se encuentran consagrados en el texto de la Constitución. Esos principios están por encima de la voluntad del Estado y deben sujetarla a su contenido. En el lenguaje técnico-jurídico esta referencia a los principios de la dogmática consagrados en la Constitución se conoce como el problema de la constitucionalidad de las leyes.

9. Segunda conclusión: la estructura ontológica del derecho

Llegamos así al tema que se plantea García Máynez al reexaminar su teoría de los tres círculos: ¿cuál será la estructura ontológica, no del derecho positivo o natural, sino del derecho correcto o derecho de los juristas? Las investigaciones de Recaséns lo llevan a contestar a esta pregunta adhiriéndose a la teoría tridimensional del derecho propuesta por Miguel Reale. El derecho tiene

una dimensión normativa que se manifiesta en constituciones, leyes, sentencias, etc., pero todas estas normas sólo adquieren su auténtica significación cuando se complementan con las otras dos dimensiones: la de la vida humana y la de los valores. En efecto, las normas deben individualizarse en la vida humana para poder ser llamadas derecho, si no se reducen “a un mero pedazo de papel o a unas voces en el desierto”, “sino sobre todo y principalmente... las valoraciones positivas sobre las cuales la ley está de hecho inspirada”.

Así llegamos a la misma concepción de la estructura ontológica del derecho que planteaba García Máynez en su reexamen de la teoría de los tres círculos: “El Derecho es un orden concreto, creado para la realización de valores colectivos... no podríamos llamar derecho a un orden no orientado hacia valores como la justicia, la seguridad y el bien común”. Claro está: desaparece la dicotomía entre derecho positivo y derecho natural y tenemos ahora, como derecho concreto o derecho de los juristas, un derecho positivo con contenidos enraizados en el derecho natural. Todos los juristas debemos luchar para que esta visión de la estructura ontológica del derecho sea la de los órganos estatales.

II
DERECHO
Y UNIVERSO

PREGUNTA SOBRE CUÁL ES LA REGIÓN DEL UNIVERSO A LA QUE PERTENECE EL DERECHO

*Luis Recaséns Siches**

SUMARIO

Introducción.- 1. El derecho no pertenece a la naturaleza física.- 2. Tampoco el derecho es naturaleza psíquica.- 3. El ser ideal.- 4. Los valores.- 5. Enjuiciamiento crítico de la Filosofía de los valores. Directrices para su superación y para su inserción en la metafísica

* Filósofo, abogado e historiador, hijo de padres españoles pero nacido en Guatemala. Estudió en Barcelona, Madrid, Roma y Berlín, y fue catedrático de Derecho en las universidades de Madrid, Santiago de Compostela, Salamanca y Valladolid. Fue discípulo de José Ortega y Gasset en Madrid, y tras llegar exiliado a México, en 1937, fue profesor de Filosofía del Derecho e investigador en la UNAM. Escribió, entre otras obras, *La filosofía del derecho de Francisco Suárez* (1927), *Estudios de filosofía del derecho* (1935), *Vida humana, sociedad y derecho* (1939), *Nueva filosofía de la interpretación del derecho* (1973), y un monumental *Tratado General de Sociología* (1978).

***de la vida.- 6. El derecho no es valor puro.-
7. Tránsito filosófico de la vida humana.***

Introducción

Si la empresa que propongo al lector es la de que consigamos apoderarnos de la verdad fundamental sobre el Derecho, de aquella que constituya el primer principio de todo lo jurídico, y que sea a la vez la verdad que ilumine y fundamente certeramente todas las demás cuestiones sobre cuantos temas se le refieren, parece obvio que la primera pregunta que hemos de hacernos es: ¿Dónde está el Derecho? Vamos a la busca y captura de lo jurídico en su esencia. Toda empresa de conocimiento –y superlativamente la de conocimiento filosófico– tiene algo de pesquisa policíaca. Por lo tanto, lo que primeramente urge es que nos orientemos acerca de dónde hemos de encontrar lo que buscamos. Lo que buscamos es el Derecho en su radical esencialidad; pues bien, hemos de comenzar inquiriendo en qué parte o zona del Universo habita eso que se llama Derecho. Y si conseguimos contestar satisfactoriamente esta pregunta, habremos logrado nada menos que precisar la índole de ese algo que lleva el nombre de Derecho.

1. El derecho no pertenece a la naturaleza física

De buenas a primeras, barruntamos ya que probablemente hay zonas del Universo en las que no anida nada que tenga que ver con lo jurídico. Presentimos que en ningún sector de la naturaleza, ni física, ni química, ni orgánica, hallaremos al Derecho. Y seguramente este barrunto es certero, como se verá enseguida. Pero, sin

embargo, como ha habido quienes, impulsados por algunas direcciones de tosco monismo, han querido hacer derivar el Derecho de una fuerza cósmica, o de una ley mecánica, o de una ley química, o de una ley biológica; y ha habido también quienes al estudiar las funciones que cumplen algunas especies animales han complicado ideas jurídicas (y así han hablado de la reina de las abejas, y del régimen familiar de los gorilas), conviene que no demos nada por sabido de antemano. Y, por tanto, será oportuno que realicemos una excursión a través de las diversas regiones del Universo, sin excluir ni siquiera esas zonas de la naturaleza física, de las que el Derecho nos parece –con razón, como veremos– absolutamente ausente.

El mundo de la naturaleza física inorgánica está constituido por las series de fenómenos concatenados por nexos fatales de causalidad, ciegos o indiferentes a todo punto de vista de valor o desvalor, ignorantes de toda estimativa, carentes de todo sentido; pues los fenómenos de la naturaleza física se explican exhaustivamente en la medida en que conseguimos insertarlos correctamente en una cadena de causalidad. En cambio, el Derecho se nos ofrece como algo lleno de sentido, de significación, como expresión de una estructura de fines y de medios congruentes, como intencionalidades. Pues bien, en el reino de la naturaleza corpórea no hallamos nada cuyo ser consista en una significación. La naturaleza se halla integrada por un conjunto de fenómenos, trabados entre sí por leyes de simultaneidad y de sucesión. Las ciencias de la naturaleza cumplen por completo con su misión, es

decir, agotan los hechos como se presentan y que descubren esas leyes de simultaneidad y sucesión entre los fenómenos, esto es, las leyes de causalidad. Nada hay en la naturaleza que se nos ofrezca como elemento jurídico. Y no se arguya en contra de esto, diciendo, por ejemplo, que el territorio del Estado –que es algo jurídico– constituye un pedazo de la naturaleza física de nuestro planeta; porque lo que haya de jurídico en el territorio no es una realidad física, sino una especial significación, ajena por entero a su materia o corporeidad, y que, por lo tanto, es absolutamente inexplicable desde el punto de vista de la ciencia física. No se aduzca tampoco, como mal supuestos ejemplos contrarios, la existencia de realidades tangibles, como cárceles y banderas, en las que el Derecho se manifiesta. En primer lugar, una cárcel y una bandera, aunque compuestas de ingredientes corporales, no son cosas de la naturaleza como las montañas o los ríos, sino que son cosas elaboradas por el hombre, productos de actividades humanas, y, como tales, de todo punto ininteligibles para la Física, o para cualquier ciencia natural. Pero, además, resulta notorio que la dimensión jurídica que en esas cosas descubrimos, no radica en ninguno de sus componentes materiales, ni en las piedras o maderas, ni en las fibras textiles del paño, sino en la *expresión de un sentido*, de una finalidad, por completo ajena al mundo de las relaciones físicas.

Tampoco en el sector de las realidades orgánicas corpóreas encontramos nada que nos evoque al Derecho, ni presente huella de lo jurídico. No es posible intentar aquí una ontología de los entes biológicos –ni siquiera en

somero esbozo—. Pero baste con decir que, aun en el caso de que tuvieran que ser entendidos a la luz de un principio de finalidad, tal idea de finalidad sería de índole completamente dispar de lo que entendemos con esta palabra cuando la aplicamos a actividades típicamente humanas (esto es, a los quehaceres intencionales del hombre). Cuando muy pronto, a la vuelta de unas pocas páginas, contemplemos el reino de las realidades humanas, comprenderemos que entre lo humano y lo biológico media una abismal diferencia, una heterogeneidad inzanjable.

Otra consideración pone en evidencia que el Derecho es totalmente ajeno al mundo de la naturaleza. En éste, en la naturaleza, sus elementos se nos presentan siempre vinculados por nexos causales, por enlaces forzosos. Tales nexos o enlaces reciben el nombre de leyes naturales (físicas, químicas, biológicas, etc.), las cuales expresan cómo, de modo forzoso, se comportan *efectivamente* los fenómenos. Por el contrario, el Derecho se nos ofrece como un conjunto de *normas*. Aunque en este momento preliminar no podamos todavía intentar ni una somera definición de lo jurídico, no es aventurado decir que el Derecho contiene un conjunto de normas, pues esto se descubre en un primer contacto vulgar con el mismo. El Derecho —como también los llamados principios morales, y los preceptos religiosos, y los usos de cortesía, y las reglas del juego— se nos presenta como un repertorio de normas. Ahora bien, norma quiere decir expresión de un deber ser, esto es, enunciación de algo que estimamos que debe ser, aunque tal vez de hecho pueda quedar incumplido. Mientras que las leyes naturales (de la Física, Química, etc.) denotan

algo que se realiza ineludible y forzosamente; y valen como tales leyes, en virtud de su coincidencia con la realidad; por el contrario, las normas postulan una conducta que –por alguna razón– se estima valiosa, aunque de hecho pueda producirse un comportamiento contrario. Precisamente porque esa conducta no puede contar con la forzosidad de una realización, se la enuncia como un *deber*. Pero un deber es cabalmente lo contrario de una forzosidad ineludible; porque no es seguro que inevitablemente como un precepto, es decir, como una necesidad normativa. El mundo de la naturaleza es el de la *forzosidad material*; el mundo de las normas es el de una *necesidad de deber ser*. Lo que enuncian las leyes de la naturaleza *tiene que ser*; lo que prescriben las normas no está asegurado por una forzosidad natural; precisamente por eso se expresa como un *deber ser* dirigido a la conducta. Si formulamos la ley “el calor dilata la columna de mercurio”, denotamos un hecho que ocurre y que forzosamente tiene que ocurrir. Pero si decimos “debes pagar una deuda a su tiempo”, no expresamos un hecho real, una forzosidad efectiva –puesto que hay malos pagadores y deudores morosos–, sino que estatuímos una norma de comportamiento. (Más adelante habrá de insistir y profundizar más sobre este tema de la normatividad).

Resulta, pues, bien claro, que el Derecho no mora en la naturaleza corpórea; y, por consiguiente, es también notorio que quien permanezca encerrado dentro del ámbito de las ciencias naturales y maneje exclusivamente sus métodos, jamás llegará a enterarse ni de lejos de lo que el Derecho sea.

2. Tampoco el derecho es naturaleza psíquica

Ahora bien, durante varios siglos hubo la propensión de llamar espiritual o psicológico a todo aquello que se muestra como no corpóreo. Y, así, se tendía como a una especie de clasificación bipartita del mundo; lo material y lo psicológico. Pero ha debido reconocerse que esa visión dual era muy tosca; pues hay un sinnúmero de *algos* que notoriamente no son corpóreos, que no son materiales, y que, sin embargo, no pertenecen al dominio de lo psíquico; ni pueden, por tanto, ser explicados ni entendidos por la Psicología. En otro tiempo se dijo por algunos: si el Derecho no es materia, si la Jurisprudencia no es Física, ni Biología, será algo psicológico. Pero hoy, en cambio, hemos caído en la cuenta de que la entraña de lo jurídico no pertenece al reino de los seres psíquicos, aun cuando se nos haga patente a través de éstos. Llamamos *psique* a un especial complejo de fenómenos reales, que, aunque seguramente no desplacen espacio, corren a lo largo del tiempo. Lo psíquico está constituido por un conjunto de resortes, de instrumentos, de mecanismos (imágenes, memoria, impulsos, emociones, etc., etc.), que por muy distintos y heterogéneos que sean de los fisiológicos, que por irreductibles que resulten a éstos, sin embargo, tienen esa dimensión de mecanismo, son una serie temporal de fenómenos. La Psicología –como ciencia– estudia esos procesos intelectivos, emocionales y volitivos; y, aun cuando los puntos de vista y los métodos para aprenderlos son enteramente distintos que los empleados por las ciencias físicas y biológicas (pues fracasó y ha quedado desterrada la Psicología basada en los conceptos de cau-

salidad natural y de medida), sin embargo, tiene de común con las ciencias naturales el que trata de explicar unos fenómenos reales, en su dimensión de realidades efectivas y en sus peculiares nexos. Ahora bien, en la contemplación de tales procesos psicológicos –intelecciones, sentimientos, voliciones–, en el estudio de su estructura y de su dinamismo, no aparece el Derecho en tanto que tal. Ciertamente que el Derecho puede darse como objeto o término de referencia a tales fenómenos. Puedo pensar con mi entendimiento el Derecho; puedo sentir la emoción alentadora del Derecho triunfante, o la emoción dolorosa de un entuerto cometido; y puede mi voluntad encaminarse a la realización del Derecho. Pero yo no encuentro la esencia del Derecho, lo que el Derecho tiene de tal, al escudriñar esos procesos psicológicos, pues los mismos procesos psicológicos se dan cuando pienso, siento o quiero el arte, o la religión, o el amor, o la cocina. Se ha hablado, ciertamente, de una intuición de lo justo, de un sentimiento jurídico, y asimismo, puede hablarse de un raciocinio jurídico y de una voluntad jurídica. Pero en todo esto lo jurídico será el contenido o lo mentado en un pensamiento, en una emoción o en una volición, más de ningún modo esos procesos mentales, emocionales o voluntarios, en tanto que fenómenos psíquicos. Lo que un pensamiento jurídico, o un sentimiento jurídico, tienen de jurídico, no es lo que tienen de pensamiento o de sentimiento, sino el punto de referencia de ese proceso mental. Aunque podemos encontrar, amar, querer, cumplir y fabricar el Derecho manejando una serie de resortes mentales, lo jurídico no consiste en la realidad ni en la

estructura de esos procesos psíquicos. Lo jurídico de una intuición o sentimiento no es un ingrediente real de estos fenómenos, sino una cualidad *relativa*, es decir, algo que les nace por relación al objeto a que se refieren, que en este caso es algo jurídico. Es decir, para calificar un pensamiento de jurídico es necesario comparar el hecho real de ese pensamiento como proceso psíquico, a saber, con el objeto sobre el cual éste versa. Entonces, lo jurídico no es el pensamiento como realidad psicológica, sin el objeto Derecho, el cual no es un ingrediente del hecho de pensar, sino el objeto hacia el cual se dirige el pensar. Acudiendo a unos símiles –desde luego toscos y con un volumen de inexactitud, como todas las comparaciones metafísicas– podría decirse que urge no confundir el espejo con la imagen que eventualmente refleje, y tener en cuenta que puede reflejar también muchas otras diversas; y, asimismo, no debemos confundir el escoplo y el martillo con uno de los muebles fabricados mediante tales instrumentos, y hemos de percatarnos de que, manejando iguales trebejos, se pueden construir muchos otros enseres.

Queda, pues, claro que el Derecho no es ni naturaleza corpórea, ni tampoco proceso psíquico.

Por negativos no dejan de ser muy importantes estos resultados conseguidos a través de la indagación expuesta. Es directriz obligada de toda labor filosófica el no dar nada por supuesto de antemano: antes bien, debe comenzar colocándose en un estado de perdicción total, y, entonces, ir examinando, sometiendo a crítica todas las posibilidades, y desechar aquellas que sucumban a la crítica. Es muy fructífero este ir cerrando caminos, este ir elimi-

nando vías muertas, porque a medida que hacemos tal cosa, se va reduciendo el conjunto de rutas que podemos seguir, o lo que es lo mismo, va disminuyendo la desorientación inicial. Y siguiendo esa labor de someter a la más dura prueba, a la más afilada crítica todos los senderos que se presentan ante nosotros, llegaremos a un punto en que nos encontramos ante uno solo, y entonces tendremos la seguridad de que éste no constituirá vía muerta, sino que nos conducirá al objeto que buscamos. Naturalmente, esto a condición de que hayamos contemplado la totalidad de las veredas.

3. El ser ideal

Pero el mundo no se agota en los seres corpóreos y psíquicos. Hay otras regiones, otras zonas de entes, a las que he hecho ya alusión al comienzo de estas páginas. Y entre esas otras castas de objetos, figuran los llamados *seres ideales*; por ejemplo: los principios matemáticos, las verdades lógicas, etc., etc. Al ser ideal se le ha llamado también irreal: se trata de algo que *es*, pero que *es* de una manera diferente a como *es* el ser real. Mientras que lo real es aquello que se da encuadrado en el espacio y en el tiempo –materia–, o bien en el tiempo –psiquismo–, lo ideal no ocupa lugar ni se produce en la serie cronológica, pero mi mente tropieza con él como con un ser objetivo.

Hay que evitar cuidadosamente el error de que se confunda el ser ideal con el mundo de lo psíquico, como durante mucho tiempo ocurrió. Tradicionalmente, el mundo de lo ideal se había venido confundiendo con el mundo de lo anímico. La dimensión espectral que corres-

ponde a las ideas, su carácter quintaesenciado, las resonancias estimativas que a muchas de ellas acompañan, todo ello determinaba la propensión a definir lo ideal como espiritual, porque en el espíritu se nos hace patente el mundo de las ideas. Pero, al pensar así, se confundía lamentablemente el acto mental con el contenido u objeto que mediante él se nos hace patente. El acto psíquico mediante el cual pienso un número, un principio lógico o cualquier otra idea, es un hecho real de mi psiquismo, que se extiende a lo largo de un tiempo concreto. En cambio, la idea pensada tiene una consistencia propia e independiente del acto de pensarla. El modo de ser de la idea, su entidad o consistencia es no sólo *inespacial*, sino también *intemporal*. Aunque esa idea esté presente en mi conciencia durante algún tiempo, su ser es distinto al de mi acto de pensarla y rebasa infinitamente los márgenes de dicho acto. Un ejemplo aclarará decisivamente lo que estoy exponiendo. Pensemos el lector y yo, ahora, en el número 3. Tendremos dos actos pensantes del número 3: el acto psíquico del lector y el mío. Pero, en cambio, el número 3 es uno solo y único objeto; es el mismo e idéntico el pensado por el lector y el pensado por mí. Además, yo pienso en el número 3 ahora, pero pensé también en él ayer y puedo volver a pensarlo mañana. Tendremos en una misma persona, tres actos, en tiempos sucesivos, de pensar el número 3; pero el número pensado ayer, hoy y mañana, es exactamente el mismo. Cada acto de pensarlo es un nuevo suceso real que ocurre en mi mente o en la del lector. Pero la idea, el 3 pensado por el lector o por mí, antes, ahora o después, es el mismo algo. Queda así claro

que la idea tiene un ser distinto de las realidades psíquicas en que se piensa. Estas realidades son múltiples, se producen en varios sujetos y en sucesivos momentos de tiempo. Por el contrario, el ser de la idea es uno; es algo que es fuera del espacio y fuera del tiempo y con independencia de mí, aunque a mí se me revele en un acto real de mi mente. Mi pensar la idea está ciertamente en el tiempo –y además en mí, que estoy en un cierto espacio–; pero la idea pensada es inespacial e intemporal. Para el conocimiento de la idea hace falta que una inteligencia la piense, pues es obvio que no podemos conocer ideas que no hayamos pensado. Pero podemos distinguir entre la idea pensada y el acto de pensarla, y por consiguiente, darnos cuenta de que el ser de la idea no se confunde con el proceso efímero de pensarla.

Hay, pues, un mundo de ideas, que no ocupa espacio, que no se extiende en el tiempo, que no tiene, por tanto, las dimensiones de la realidad, pero que tiene otra manera de ser. Constituiría un grave error equiparar el ser con la realidad y reducirlo a ésta. Hay seres reales, pero hay, además, seres irreales o ideas, que ofrecen a todo arbitrio del sujeto análoga resistencia que los objetos reales. Nos encontramos ante ellos, como nos encontramos ante un árbol. A diferencia del árbol, no tiene realidad, pero sí tiene un ser objetivo, que impone determinadas exigencias a nuestra mente. A ese ser objetivo de los objetos ideales se le llama validez. Yo encuentro el principio 2 más 2 igual a 4 gracias a un esfuerzo de mi mente, pero este principio no es un pedazo de mi psiquismo, sino que es una idealidad con propia consistencia, con validez.

Como no es este un libro de Metafísica, sino una mera iniciación a la comprensión filosófica del Derecho, no es oportuno desarrollar aquí la teoría del ser ideal con la exposición de todos sus temas; ni siquiera puedo entrar en el relato de todos los diversos tipos de objetos ideales. Pero me interesa tratar, aunque sea someramente, un especial sector de los objetos ideales, a saber, el de los valores.

4. Los valores

Lo mismo que acabo de exponer respecto de un principio matemático podríamoslo decir con relación a las ideas morales, u otros criterios estimativos, es decir, con relación a los valores. Los valores constituyendo objetos ideales con una propia validez. Podemos descubrirlos en las cosas –en aquellas cosas que estimamos como valiosas–, pero no constituyen un pedazo de la realidad de ellas, sino una cualidad que nos presentan, en tanto en cuanto dichas cosas coinciden con las esencias ideales del valor.

Ahora bien, una somera consideración de esos principios que llamamos valores, nos pone de manifiesto que tienen características diversas de otros objetos ideales. Hay estructuras ideales como las matemáticas, que, además de su consistencia ideal, constituyen forzosamente también, en cierta dimensión, estructuras propias del ser real; por ejemplo: $2 + 2 = 4$, es una relación matemática ideal, pero es a la vez una estructura de lo real, algo forzosamente realizado, porque no cabe que dos manzanas más dos manzanas no sumen cuatro manza-

nas. La reunión de las manzanas es incapaz de ningún acto de rebeldía contra esta relación matemática. Mas por el contrario, los valores –las ideas éticas, jurídicas, estéticas, los módulos de vitalidad, los puntos de vista utilitarios– constituyen calidades ideales, frente a las cuales ocurre que las cosas o las conductas pueden ser indóciles. La validez ideal de los valores no va acompañada necesariamente de su encarnación en la realidad; puede suceder –y sucede muchas veces– que la realidad se muestre esquiva a la voz de los valores. Las gentes deben ser veraces; pero, sin embargo, tropezamos a menudo con personas mentirosas y traicioneras. Algunos valores están en cierta medida realizados, pero en otra no; algunos están positivamente realizados en las cosas; otros sólo de manera fragmentaria; y otros no se encuentran realizados, es decir, se hallan, por consiguiente, negados.

Cuando se empezó a meditar sobre el mundo de los valores –en el último tercio del siglo XIX, pues antes el pensamiento no se había planteado el problema del valor general, sino tan sólo el de algunos valores concretos: el bien moral, la justicia, la belleza, la utilidad–, se tendió a una concepción subjetiva, es decir, a entenderlos como proyecciones de especiales procesos psíquicos, bien como resultado de impresiones placenteras, bien como manifestación de tendencias, deseos o afanes. Pero después, principalmente por obra de las investigaciones lógicas de Husserl y de sus discípulos, fue desechada esa interpretación subjetivista y se fundó la teoría objetivista.

Se cayó en la cuenta de que no puede definirse el valor como aquello que nos agrada, y como desvalor o antivalor

aquello que nos desagrada; porque ocurre en verdad que tenemos como valiosas, cosas que nos producen serios dolores, como verbigracia difíciles conductas morales, hechos de heroísmo.

Asimismo, se vio que tampoco cabe definir el valor como proyección de un deseo, porque la perspectiva de ordenación y de urgencia de los deseos subjetivos de una persona no coincide con la jerarquía de sus juicios sobre el valor. En un determinado momento de nuestra vida podemos desear por encima de todo la consecución de algo, verbigracia de comida cuando apriete cruelmente el hambre y, sin embargo, no atribuir al manjar el supremo valor, antes bien, considerarlo como inferior a los valores que encarnan en una obra de arte, en una institución justa, en una virtud moral.

Aparte de esas y otras críticas contra la concepción subjetivista, que ciertamente la arruinan, se ha producido una rigurosa teoría para fundar la tesis objetivista, es decir, la tesis de que los valores son esencias ideales con validez objetiva y necesaria. Ya he expuesto algunas de las razones que justifican esa objetividad ideal de los valores: los valores se dan como objetos de una intuición esencial, que se imponen necesariamente al reconocimiento con igual evidencia que las leyes lógicas o las conexiones matemáticas. Su validez, que es independiente de la experiencia, no se puede fundar en un hecho contingente. Además, como independientes de la experiencia, es decir, como no fundados en ésta, constituyen criterios con los cuales discriminamos las experiencias según un punto de vista diferente del de la experiencia. Es

decir, frente a las experiencias, externas y psíquicas, señalamos algunas como manifestaciones valiosas, unas más valiosas y otras menos valiosas y otras como antivaliosas. Y el sentido de esa discriminación no es el de la coincidencia o discrepancia con afectos subjetivos, antes bien, tiene el sentido de construir algo válido en sí.

Pero ocurre que, si bien son irresistibles los argumentos empleados por la teoría objetivista en contra de la subjetivista, sin embargo, muchas gentes al pensar sobre este problema se hallan todavía fuertemente diciendo que “en materia de gustos nada hay escrito” y que el sentimiento individual decide en las apreciaciones sobre el valor. Ahora bien, en esta materia creo que se cometen habitualmente varios errores. En primer lugar, los que se sienten atados todavía a una concepción subjetivista, psicologista, de los valores, tienden a buscar ejemplos de anárquicas discrepancias de opinión, que induzcan a creer que se trata tan sólo de expresiones personales, en el campo del Arte y de las preferencias estéticas. Mas ocurre que en ese tipo de argumento se encierran varios equívocos. Uno de esos equívocos es olvidar que el conocimiento de cualquier otro objeto sea real o ideal. Y el conocimiento preciso y riguroso no le es dado al hombre gratuitamente, antes bien constituye las más de las veces el resultado de penosos esfuerzos. Que los valores sean ideas objetivas no quiere decir que todos los hombres, ni siquiera unos pocos, tengan sobre todos ellos un conocimiento enteramente logrado. También tienen el carácter de evidentes los conocimientos sobre las conexiones matemáticas y, sin embargo, han hecho falta muchas

vigilias para irlos logrando. Por otra parte, entiendo que constituye un error, suponer que en materia estética hay nada más que una forma de belleza, cuando seguramente son un número bastante grande. Probablemente podríamos decir que cada estilo artístico constituye el intento de captar en la realidad de sus obras nuevas cualidades estéticas. Ahora bien, no todas las conciencias tienen una pareja capacidad para aprender de buenas a primeras, cualidades valiosas a cuya captación no se hallaban habituadas. De otro lado, es muy posible que los modos de realización de los valores estéticos sean de una riqueza más grande que las vías de cumplimiento de otros valores (morales, etc.); lo cual, por su complicación, induce a creer que no hay en aquel campo un orden objetivo. De aquí, que considere que el área estética no es el campo más adecuado para mostrar con relieve la objetividad de los valores. Con esto no quiero exceptuar ese sector estético de la cualidad objetiva; sino tan sólo advertir, que, hoy por hoy, es más difícil recoger de él los ejemplos conducentes a justificar la objetividad.

Además, téngase en cuenta que en todos los sectores de conocimiento hay porciones que, prácticamente, pueden considerarse como definitivamente conquistadas, y otras sujetas todavía a empeñada discusión. Esto ocurre incluso en el campo de la matemática: a nadie se le ocurrirá poner en duda la verdad de que dos más dos suman cuatro; pero, en cambio, los primeros supuestos de las matemáticas háyanse todavía sometidos a graves controversias científicas. Pues bien, algo análogo cabe observar respecto de los valores, verbigracia de los morales y de los

jurídicos. Nadie podrá negar que la gratitud, la lealtad, constituyen valores y que el desagradecimiento y la traición son antivalores. Pero, en cambio, se sigue discutiendo si es o no moral el uso de medios preventivos de la concepción, si el hombre debe o no sacrificar al cumplimiento de su vocación otras virtudes. En esos problemas hay discusión porque se trata de cuestiones más complejas. Nadie podrá negar que es justo devolver la cosa recibida en préstamo gracioso y que es injusto el asesinato; que es justo que haya una equivalencia entre la prestación y la contraprestación; pero, en cambio, continúa viva la discusión sobre los sistemas políticos relativos a la economía, entre liberales, socialistas, etc.; sencillamente porque se trata de temas mucho más complicados. Y la complicación dimana no sólo de las dificultades para aprender los valores correspondientes, sino también y sobre todo porque en esas controversias, lo que se discute muchas veces no es tanto el fin (fundado directamente sobre un valor) cuanto cuáles sean los medios mejor conducentes a lograrlo.

Ahora bien, aunque acabo de ofrecer esas consideraciones que tienden a invalidar la concepción subjetivista y, por tanto, a afianzar la tesis objetivista, debo declarar que no por ello reputo plenamente correcta la teoría objetivista de Scheler y de N. Hartmann. Porque estos filósofos, lo mismo que muchos de sus discípulos, sostienen una especie de objetividad ideas abstractas de los valores. En cambio, yo entiendo que son objetivos, en el sentido en que no son emanación del sujeto; pero que su objetividad se da en la existencia humana. Pero sobre esto y

para que su sentido aparezca claro, discurriré unas páginas más adelante.

Los valores son objetos ideales que tienen una validez análoga a la que corresponde a otras ideas; pero, a diferencia de éstas, poseen además algo especial que podríamos llamar vocación de ser realizados, pretensión de imperar sobre el mundo y encarnar en él a través de la acción del hombre. Ciertamente que la esencia de los valores es independiente de su realización; es decir, un valor vale no porque se haya realizado, sino a pesar de su no realización. Porque algo sea, esté ahí, no por eso quiere decirse que encarne un valor; puede representar precisamente la negación de un valor; esto es, un desvalor o antivalor. Y viceversa: la validez de un valor no lleva aparejada la forzosa efectividad de su realización. Por eso se dice que las categorías *ser* y *valor* son independientes. Pero, si bien es notorio que la esencia y la validez de los valores resultan independientes de su eventual cumplimiento en los hechos, también lo es que esta independencia no significa indiferencia frente a su no realización, antes bien, en el sentido de los valores late la pretensión de ser cumplidos. Cuando los valores que se refieren a una determinada realidad, no son cumplidos o encarnados en ésta, ocurre que la tal realidad, sin dejar de ser la realidad que sea, parece como no justificada, como algo que ciertamente *es*, pero que *no debiera ser*. Y, asimismo, los valores no realizados tienen una dimensión que consiste en una manera de tendencia o dirección ideal de afirmarse en la realidad. Su sentido consiste en querer ser cumplidos, en determinar normas para el comportamiento. Naturalmente que cuan-

do hablo de “tendencia”, de “querer”, de “vocación”, empleo estas palabras como expresiones metafóricas, para denotar el especial sentido de los valores, y no en las acepciones rigurosas de esos vocablos (como poder efectivo, o como impulso real). Se trata solamente de aclarar la específica dimensión ideal que corresponde a los valores, a modo de una dirección o referencia de la realidad, como pretensión de imperar sobre ella.

Aparte de otras características, tienen las ideas de valor la peculiaridad de darse siempre en pareja, el valor positivo frente al valor negativo (desvalor o antivalor). Es decir, una misma referencia de valor negativo (desvalor o antivalor). Es decir, una misma referencia de valor es bipolar: bien-mal, verdad-falsedad, justicia-injusticia, aptitud-ineptitud, belleza-fealdad, grandeza-mezquindad, etc., etc. Y en tanto que en la realidad se da la negación del valor que le corresponde, esto es, el desvalor o antivalor –acto inmoral, sentencia injusta, cuadro feo, trebejo inútil, etc.–, parece como si el valor positivo estuviese clamando por su realización; parece como si la realidad, en su faz antivaliosa o desvalorada, padeciese una penuria o mutilación de su destino.

Cuando hablamos de la realización de los valores no queremos expresar que éstos se transformen en cosas, o en cualidades reales de las cosas; al realizarse un valor no se transforma en cosa, ni en ingrediente real de una cosa. El valor realizado en una cosa constituye una cualidad *relativa* de esa cosa, es decir, la cualidad que tiene en virtud de comparar la cosa con la idea de valor. La moralidad de un acto no es un componente psicológico ni bioló-

gico del mismo, sino una cualidad que tiene el acto de coincidir con el perfil de una idea ética. La belleza de un cuadro, no es un pedazo material del mismo, sino la coincidencia de él con un valor estético, etc. Las cualidades valiosas de las cosas son cualidades ideales, que ellas tienen, en tanto que comparadas o referidas a ideas de valor.

Los valores presentan el espectáculo de guardar entre sí relaciones de rango o jerarquía. Hay especies de valores que valen más que otras clases –por ejemplo, los valores éticos valen más que los utilitarios–. Y, además, dentro de cada familia de valores, también ocurre que unos valen más que otros; por ejemplo, vale más la pureza que la decencia, vale más la sublimidad que la gracia. Si comparamos este espectáculo de las relaciones jerárquicas de los valores con el cuadro de la naturaleza resulta algo peregrino; porque la naturaleza no conoce ni remotamente ninguna idea de rango –en tanto que naturaleza y nada más que como naturaleza, es decir, como mera serie causal de fenómenos–. En la naturaleza, mientras no introduzcamos puntos de vista de estimación, que son por entero ajenos a ella, no se conocen jerarquías ni escalas: un fenómeno es o no es, pero no cabe que sea más o menos, en diferentes grados de ser (real). En cambio, cada valor, a pesar de constituir en sí un valor, es menos valor que otros y más valor que otros. Esta es una característica que diferencia el mundo de los valores del mundo de la naturaleza; pues en ésta, en el puro campo de los fenómenos naturales –y mientras en él no introduzcamos puntos de vista ajenos al mismo–, no hay grados de realidad: un fenómeno es o no es; y entre su ser o su no ser caben grados intermedios: es

lo que es y no es lo que no es. En cambio, según he mostrado, el ser de los valores consiste en su valer, y en éste se dan grados: unos valores valen más que otros. Es conveniente que fijemos la atención en esto, porque nos servirá muy pronto para entender una peculiaridad de la vida humana y de las obras en ellas producidas, que consiste en algo análogo a lo que ocurre con los valores, a saber, que la vida humana y sus obras tienen un ser susceptible de gradaciones jerárquicas. Y esas gradaciones jerárquicas tienen dos fuentes o dimensiones, a saber, el rango de los diversos valores y el grado de mayor o menor realización de cada uno de los valores. Lo cual nos pondrá certeramente sobre la pista de las relaciones de la estructura de lo humano con la estructura de lo estimativo. Unas páginas más adelante desarrollaré este tema. Y posiblemente a la luz del mismo conseguiré unas directrices para orientar una cuestión que había sido olvidada por el pensamiento contemporáneo, y que es urgente abordar.

No es este el lugar adecuado para desarrollar, ni siquiera en breve resumen, los temas principales de la filosofía de los valores –que, por otra parte, se halla en espera de una reelaboración que la inserte en la nueva filosofía general, reelaboración en la que espero que el punto de vista anunciado al final del párrafo anterior pueda ser de alguna importancia–. Mas estimo conveniente añadir algunas consideraciones respecto de los valores, pues, sea cual fuere el destino que dicha teoría haya de correr en el próximo futuro, hay ya en ella descubrimientos que se muestran como firmes.

Los valores no son elementos *dados* en la realidad, no son ingredientes reales de ella. Y, por consiguiente, no son conocidos en la experiencia de las cosas, no son sacados de la percepción. Una cosa aparece teniendo un valor positivo, como un *bien*, a virtud de una intuición primaria del valor que en ella encarna. El que estimemos algo como diestro, útil, bello, verdadero, bueno, justo, supone una intuición ideal de la destreza, de la utilidad, de la belleza, del bien moral, de la justicia. En suma, estimar tales objetos como valiosos consiste en percatarnos de que coinciden con ideas de valor. A las cosas en las cuales se da una idea de valor positivo, las llamamos *bienes*; aquellas en que reside un valor negativo se denominan *males*. Pues ocurre que las cosas no podrían aparecerle al hombre como bienes –o como males– si no hubiese una estimación (independiente de la percepción de la realidad de las cosas) que le mostrase que poseen un valor –o desvalor–. Se estima sólo a virtud de una idea de valor intuida primariamente. Resulta clara esta distinción entre la realidad y el valor –y consiguientemente la diferencia entre la percepción del objeto real y la intuición de su calidad valiosa– fijándonos en que a veces ocurre que percibimos el objeto real y estamos ciegos para su valor; y que, viceversa, pasa también, en algunas ocasiones, que intuimos un valor en una cosa, cuya textura real apenas conocemos; o que simplemente pensamos en la idea pura de valor, sin referirnos a ninguna realidad concreta en que se halle plenariamente encarnada; por ejemplo, pensamos en la justicia perfecta, que probablemente no ha conseguido realizarse.

Esto ha llevado a subrayar la independencia entre la categoría de la realidad y la categoría del valor. Resplandece en nuestra conciencia todavía con mayor relieve la dimensión de los valores, cuando éstos no se hallan realizados en la vida, porque entonces apreciamos el enorme contraste entre aquello que debiera ser y aquello que es. Acaso la justicia perfecta no hemos tenido nunca la ventura de verla plenariamente realizada; y no por ello dejamos de reconocer que la justicia es un valor. En cambio, tropezamos a menudo con injusticia, cuya realidad ahí, ante nosotros, no puede ser negada; pero, precisamente esa realidad de los hechos injustos suscitan en nosotros su repudio, como injustificados a la luz del valor.

Se ha insistido mucho –sobre todo por la escuela fenomenológica– en que el mundo de los valores, como ideas, constituye una categoría diversa e independiente del ser. Y precisamente el argumento en el que se ha hecho mayor hincapié consiste en mostrar que el hecho de que algo sea no implica, en manera alguna, que eso que es, encarne cualidades valiosas, puesto que hay hombres viciosos, leyes injustas, pinturas feas, trebejos inútiles, etc.; y en mostrar, además, viceversa, que el hecho de que concibamos algo como valioso no lleva consigo que ese algo exista en la realidad. Y este argumento es ciertamente valedero para distinguir la independencia formal en las categorías de la realidad y del valor; porque, en efecto, ni la realidad de algo funda su valor; ni el valor es base de realización; pero, aun estando justificado este argumento para distinguir formalmente la independencia de estas dos categorías, ello no impide, a mi entender,

que se deba buscar, en una consideración más honda, la conexión entre las realidades y los valores, puesto que, aunque independientes, hay una especie de recíproca vocación, es decir, los valores reclaman idealmente ser plasmados en realidades, y las realidades sólo cuando encarnan valores presentarse como justificadas. Ahora bien, de este punto, que es uno de los cuales requiere una superación en la filosofía del valor, trataré unas líneas más adelante, en el párrafo dedicado al enjuiciamiento crítico de la Filosofía de los valores.

Asimismo, podemos señalar que toda idea de deber ser, de *normatividad*, se funda en una estimación, esto es, en un juicio de valor.

Por otra parte, se dan conexiones esenciales entre cada una de las clases de valores (éticos, utilitarios, etc.) y los respectivos soportes en que encarnan. Hay valores, como los morales, que sólo pueden darse en las personas realmente existentes y no en las cosas; los jurídicos en una colectividad; otros, como los de utilidad, sólo en las cosas y en los procesos; otros, como los vitales (salud, vigor, destreza), sólo en los seres vivos, etc., etc.

Hay valores que sirven de fundamento a otro, es decir, que funcionan como condición para que otros valores puedan realizarse. No puede darse el valor *fundado* sin que se dé el valor *fundante*. Y el valor *fundante*, condición ineludible para que pueda realizarse el valor fundado, es de rango inferior a éste. Así, por ejemplo, lo *útil* está fundado en lo *agradable*, pues sin lo agradable no existiría lo útil; y lo agradable, *valor fundante*, es inferior en jerarquía a lo útil,

valor fundante. Y, en el curso de esta obra, tendrá el lector la ocasión de percatarse cómo en el mundo del Derecho vienen en cuestión los valores de justicia y de seguridad –entre otros–; y veremos que la seguridad es un valor fundante respecto de la justicia, que aparece como valor fundado; y la seguridad, a fuerza de valor fundante es inferior a la justicia, pero es condición indispensable para ésta; o dicho en otros términos: no puede haber una situación de justicia sin que exista una situación de seguridad.

Finalmente, convendrá hacer mención –aunque muy somera– de que la teoría de los valores o Estimativa ha descubierto una serie de principios puros, esenciales, rigurosos, y de leyes o conexiones de igual índole respecto de ellos. A título de mera alusión ilustrativa mencionaremos algunos de estos tipos de principios o conexiones. Por ejemplo, las leyes de la relación formal entre la realidad y los valores: la existencia de un valor positivo es un valor positivo; la no existencia de un valor positivo es un valor negativo (antivalor), etc., etc. Así también, las leyes para la determinación del rango o jerarquía entre los valores. Y podrían enunciarse todavía muchos más ejemplos; pero no es oportuno desviar el curso de estas páginas (dedicadas a servir de introducción a la esencia de lo jurídico) hacia un estudio monográfico sobre los valores.

5. Enjuiciamiento crítico de la filosofía de los valores. Directrices para su superación y para su inserción en la metafísica de la vida

Pero acaso resulte conveniente que, aun tratándose de una página de iniciación a la Filosofía del Derecho, for-

mule en breves palabras un enjuiciamiento de lo que la teoría de los valores ha significado en el inmediato pretérito y de sus perspectivas actuales y futuras. La filosofía de los valores, especialmente la de la escuela de Scheler y de Hartmann, ha representado una de las más resonantes conquistas del pensamiento contemporáneo. Pero también es fuerza reconocer que, desde hace algo más de diez años, ha entrado en una peregrina situación. La teoría de los valores, al producirse en la obra de Scheler, alcanzó enorme influjo en toda el área filosófica de nuestra época; y fue considerada como uno de los más certeros y fecundos descubrimientos de la meditación contemporánea. Pero después ocurre un raro acontecimiento, en la última fase del pensamiento filosófico, en la llamada Filosofía existencial de Heidegger, en la Metafísica según los principios de la razón vital de Ortega y Gasset, en suma, en el pensamiento que podríamos rotular como humanismo trascendental –según la acertada denominación de José Gaos–. En ese nuevo pensamiento –protagonista del actual momento filosófico, y fecunda creación que señala el comienzo de una nueva edad en la historia de la Filosofía– parece haber dejado a un lado, casi olvidada, la teoría de los valores. Pero lo curioso es que no se ha enfrentado críticamente con la misma, con el propósito de lograr una superación de ella. Se ha limitado sencillamente a prescindir de ella –por lo menos en apariencia–, diríamos que a desviar de ella la atención. Los temas que hace veinte años estaban en el centro del pensamiento contemporáneo han sido sustituidos por otros en el pensamiento de Ortega y Gasset y de Heidegger;

pero sin que ni uno ni otro hayan desarrollado una situación de ello, a pesar de que años antes hubieron de vivir muy próximamente el influjo de la filosofía de los valores. Queda, por consiguiente, como urgente tarea, para el pensamiento del inmediato futuro, el revisar la filosofía de los valores y determinar sobre cuál pueda ser su situación en las doctrinas del humanismo trascendental. Y como contribución a este tema, querría yo aportar las siguientes reflexiones, siquiera sea a modo de puro esbozo o de directriz germinal.

Aun cuando se aprecie todo lo que en la filosofía de los valores hay de fértil conquista y de descubrimiento de nuevas zonas, se destacan hoy algunas insuficiencias en la misma: lo que se dejó a la espalda sin explicar y sin ni siquiera hacerse cuestión de ello.

Así, por ejemplo, la separación radical entre el reino de la realidad fenoménica y el reino del valor, pueden ser, desde un punto de vista metódico, necesaria y de gran rendimiento; pero no puede constituir una última palabra, o, lo que es lo mismo, no puede ser considerada como una primera y radical base en una filosofía general, es decir, en una Metafísica. Sin desdeñar las fructíferas perspectivas metódicas de la distinción entre realidad y valor, deberíamos, en un plano más profundo, plantearnos el problema de vincular de nuevo esos dos reinos, para explicarnos cómo el uno está destinado al otro, y encontrar un principio más radical en el que ambos quedasen articulados. Es decir, en un plano de diferenciación formal resulta correcto distinguir entre realidad fenoménica y valor; pero, de otra parte, aunque desde ese

punto de vista de caracterización formal, me presenten el ser y el valor como independientes, es necesario reconocer que entre ambos se da una relación que podríamos llamar de recíproca vocación; pues pertenece a la esencia misma de los valores una pretensión de ser realizados, de ser cumplidos en determinados hechos; y, correspondientemente, de otra parte, hay realidades en las cuales deben ser encarnados unos ciertos valores –y no otros–, hasta el punto de que cuando no ocurre así, esas realidades nos resultan injustificadas, a pesar de ser reales, es decir, son, pero no debieran ser. Sucede, pues, que, aunque lo real y lo valioso sean categorías distintas y formalmente independientes –recordemos que hay valores no realizados, y que hay realidades antivaliosas–, sin embargo, parecen estar ahí el uno para el otro recíprocamente. Esto es, hay unos valores para ser cumplidos en determinadas realidades; y hay unas realidades en las cuales deben cumplirse unos determinados valores. Y todo esto supone que entre los dos reinos se da una conexión, una vinculación, que no fue satisfactoriamente estudiada en la filosofía de los valores del inmediato pretérito.

Este tema no abordado ni resuelto por la Filosofía fenomenológica de los valores, el tema del nexo de recíproca vocación entre los valores y la realidad, se relaciona con la cuestión más general sobre el punto inserción de la teoría de los valores en el sistema de una Filosofía general. Se trata de la pregunta ¿dónde están o dónde ponemos los valores? Esta pregunta puede ser entendida de dos maneras. Según una de ellas, entendida como pre-

gunta sobre una situación en el espacio, su significado sería estúpido, porque siendo los valores ideas inespaciales e intemporales, carece de sentido interrogar por dónde estén. Pero esta pregunta puede formularse con una significación diferente: atribuyendo a ese *dónde* el sentido de cuál sea el puesto de los valores dentro de una concepción filosófica, en relación con las demás partes de la Filosofía y, por lo tanto, en relación con los demás objetos de otra índole que en el Universo hay. Tal problema no fue enfocado suficientemente en las obras de Scheler y de Hartmann. A mi entender, cabe plantearlo y orientarlo certeramente, buscando el punto de inserción de los valores en la realidad fundamental que es la existencia o vida humana. De ello hablaré más adelante, cuando me ocupe de la Filosofía de la vida.

Además, querría advertir algo que considero puede tener excepcional alcance en esa revisión de la filosofía de los valores. Cuando se descubrió la categoría del valor distinta de la del ser real de la naturaleza, experimentaron los filósofos el entusiasmo que tiene el explorador al poner por vez primera su planta en tierra antes incógnita, y subrayaron mucho que la categoría “valor” es tan primaria y radical como la categoría “ser real”, que no deriva de ésta –por la sencilla consideración, ya expuesta, de que el hecho de que algo sea real y efectivamente no supone que valga–, pues hay en el mundo múltiples realidades antivaliosas; y por la consideración inversa de que el hecho de que reconozcamos una calidad como valiosa no implica que dicha calidad esté realizada, ni que tenga forzosamente que estarlo, ya que los supremos

valores no los hemos visto todavía encarnados plenariamente. La filosofía de los valores insistió mucho en ese carácter que el valor tiene de constituir una categoría tan primaria como la categoría “ser real” y, por tanto, independiente de ésta. Ahora bien, yo creo que esa filosofía de los valores ha entrado en crisis, porque será preciso darse cuenta de que en lugar de constituir lo que pretendió en un principio, es decir, un nuevo capítulo del tratado sobre los objetos ideales, se transformará en algo más importante y radical, a saber, en un elemento condicionante de la Metafísica general. Porque seguramente estamos en trance de darnos cuenta de que la categoría *valor* no es tan primaria como la categoría *ser*, sino que es *más primaria* que ésta –si me es admitida tal expresión–. Seguramente –a la luz del humanismo trascendental (filosofía de la existencia o de la vida)– reconoceremos que, puesto que las cosas se presentan para el hombre en una función servicial, y puesto que las cosas son ingredientes de la vida del hombre, elementos en su vida y para su vida, y como la vida humana está constituida por una serie de actos de preferir, que suponen juicios de valor, resultará que lo *estimativo* condiciona todas las demás maneras de ser, en suma, condiciona al Universo entero con todas sus zonas y categorías. Oportunamente en páginas ulteriores de este libro explicitaré esta idea, que entonces –después de que el lector haya trabado conocimiento con la filosofía de la vida–, se hará patente con todo su relieve y significación. Pero era necesario insinuarla ahora, al haber tratado de la filosofía de los valores aunque en este momento acaso el lector no pueda calibrar enteramente su alcance.

Y aún querría anticipar algo más, para completar este esbozo de la revisión a que ha de someterse la filosofía de los valores. Ésta –en las obras mencionadas– ha insistido mucho en que los valores no solamente son esencias puras independientes de la experiencia de la realidad, sino que además constituyen esencias objetivas y con validez absoluta. Y, desde luego, parece que es un firme descubrimiento que los valores no son proyección de mis sentimientos o de mis deseos –pues no atribuyo mayor valor a aquellos que mayor agrado me producen, ni tampoco a aquello que deseo con más vehemencia–. Es decir, los valores no constituyen el resultado de una especial configuración de mis mecanismos psicológicos. Pero estimo que esta dimensión de los valores –su independencia de lo psíquico– que, en principio, constituye una visión certera, ha sido transformada en un concepto de objetividad abstracta, lo cual ha conducido a muchos equívocos; y que, sobre todo, ha constituido el más grave obstáculo para insertar la teoría de los valores en una concepción filosófica general. A la luz de la Metafísica de la vida, considero yo que probablemente se habrá de establecer que, si bien los valores son objetivos –esto es, que no son proyecciones de la *psique*–, se tendrá no obstante que entender esta objetividad como algo inmanente a la vida humana; puesto que la vida humana es la realidad radical, que sustenta a todas las demás; y que todas las demás se dan en ella. Muy pronto explicaré y justificaré este aserto.

Pero el tema de este libro no son los valores, sino concretamente el Derecho. Hemos tropezado con los valores en nuestra excursión por el universo, en busca de lo jurí-

dico. Hemos discurrido por la zona de los valores para ver si entre ellos mora el Derecho.

6. El derecho no es valor puro

¿Es acaso el Derecho pura y simplemente un valor? Probablemente el lector no se sentirá inclinado a contestar esta interrogante de un modo tan seguro y rotundo, como cuando al preguntar si el Derecho pertenece al mundo de la naturaleza, se dibujaba con toda claridad la respuesta negativa. La negativa entonces parecía caer por su propio peso, como fruta madura, como algo clarísimo. Ahora, de momento, comprendemos que el Derecho tiene algo que ver con el mundo de los valores, pues parece que no se puede hablar de lo jurídico sin referirlo a algunos valores. Y ello es exacto. Pero, de otro lado, barrantamos que el Derecho, a pesar de su conexión con el mundo de los valores, no es pura y simplemente un valor, sino que es un conjunto de hechos que ocurren en el seno de la vida humana y en el área de la historia, y que tiene, por consiguiente, una serie de ingredientes que no pueden ser domiciliados en el reino de los objetos ideales, al cual pertenecen los valores.

Lo jurídico —p. e., el código civil, el código penal, el parlamento, los jueces, los policías, etc.— está constituido por un conjunto de actividades y de obras reales de los hombres; obras y actividades insertas en su vida, condicionadas por ella, en las cuales late la referencia a unos valores (seguridad, justicia, utilidad común, etc.), es decir, late el propósito intencional de realizarlos. Esos valores serán los criterios, las ideas en que lo jurídico trata de

orientarse; pero el Derecho positivo no está constituido por puras esencias de valor, aunque le aliente la intencionalidad de guiarse por ellas, y aunque pueda contener una mayor o menor realización positiva de ellas. El Derecho no es la pura idea de la justicia ni de las demás calidades de valor que aspire a realizar; es un ensayo –obra humana– de interpretación y de realización de esos valores, aplicados a unas circunstancias históricas. Y, por lo tanto, el Derecho contiene elementos de esa realidad histórica.

Por otra parte, adviértese que la relación del Derecho positivo con los valores, que trata de plasmar, no siempre es de correspondencia perfecta: así, por ejemplo, podrá ser justo, menos justo o injusto. Muchas de las normas e instituciones jurídicas elaboradas por los hombres pueden haber resultado acertadas; pero muchas otras se han mostrado como yerros, como inadecuaciones, e incluso como fracasos en su propósito de justicia. Y el Derecho de un pueblo en un determinado momento histórico está compuesto de aciertos, de menores aciertos y también de fallas de la intención de realizar determinados valores. Todo Derecho, según veremos, pretende ser algo en lo cual encarnen determinadas ideas de valor, o, dicho en términos más sencillos, todo Derecho es un ensayo de Derecho justo, un propósito de Derecho valioso. Pero él no está constituido simplemente por los puros valores que pretende realizar, sino por una serie de ingredientes a través de los cuales se ofrece un ensayo de interpretación concreta de dichos valores –interpretación que, por lo demás, puede resultar más o menos correcta o incluso fallida–.

Así, pues, el Derecho no se compone puramente de esos valores a que él se refiere, sino que es el vehículo en virtud del cual se trata de realizar esos valores; es el algo que puede funcionar como medio o agente de realización de tales valores —o de su fracaso—; o dicho con otras palabras, Derecho es lo que puede ser justo o injusto (tomando ahora estos vocablos como expresión sintética de los valores jurídicos, positivos y negativos respectivamente).

Resulta, pues, que tampoco hemos hallado el Derecho como habitante de la zona de los valores, aunque con ella guarde una necesaria relación. Debemos, pues, seguir nuestro recorrido por las regiones del universo hasta que encontremos aquella en la que el Derecho anida. ¿Dónde se encuentra el Derecho? ¿Qué jaez de cosa es eso que llamamos Derecho? Al colocar de nuevo en otra zona del Universo la advertencia de que tampoco en ella habita el Derecho, hemos dado un paso más en la empresa de circunscribirlo; y también hemos tenido ocasión en estas últimas reflexiones de que se empiecen a dibujar algunos de sus rasgos esenciales. Hemos caído en la cuenta de que el Derecho es algo que los hombres fabrican en su vida y que lo viven en ella con el propósito de realizar unos valores. Con esto, presentimos que habremos de incardinar lo jurídico en la vida humana.

7. Tránsito a la consideración filosófica de la vida humana

Igual indicación se nos señalará si nos hacemos la siguiente pregunta: ¿Quién debe realizar los valores? Contestemos esta cuestión y con ello habremos dado un paso

de extraordinario alcance. ¿Quién debe realizar los valores? Pues habremos de contestar, desde luego, que el hombre. Pues de todos los seres que encontramos en el Universo, el hombre es el único que entiende la llamada idea de los valores, que es permeable al deber ser que ellos llevan consigo y capaz de orientar hacia ellos su conducta. La naturaleza –que es un conjunto de mecanismos regidos por las conexiones de la causalidad– es sorda a la llamada de los valores; está inexorablemente prisionero de leyes que son inafectables por los imperativos de los valores. Por el contrario, el hombre es el ser que entiende la llamada de los valores y puede acomodar a ellos su comportamiento. El hombre es el conducto por medio del cual la dimensión ideal de los valores se puede transformar en un poder efectivo, que obre sobre el mundo de lo real. El hombre es el elemento gracias al cual el deber ser puede convertirse en una tendencia real actuante en los hechos. Y, así, el hombre se nos ofrece como una especie de instancia intermedia entre el mundo ideal de los valores y el mundo real de los fenómenos: escucha la llamada de los valores; y, a través de su conducta, puede realizarlos o dejarlos de realizar. Y, así, actúa como una instancia de transformación de la realidad, como un reelaborador de la misma, desde puntos de vista estimativos.

Así, pues, resulta obvio que es el hombre la instancia de cumplimiento o incumplimiento de los valores. Y, por tanto, la pregunta: ¿Dónde se realizan los valores? Debe ser contestada diciendo que los valores se realizan en la vida humana. Ahora bien, con esta respuesta hemos con-

seguido un gran avance y estamos en posesión de una directriz certera para descubrir cuál es la zona del Universo donde encontramos el Derecho. Porque vimos que el Derecho está constituido por unas obras y actividades en las que se trata de realizar unos determinados valores. Ahora bien, acabamos de darnos cuenta que el agente de realización de los valores es el hombre, y que éstos se cumplen –o se infringen– en la vida humana.

CUESTIÓN PRIMERA DEL DERECHO

(Santo Tomás, 2-2, 57)

*Domingo de Soto O. P.**

SUMARIO

1. Si el derecho es el objeto de la justicia.- 2. La Justicia como virtud.- 3. El derecho y la Ley.

1. Si el derecho es el objeto de la justicia

El derecho constituye una parte de la justicia, cuya virtud nos hemos propuesto estudiar en la presente obra,

* Nació en Salamanca, España, en el año de 1494, ciudad donde inició sus estudios. Por falta de recursos económicos tuvo que abandonarlos, pero más tarde los reinició en Alcalá. De allí, fue a París para regresar a España en 1520. En unión de su amigo Hernando de Saavedra ingresó en la Orden de Santo Domingo; ganó la cátedra de teología en Salamanca, donde coincidió con Francisco de Vitoria, y en donde publicó sus obras *Comentarios a la dialéctica de Aristóteles* y *De iustitia et de iure*. Colaboró con Bartolomé de Las Casas en la defensa de los derechos de los indios. Murió en el año de 1570, en Salamanca, y su elogio fúnebre lo pronunció el poeta fray Luis de León, quien fuera su alumno.

que por tal razón hemos titulado: *De la Justicia y del Derecho*. El derecho puede tomarse en dos sentidos, a saber: en el sentido de regla de la razón y dictamen de la prudencia, o sea las leyes, por medio de las cuales apreciamos la igualdad que establece la justicia; y además en el sentido de igualdad, que es el objeto de esta virtud. Pues bien, habiendo escrito hasta ahora dos libros sobre el derecho tomado en el primer sentido, o lo que es lo mismo, sobre las leyes, se sigue que, dando un paso más hacia la definición de la justicia, nos ocupemos al presente del derecho tomado en su segundo sentido, ya que mediante él ha de precisarse la definición de la justicia. Porque el presente libro, en el orden el tercero, contiene el tratado de la justicia en general y sus divisiones en legal y particular, y también en distributiva y conmutativa y su primera especie, o sea, la distributiva, en donde se trata de la acepción de personas. Esta materia la discute Santo Tomás en la 2-2, 57 y siguientes.

En primer término, se desea saber si el derecho es el objeto de la justicia. Y en contra se arguye, en primer lugar, con unas palabras del jurisconsulto Celso, en el libro I sobre la Justicia y el Derecho.

El derecho, dice él, es el arte de lo bueno y de lo justo; más el arte no es el objeto de la virtud de la justicia, que tiene su asiento en la voluntad, pues el arte es de suyo una virtud intelectual, como afirmó Aristóteles en el 6, de los *Éticos*.

En segundo lugar, la justicia tiene como objeto principalmente someternos a Dios; según dijo San Agustín en

el libro de Mor. Eccles.: “La justicia es el amor que sirve solamente a Dios y que por esto mismo ordena al bien todo lo que al hombre está sujeto. Mas el derecho no pertenece a las cosas divinas sino a las humanas”. Y por esto San Isidoro en el libro 5, cap. 2, distingue entre licitud y derecho; porque lo lícito es de ley divina y el derecho de ley humana. Por tanto el derecho no es el objeto de la justicia.

Lo contrario, sin embargo, afirman tanto el mismo Isidoro, como el filósofo, dice, efectivamente aquél en el lugar citado, que *jus* quiere significar lo que es *justum*. Y se cita la dist. 1, can. *Ius*. Y el filósofo, al principio del 5 de los Éticos dijo que se llama unánimemente justicia al hábito con que se practica lo justo.

2. La justicia como virtud

Antes de entrar inmediatamente en la cuestión, ha de tenerse en cuenta ante todo que una de las maneras en que se toma la justicia es en el significado general de toda virtud. Y ésta es la causa por la cual, tomada en tal sentido, el filósofo, en el 5, cap. 1, de los Éticos, la llama toda virtud. De donde se sigue que hombre justo sería lo mismo que virtuoso, cualquiera que sea la virtud de que se halle revestido. Y la razón por la cual se toma en este sentido tan amplio es porque en toda virtud existe una razón de deuda para con la ley, a la que hay que prestar obediencia. Y todo lo que entrañe una razón de deuda, forma parte de la justicia. En este sentido, por cierto, tomó Cristo la palabra justicia en San Mateo, cap. 5 y 6: “Si vuestra justicia no fuere mayor, etc.”. Y también

cuando dijo: “Procurad no practicar vuestra justicia, para que os vean los hombres”. Y San Pablo en la I a Timoteo, cap. 1: “El justo no tiene ley”.

En ese sentido, pues, no entendemos aquí la justicia, ni tiene tampoco un objeto particular, sino el propio de cada virtud, esto es, lo que es conforme con la ley. Aquí se la considera como una virtud moral especial, y como una de las cuatro virtudes cardinales, cuyo objeto es practicar lo que es justo.

En segundo lugar, para que nadie nos eche en cara que alteramos el orden, debiendo de hablar de la justicia antes que del derecho, sepa que es doctrina de Aristóteles en el 2, de *Ánima*, text. 33, que quien pretenda tratar de alguna potencia, o hábito ha de empezar por su objeto, del cual recibe el hábito su especificación, y del cual dependen sus rasgos y caracteres. De la misma manera que quien se propone discutir acerca de los sentidos, primeramente ha de discutir acerca del objeto sensible. El ojo efectivamente, no puede definirse con propiedad diciendo que es un sentido compuesto de ésta y de la otra materia, sino diciendo que es un sentido que percibe los colores. Y de igual modo, el oído que es un sentido que percibe los sonidos; y la sierra, un instrumento que corta la madera; y la templanza un hábito que nos enseña a usar rectamente de los deleites del tacto. De este mismo modo en el lugar citado, 5 de los *Éticos*, Aristóteles define la justicia por lo justo, diciendo que es un hábito mediante el cual deseamos y practicamos lo que es justo. Y Ulpiano (ff. de *Iust. et Juro.*), dijo que la justicia es la voluntad firme e irrevocable de dar a cada uno lo que le

pertenece. Por consiguiente, como la justicia ha de definirse por lo justo, es razonable que empecemos por conocer lo que se entiende por justo.

Sentados estos precedentes, se responde al tema con una sola conclusión: El derecho es el objeto de la justicia. La conclusión consta suficientemente con la autoridad de S. Isidoro, del filósofo y del jurisconsulto, los cuales llaman *Ius*, derecho, a aquella igualdad que la justicia establece en las cosas; sin embargo, aún se demuestra más por las diferencias que la razón descubre entre la justicia y las demás virtudes. La primera diferencia es que si bien es propio de toda virtud obrar rectamente, esta rectitud, sin embargo, en las demás virtudes se considera con relación al que obra, mas en la justicia se considera con relación a otro. Y la razón es porque la justicia ordena a quien la tiene con los demás; y las demás virtudes ponen este orden en el mismo que las practica. Por ejemplo: la templanza tiene por objeto poner orden en los deleites del tacto; y así pone el medio entre los dos movimientos que pueden alterar al templado, a saber: que ni exceda de la razón en el uso de la comida y de los deleites sensuales, ni deje de comer lo que sea necesario para el sustento de su vida. De igual manera la fortaleza establece asimismo el medio entre el amor y la audacia. Pero la justicia establece la igualdad entre el que debe y su acreedor. Como si tú y yo tenemos cinco, y tú en calidad de préstamo me diste uno, por cuya causa tú te quedaste con cuatro y yo tengo seis, la justicia en este caso pide que yo te devuelva uno, para que los dos tengamos cinco, que es el medio entre cuatro y seis. De la misma manera si tú has puesto

a mi servicio tu trabajo, la justicia pide que mi retribución equivalga a tu esfuerzo. Por esta razón de que dos cosas se ajustan una a otra cuando se igualan. Como cuando el arquitecto coloca una piedra a escuadra, o el zapatero ajusta el zapato al pie.

De esta diferencia nace la segunda, y es que, en lo tocante a las demás virtudes, ninguna cosa puede llamarse recta, a no ser con respecto a quien la practica. Por ejemplo: si una persona avara come pobremente, no por vivir con templanza, sino por no gastar el dinero, su conducta no puede considerarse recta, ni conforme con la virtud. Pero si un deudor paga a su acreedor todo cuanto le debe, aunque sea con mala intención, o sea para que lo malgaste; o si devuelve a su dueño la espada que tiene en depósito, aún sabiendo que la reclama para hacer mal uso de ella, en estos casos tales actos son simplemente justos, porque existe igualdad con lo debido, si bien no pueden calificarse como actos de virtud, ni quien los practica puede decirse que es virtuoso.

De esta diferencia nace a su vez la tercera, a saber: Que los doctores con toda razón señalan como objeto *per se* de la justicia y no de ninguna de las demás virtudes lo que se llama derecho, justo; porque ciertamente en la virtud de la justicia lo justo brota de la misma naturaleza de las cosas y en las demás virtudes depende de la recta intención del que obra. Por lo cual Santo Tomás (téngase esto muy en cuenta), no comienza el estudio de las demás virtudes, o sea de la fortaleza y la templanza, partiendo de su objeto, sino partiendo de las virtudes que establecen la rectitud en las obras; más el estudio de la justicia

lo comienza por el objeto, que se halla en las cosas mismas. Más aún, en las demás virtudes no se habla tanto de objeto, como de materia de que se ocupa la virtud; como la materia en la fortaleza son los peligros en la guerra, y en la templanza los deleites del tacto. En ellas la virtud señala el medio entre dos tendencias; más el objeto de la virtud de la justicia es la igualdad entre las cosas mismas, a la cual se ordena la virtud como la visión a los colores. Tenemos, pues, la conclusión de que el derecho es el objeto de la justicia.

Sin embargo, no faltan quienes impugnan esta diferencia, porque la consideran de un modo superficial. El Buridano se rebela contra esta doctrina en el 5 de los *Éticos*, q. 1, de la siguiente manera: “O Santo Tomás, dice él, habla de la rectitud de los actos en cuanto es fruto de la virtud, o habla de la rectitud en absoluto, aunque no proceda de la virtud”. Si habla en el primer sentido, en este caso, como sucede con los actos de las demás virtudes, tampoco el acto de la justicia puede considerarse recto, si no le considera también en relación con quien lo practica. Porque según dijo Aristóteles en el 2 de los *Éticos*, cap. 4, “no hay acto alguno virtuoso, si no nace de la elección de un fin legítimo”. Y así, como hace poco decíamos, quien devuelve la espada a su verdadero dueño para perpetrar un crimen, no es virtuoso. Mas si habla de la rectitud de los actos en sentido absoluto, en este caso también existe esta misma rectitud, sin orden ninguno a quien obra, en la materia de las demás virtudes. Como por ejemplo, si uno observa la ley del ayuno por hipocresía; o por vanagloria se conduce valientemente en el combate.

Sin embargo, se responde que la diferencia se halla en la rectitud considerada en sentido absoluto. Y la razón es porque como la rectitud de la justicia se halle naturalmente en las cosas mismas, quien paga lo debido con intención y fines torcidos, no deja de ejecutar un acto justo al dar a otro lo que le pertenece, si bien él no puede llamarse justo, esto es, virtuoso, puesto que no obra cuando, en donde y como conviene. Pero en las demás virtudes, si prescindes de una cualquiera de las circunstancias, desaparece toda virtud moral; y así dicho ayuno no era un acto de templanza, ni aquella combatividad en la guerra fue acto de fortaleza, porque semejantes actos no tienen otra rectitud más que la que se refiere al hábito de la virtud.

Respondiendo, pues, a las dificultades del principio, acerca de la materia del primer argumento el mismo Buridano y otros, no comprendiendo bien el significado de la palabra, niegan que ésta pueda tomarse por el objeto de la justicia; por el contrario, afirman que es lo mismo que ley, atendiendo a lo que dijo San Isidoro en la dist. I: "Derecho es palabra general, y ley una especie de derecho". Más quien esto niega, se opone a una verdad unánimemente defendida. Puesto que, en efecto, lo que el filósofo llamó justo, cuando dijo que la justicia es un hábito que practica lo justo, el jurisconsulto lo llamó llanamente derecho, al decir que la justicia era una virtud, que da a cada uno su derecho. Por consiguiente, si la justicia practica el derecho y lo justo: ¿quién puede negar que el derecho es el objeto de la justicia? Y creo también que por apócope, es decir, por supresión de la sílaba final de la

palabra, *justum* viene de *jus*; del mismo modo que decimos *potest* en vez de *potestis*. Por lo cual la palabra griega *dikaion* significa indistintamente lo justo y el derecho. Y así, el mismo Isidoro en el lugar citado añade inmediatamente que se dice *jus* porque es justo. Por esta causa una ley se llama asimismo justa, porque determina lo que es justo en las cosas. Mas como los nombres de los trabajos y artificios pasan a significar las artes, como, por ejemplo, la medicina, que es una cosa producida por el arte, se aplicó a su arte mismo, la palabra *jus* primeramente se extendió a significar el arte con que se conoce lo que es justo, y de aquí pasó a su vez a significar la ley. Porque el arte no es ningún dictamen, sino más bien una ciencia moral, como lo es el jurisconsulto, que investiga cuál es lo que ha de determinarse como justo por la ley. En cambio, la ley es una regla de la prudencia, o un dictamen práctico por ella establecido, como: Haz esto; no lo hagas. Y esta regla se halla en el gobernante, según hemos declarado en el libro primero, cuestión primera.

3. El derecho y la ley

Por consiguiente, cuando dijo S. Isidoro que la ley es una especie de derecho, no considera la especie como algo incluido directamente en el género, como la especie hombre está incluida en el género animal, puesto que añade que derecho es lo que es justo; sino que dijo esto porque la ley es una regla y prescripción escritas del derecho. El derecho, efectivamente, es natural, que está impreso en nuestro espíritu, o escrito. Y según San Isidoro la ley es una constitución escrita.

Y con esto se aclara el sentido de las palabras de Celso: “El derecho es el arte de lo bueno y de lo justo”. Alucinado por estas palabras Acursio ha dicho que no era lo mismo lo justo que lo bueno, imaginándose no se qué diferencia entre ambas palabras, siendo así que, como acertadamente notó en este caso Budeo y como hemos declarado más arriba nosotros, en el libro I, q. 6, art. últ., lo bueno y lo justo lo toma por la epiqueya en vez de emplear sencillamente esta palabra, es decir, por la interpretación de la ley, en el caso en que sea manifiesto que si el legislador se hallara presente, no querría que se observara la ley en todo el rigor de la letra, como se deduce la 1, *nulla ff. de leg.* Puesto que las leyes no pueden hacerse cargo de todas las circunstancias particulares, como consta en 1. neq. et. 1. *non possun*, cod. tit. De lo cual se sigue que cuando dijo el jurisconsulto que el derecho es el arte de lo bueno y justo, se entiende no el derecho escrito sino el natural, por cuanto la epiqueya, obrando en contra de las palabras del derecho escrito, conserva sano su sentido, con que se mantiene intacto el derecho natural. Por lo cual arte de lo bueno y de lo justo quiere decir, arte de velar por el derecho natural, cuando el escrito es injusto. Así se dice (Inst. *de success, libert.* 1.): El decreto del pretor corrigió la injusticia de la ley. Y Ulpiano (ff. *quod quisque jus, et c.* 1. *si quis*), dijo: “Si alguno consiguió un derecho en contra de otro, disfrute de él”. De donde nació el axioma: Sumo derecho, suma injuria.

Con lo dicho se aclara también el pensamiento de Ulpiano en la misma ley, en donde dijo que la denominación de *jus* viene de *justitia*. A la verdad, si se toma el *jus*

en el sentido de objeto de la justicia, como queda dicho, en este caso es ciertamente falso. Pues por el contrario, más bien la palabra justicia se deriva de *jus*, ya que los hábitos se especifican por el objeto. Además porque, según las reglas de los gramáticos, la palabra más corta se deriva de la más larga. Por consiguiente el jurisconsulto toma el derecho como la ciencia y el arte de juzgar acerca del derecho natural. Porque esta ciencia y arte nacen de la justicia, porque solamente aquel que es justo es prudente para juzgar con rectitud de lo que se ha de hacer, como aseguró Aristóteles en el 6. de los *Éticos*. Resumiendo, pues, todo lo dicho, lo justo está en las cosas; el arte de lo bueno y de lo justo está en el entendimiento, que es el que enseña obrar justamente, como lo está el arte fabril. Mas la ley es una regla de entendimiento práctico establecida por la prudencia, y por tanto es la razón de lo justo, es decir, la que causa y constituye lo justo; y finalmente la justicia es una virtud con asiento en la voluntad, la cual, guiada por la ley determina lo justo en las cosas. De donde se deduce que cuando se dice que se le concede a uno su derecho, el derecho se toma aquí en cuanto que es objeto de la justicia. Sin embargo, Santo Tomás reconoce alguna diferencia. Conceder a uno su derecho, dice, es sentenciar en favor de alguno, ya sea justamente, ya sea conforme a lo alegado y probado, aunque en este caso la sentencia no sea justa. Y lo que añade diciendo que el derecho se toma también por el tribunal, como cuando se dice que el reo compareció ante el derecho, tal vez lo haya tomado del jurisconsulto Pablo, quien (1. pen. ff. de *jus. et jor.*), dijo que el derecho se toma por

el lugar. Mas no sé si esto se dice con bastante propiedad. Porque cuando se afirma que una persona comparece ante el derecho, parece que derecho se toma aquí en el mismo sentido que cuando se dice ser llamado a juicio. Y ser llamado a juicio, como asegura el jurisconsulto (ff. de *in jus, vocan.*), quiere decir ser llamado para recurrir a la justicia, a fin de que el defensor del reo vea que se le defiende su derecho. En donde derecho se toma por el derecho mismo, o por la ley.

A la segunda dificultad se responde que cuando San Agustín dijo que la justicia era el amor que sirve a Dios, no expresa la naturaleza de la justicia. Por el contrario, como a Dios nadie puede retribuirle debidamente, entre Dios y nosotros propiamente no existe la razón de justicia. Lo que quiso decir es que la justicia es amor en el sentido de que nace del amor, o deseo de servir a Dios, y que tiene el mismo fin que el amor. Por lo cual la palabra *fas* quiere decir piadoso, religioso, digno de alabanza, lo cual es algo superior a justo.

EL DERECHO COMO LA EXPRESIÓN DEL ESPÍRITU

*Carl J. Friedrich**

SUMARIO

1. Hegel y la Escuela Histórica.- 2. El mundo ético concreto.- 3. El derecho abstracto y el derecho positivo.- 4. Aspectos de la interpretación jurídica del concepto estado.- 5. La voluntad racional, premisa de la ley y el derecho.- 6. Distinciones entre el pensamiento hegeliano y la escuela histórica.

* Educador, filósofo, teórico político, conocido por sus trabajos sobre el gobierno constitucional y el federalismo. Nació el 5 de junio de 1901 en Leipzig, Alemania y murió el 19 de septiembre 1984, en Lexington, Mass., Estados Unidos. Obtuvo el título en Historia y Economía de la Universidad de Heidelberg en 1925. En los Estados Unidos obtuvo trabajo como analista de publicaciones en el departamento de gobierno de la Universidad de Harvard en 1926. Fue promovido para una posición facultativa al año siguiente, recibiendo dicho grado en 1931. De 1943 a 1945 fue director de la escuela de administración de Harvard. De 1946 a 1949 fue analista para los militares del gobierno americano en Alemania con Henry Parkman y el general Lucius Clay.

1. Hegel y la escuela histórica

La filosofía del derecho expuesta por Hegel es totalmente opuesta a la de Kant, hecho éste frecuentemente oscurecido por el término “idealismo”, que se aplica a ambos. Es cierto que Hegel también considera el derecho dentro del marco de la moral; su ética y su filosofía del derecho forman una unidad. Se trata este punto en su famosa obra, *Grundlinien der Philosophie des Rechts, oder Naturrecht und Staatswissenschaft in Grundrisse* (1821). En este estudio de los principios básicos Hegel investiga primero el derecho, después la moral y, por último, lo que él llama ética (*Sttlichkeit*). Dentro de la estructura del último tema describe el estado como el logro que lo corona todo y como la realización de la ética en la comunidad. Pero estos conceptos de estado, derecho y ética no se tratan aquí de manera “abstracta” o “general”, sino se toman como conceptos en desarrollo. Se trata “dialécticamente”, de modo que, según Hegel, progresamos del derecho “abstracto” al estado “concreto”. Derecho, estado y ética son expresiones de un desarrollo histórico que es la manifestación de un espíritu nacional, y estos espíritus nacionales en su totalidad son la manifestación del espíritu mundial. Deben comprenderse como proyecciones concretas de este espíritu mundial. El espíritu mundial no es algo ajeno a ellas, sino que en ellos y por ellos es lo que es.

El estado hegeliano es la comunidad ética. No es una institución para la realización de la ética, sino la realización misma. Si no se comprende esta posición fundamental, será imposible comprender su filosofía del derecho,

ya que la noción general dominante acerca del estado es la de una institución, o una multiplicidad institucional, en la que están unidos aquellos que poseen el poder de gobernar y, por lo tanto, el poder de crear normas obligatorias. Desde luego, en una sociedad libre y democrática ello incluye tanto a los ciudadanos como al gobierno. Pero, aparte de este concepto positivista dominante del estado, es natural que el sentido común vea en el estado la estructura realmente existente del poder y del derecho que domina o rige en determinada comunidad. Así, el estado hitleriano es el aparato que realmente ejerce la función gubernamental como hecho histórico. Para Hegel, en cambio, sólo puede comprenderse como verdadero estado aquél que realiza la ética. Es, pues, dudoso que si se le sujetase a este criterio se diera validez al aparato gubernamental hitleriano.

2. El mundo ético concreto

El concepto hegeliano del derecho está íntimamente ligado a sus opiniones metafísicas acerca del papel de la religión y del espíritu, que es el espíritu de Dios. La ética es el mundo concreto de la norma, de la vida social. Para Hegel, este mundo ético concreto es más importante que la subjetividad abstracta de la moral. Lo que en la actualidad se conoce en las ciencias y la filosofía sociales como el sistema de valores de las comunidades, es muy semejante a lo que Hegel tenía presente al hablar de este mundo ético concreto. En cambio, la sola moral es el campo en el que se realiza la voluntad independiente; en él, la persona es un puro sujeto. Por otra parte, la ética es más concreta porque es más objetiva, pero sólo puede

comprenderse mediante el estado o en el estado. Hegel relata una reveladora anécdota al llegar a un punto clave de su *Philosophie des Rechts* lo cual, en mi opinión, tiene importancia porque tales anécdotas no son frecuentes en su obra: “Preguntó un padre a Pitágoras cuál era la mejor forma de educar a su hijo, a lo que le respondió: Haciéndolo ciudadano de un estado con leyes buenas”.

En Hegel, la ética se define como la idea de libertad. Es el “bien viviente” o, dicho de otra manera, “el concepto de libertad, que se ha convertido en el mundo existente y en la naturaleza de la propia conciencia”. Así, el hombre puede vivir una existencia realmente ética en libertad, únicamente dentro del reino ético del estado, pues “el estado es la efectiva realización de la idea ética”. Si interpretamos esta afirmación en el sentido de que el aparato gubernamental realmente existente es la realización de la idea ética, puede derivarse de este concepto la deificación total, y en definitiva totalitaria del poder. Pero semejante concepto no es hegeliano: para él, la deificación del poder es una blasfemia. En una famosa nota a pie de página de su *Philosophie des Rechts* condena severamente la obra de un contemporáneo que había expuesto un punto de vista semejante. Hegel califica de herejía peligrosa la idea de que el más poderoso gobierno debe gobernar, y siempre gobernará, y dice que a ella debe oponerse la doctrina del poder de la justicia y la ética. Comenta con amargura que, de acuerdo con semejante doctrina, “quienes por su conocimiento del derecho son más poderosos, obran justamente al despojar a los que necesitan protección”. Al contrario de tales doctrinas del poder, insiste en

la veneración del derecho como base de toda verdadera ética: “Cuán infinitamente importante, cuán divino es que los deberes del estado y los derechos de los ciudadanos, al igual que los derechos del estado y los deberes de los ciudadanos, se determinen por medio de la ley”.

3. El Derecho abstracto y el derecho positivo

El derecho abstracto es, en gran medida, lo que en el pasado se denominaba ley de la naturaleza o derecho natural (*ius naturale*), es decir, aquellos derechos del individuo que se basan en su calidad de persona autónoma. En este contexto trata Hegel de la propiedad, del contrato y de los agravios. Entre estos últimos coloca también el fraude y el crimen. “La persona debe concederse a sí misma un ámbito de libertad externa”, dice por vía de una primera definición de la propiedad. Sólo así puede la persona existir idealmente. De ahí que la propiedad se defina como el ámbito de libertad del hombre, como aquello que es inmediatamente diferente y separable.

Esta ley abstracta deriva su existencia de la esfera de lo que es relativo, es decir, de la relación recíproca de las necesidades y del trabajo que las satisface. Sólo así es generalmente admitida, conocida y deseada, y por ser así conocida y deseada logra validez y una realidad objetiva y verdadera. Esto quiere decir que la ley no sólo es algo racional, ni sólo deseado, sino que es algo que se desea por ser racional. Es la expresión de una voluntad racional. Se convierte en ley positiva por medio del estatuto que manifiesta lo que será ley. “El derecho y la ley se convierten, por medio de esa determinación, en ley positiva”.

Las leyes válidas de una nación, dice Hegel de manera muy significativa, no dejan de ser sus costumbres por el hecho de estar escritas y compiladas. Cita, como ejemplo, el derecho común inglés, que, en su opinión está contenido tanto en estatutos como en leyes no escritas. Y agrega algo que suele olvidarse con frecuencia: que esta ley no escrita también es escrita; se burla de los muchos tomos que es necesario leer para determinar qué es el derecho, y compara la confusión resultante con la situación en la época postrera del derecho romano. Se permite dudar de la posición del juez con arreglo al derecho común, que para él tiene, a veces, demasiada importancia y está demasiado cerca de la facultad legislativa. Pero negar a una nación la capacidad de legislación, como lo hizo Savigny y, por tanto, negar que sus juristas posean la capacidad de redactar un código “sería uno de los mayores insultos que pueden hacerse a una nación, o a sus jurisconsultos”. En este contexto subraya Hegel que semejante codificación no equivale a hacer nuevas leyes, como ya lo había hecho, entre otros, Tomás de Aquino, Hobbes y Kant. Es esta idea que se repite una y otra vez cuando se acentúa el papel del derecho en relación con el gobierno. Nada de esto, sin embargo, significa que esa legislación, esa codificación sea algo absolutamente acabado, un producto terminado que no puede ser objeto de un mayor desenvolvimiento; son constantes aproximaciones a un estado deseable y, lo que en su perfección es razón general no debe confundirse con lo que es general para el intelecto. “*Le plus grand ennemi du Bien C’est le Mieux*”, tal es, dice Hegel, el juicio del sentido común.

Los tribunales tienen para él enorme importancia, aun cuando no esté dispuesto a concederles función legislativa, según acabamos de ver. No obstante, el tribunal tiene la obligación de reconocer como justo el derecho que se expresa en las leyes, y ponerlo en práctica. Ni el desarrollo histórico de los tribunales, ni el importante papel que las relaciones patriarcales y el poder desempeñaron tienen valor para Hegel en cuanto se refiere a comprender la esencia de la cuestión. El derecho y el estado son, por sí, instituciones racionales y necesarias. Por consiguiente, el trabajo de los tribunales debe efectuarse públicamente, y es conveniente establecer jurados de modo que el acusado pueda confiar en su decisión, y no sentir que se le somete a leyes impersonales.

4. Aspectos de la interpretación jurídica del concepto estado

Aunque Hegel atribuye a la policía y a las corporaciones una función parcial de importancia para la realización del orden legal, en última instancia, su concepto todo del derecho lleva al estado, ya que el estado es “la realización de la idea ética”. A este respecto, Hegel distingue tres aspectos de la interpretación jurídica del concepto del estado. Primero, encuentra realidad inmediata en la constitución, o lo que él llama la ley interna del estado. Segundo, conforma las relaciones entre los distintos estados por medio del derecho internacional, o la ley externa de los estados, como Hegel la llama. Tercero, la idea general es como el espíritu que encuentra su realización en el proceso de la historia del mundo. De acuerdo con estas ideas, el estado se ve no sólo como conformado por el

derecho, sino que se le sitúa dentro de un contexto cósmico de importancia universal. La filosofía hegeliana del derecho culmina en un esquema de la filosofía de la historia, precisamente porque cada estado puede ser comprendido, únicamente, por el papel que desempeña en la marcha general del espíritu en la historia. Así pues, el concepto jurídico del estado es un poder espiritual legitimado por un orden superior del ser. Este espíritu es el “juez absoluto”, y cualquier intento de formar un tribunal supranacional es, al igual que una paz duradera, algo relativo y limitado. “El único juez absoluto que prevalece siempre contra toda particularidad es el espíritu que es en sí y por sí, y que se presenta como el actor general y efectivo (*wirkende Gattung*) en la historia del mundo”. Con esto último, Hegel deshace una vez más toda norma obligatoria y fija, y todo aquello que parecía tan sólido y legalmente ordenado se licua, se orienta hacia la posibilidad de su éxito, y se le juzga por él. El estado, como el orden jurídico del pueblo, está animado por ese espíritu al que se llama el espíritu del mundo y que ha entrado a la esencia de la historia del mundo. En último análisis, se justifica todo lo que hace o deja de hacer de acuerdo con esta vocación histórica, que para Hegel parece una teodicea. Como consecuencia, tenemos una “razón de estado” metafísica, que deifica el estado basándose en la premisa de qué es el estado llamado en tal o cuál momento por el espíritu del mundo.

5. La voluntad racional, premisa de la ley y el Derecho

Los críticos de la filosofía hegeliana del derecho y del estado se han detenido con frecuencia ante esa deifica-

ción del estado. Pero no se trata de algo seguro, ya que, en última instancia, estado y derecho no son sino medios para la realización de la idea del espíritu del mundo. Esta idea del espíritu del mundo es la libertad, que es el verdadero objeto de la realización del espíritu del mundo en su historia. Al igual que Montesquieu, Kant y otros filósofos liberales del derecho, Hegel pone al frente de toda su filosofía del derecho el concepto de que el hombre debe ser libre. Tal es el verdadero ser del hombre, y al cobrar conciencia de este ser verdadero, encuentra el hombre su verdadero destino. El derecho es, pues, para Hegel, el medio por el cual la libertad resulta posible, ya que proporciona a la ley el orden dentro del cual puede actuar, y es esto lo que le da significado. Se trata, ante todo, de un concepto que tiene antecedentes griegos. Encontramos en Hegel este pasaje decisivo: “La base de la ley y el derecho es, desde luego, lo espiritual, su punto de partida, la voluntad, que es libre. La libertad constituye su sustancia y su fin, y el sistema jurídico es el campo donde se realiza esa libertad, el mundo del espíritu creado por el espíritu, como segunda naturaleza”. Más adelante, dice: “La justicia y el derecho son, entonces, resultado de que toda existencia humana es una existencia de seres de libre voluntad”.

Hegel rechaza explícitamente lo que él llama concepto liberal de la libertad, expuesto por Kant y que culminó con el enunciado de que la comunidad jurídica se caracteriza por el hecho de que “la libertad”, es decir, “la preferencia arbitraria de cada uno, puede coexistir con la de todos los demás, de acuerdo con una ley general”. Esta

llamada ley de la razón, y la determinación negativa de la libertad que con ella se relaciona, tiene sus raíces, según Hegel, en ese concepto que se ha generalizado desde Rousseau, de que la voluntad del individuo, en su preferencia arbitraria, peculiar, es lo primero, en tanto que, para Hegel, es la voluntad racional la que viene primero. Resulta obvio que esta crítica no es muy certera si se toma en cuenta lo que realmente es la doctrina de Rousseau acerca de la voluntad general, y la del imperativo categórico de Kant. Pero la referencia que hace Hegel a la era del terror de los jacobinos, plantea la verdadera controversia política. La razón aplicada como una norma externa a los problemas humanos es diametralmente opuesto a una razón que es inmanente a tales problemas, y que se desenvuelve a través de ellos. La libertad hegeliana está contenida dentro de la ley, se desenvuelve como parte de la dialéctica de la historia y, en esta forma, “la libertad constituye su sustancia y la determina”.

6. Distinciones entre el pensamiento hegeliano y la escuela histórica

El concepto hegeliano de la ley y del derecho, que es, sin lugar a dudas, totalmente racionalista, no debe confundirse ni equipararse con el de la escuela histórica, representada por su gran contemporáneo Friedrich Carl von Savigny. Hegel permaneció siempre totalmente opuesto a Savigny. Ya dijimos cuán inequívocamente Hegel rechaza la actitud pasiva y el tradicionalismo de la escuela histórica, cuya aversión por la legislación y la codificación considera perfectamente errónea. No obstante, al igual que esta escuela, considera que el derecho es

“algo sagrado”, pero lo hace porque el derecho es “la existencia del concepto absoluto de la libertad consciente”. Nos enfrentamos una vez más al problema de la dialéctica, que es el principio motor del concepto. “Esta dialéctica no es una actividad externa del pensamiento subjetivo, sino el alma misma del contenido que orgánicamente hace crecer sus ramas y sus raíces”. Además, “la ciencia no tiene más tarea que la de hacer consciente esta racionalidad intrínseca de los objetos”. Lo que resulta decisivo es el concepto de un destino inminente. La dialéctica del derecho es el reconocimiento de “el alma del derecho”. El derecho es, pues, la realización de la libertad. Si alguien preguntara cómo debe entenderse esta libertad, Hegel haría referencia al derecho, sólo allí puede verse lo que cada uno debe hacer como hombre libre. Por tanto, y para concluir, es oportuno citar una declaración muy general que Hegel hace al final de sus reflexiones: “Considerar que algo es racional no equivale a aplicar la razón a esa cuestión desde fuera y a actuar luego sobre ella (*bearbeiten*), sino a reconocer que el objeto es racional por sí mismo; aquí está el espíritu en su libertad, la máxima cumbre de la razón consciente, que se da a sí misma realidad, y se crea como el mundo existe; la ciencia no tiene más tarea que la de hacer consciente esta labor de la razón”.

Esta inminente regularidad del desarrollo y la estructuración social estaba destinada a recibir de Karl Marx y Friedrich Engels una interpretación muy diferente de la dada por Hegel. Pero tanto Marx como Engels construyeron sobre el concepto hegeliano de la racionalidad inhe-

rente a las cosas, que se revela en el drama de su dialéctica, de modo que al hombre no le resta nada más que tratar de comprender estas relaciones y abarcar su desarrollo inherente.

Antes de ocuparnos del marxismo, es necesario estudiar con algo más de detalle la llamada escuela histórica, fundada por Gustav Hugo (1704–1861) y llevada a su máximo florecimiento en Alemania por Friedrich Carl von Savigny (1779–1861). En Inglaterra, donde la escuela histórica floreció algo más tarde que en Alemania y, hasta cierto grado, bajo la influencia alemana, sus más eminentes representantes fueron Sir Henry Maine (1822–88) y Frederick William Maitland (1850–1906). Este último era gran admirador de Otto von Gierke (1844–1921). En todos estos escritores (particularmente en los alemanes) encontramos la idea romántica de que el espíritu de un pueblo está vigorosamente viviente. Al revés de Hegel, estos hombres tratan el espíritu nacional como entidad autocontenida, sin sujeción a un espíritu del mundo. Es en la escuela histórica donde se produce el cambio hacia el positivismo histórico. Para Savigny, existe “una conexión orgánica entre el derecho, la naturaleza y el carácter de un pueblo”, ya que “lo que los une para formar un todo son las creencias comunes de ese pueblo, el mismo sentimiento de necesidad interior, el cual excluye toda idea de un origen accidental y arbitrario”. De acuerdo con este concepto, la ley de la costumbre es la ley realmente viva. En comparación con ella, la legislación carece de importancia: no tiene mas mérito que ser de carácter declaratorio. Pero encontramos en Savigny un

punto de vista, una extraña fisura, semejante a la contradicción que hay en la actitud de Hegel frente al espíritu nacional. Savigny no estaba, en modo alguno, dispuesto a tratar como equivalentes las distintas formas jurídicas nacionales. Por el contrario, para él, el derecho romano está muy por encima de todo otro sistema jurídico, como ejemplo y norma. Su principal obra se dedicó a “purificar” el derecho romano medieval de las “mezclas y adiciones” de la época. Es esta una paradoja filosófica, ya que tales mezclas y adiciones fueron las ideas que permitieron que el espíritu de los pueblos germánicos (si es que tal espíritu existía) se pusiera de manifiesto. De esta contradicción nació un dualismo sumamente divergente en las escuelas jurídico-históricas alemanas. De un lado tenemos la escuela germanista, dedicada especialmente a la historia del derecho alemán; fue fundada por Karl Friedrich Eichhorn (1796-1854) y desarrollada por Jakob Grimm, en el pleno espíritu del romanticismo; tal vez encontró su máximo exponente en Otto von Gierke. Por el otro lado tenemos a hombres que, con el espíritu de Savigny, continuaron cultivando la historia del derecho romano y que también tuvieron distinguidos representantes: Ihering y Sohm, por ejemplo, así como los grandes historiadores del derecho que dieron Italia y Francia.

No encontramos en estos historiadores una filosofía del derecho, en el estricto sentido, aunque Gierke defendió en varias ocasiones con gran animación el derecho natural. Este historicismo es parte de una pronunciada confianza académica y profesional, que permite confirmar que el jurista culto es “el portador e intérprete del espíri-

tu nacional”. Pues en el progreso de la cultura –así lo declaró Savigny en una ocasión– el derecho que vivía ya de antes en la conciencia de todo un pueblo, “se convierte en la conciencia de los juristas, quienes representan al pueblo en esta materia”.

El cuerpo de pensamiento donde echó sus raíces la escuela histórica deriva en gran medida de Edmund Burke (1727–1797) el gran liberal inglés enemigo de la Revolución francesa y eminente teórico del conservadurismo. Sus conceptos básicos decisivos –como “tradición”, “prescripción” y “costumbre inmemorial”– lo llevaron a interpretar el sistema constitucional y jurídico inglés como una creación del espíritu nacional, al que alaba en discursos y escritos de gran brillo oratorio. Reconocer esto es comprender que el enfoque histórico del derecho tuvo en Inglaterra importantes precursores, como Sir Henry Maine, su máximo representante, quien bien pudo haber escrito sin tener referencia de los historiadores alemanes. En todo caso, en él encontramos un notable ingrediente que lo relaciona con el positivismo dominante en Inglaterra. Da a sus estudios históricos cierto sesgo comparativo que lo llevó a formular gran número de famosas generalizaciones, de las cuales la más conocida es la que se refiere a la condición social y a la ley. Trató de demostrar que, en el desenvolvimiento del derecho debe observarse, en todos los sistemas jurídicos, un progreso constante, de condición social, como característico de la relación entre personas en una sociedad primitiva, el contrato, como forma natural de esas relaciones en una sociedad ya desarrollada. Por ello, Maine consideraba la liber-

tad de contratación como el logro que coronaba el desarrollo del derecho. Desde luego, cuando Sir Henry Maine escribió, no se había presentado la tendencia, más reciente, a proceder de nueva cuenta a la regulación y limitación de la libertad de contratación. En verdad, resulta interesante que cuando Maine escribió su *Ancient Law*, en 1861, se anticipó, hasta cierto grado, a las ideas que L. H. Morgan (1818–81) había de establecer en relación con la agrupación familiar en las sociedades primitivas. La obra más eminente de Morgan, *Ancient Society* (1877) se fundaba en el concepto de que la cultura se ha desarrollado en todas partes de manera parecida, pasando por etapas sucesivas del salvajismo a la barbarie y a la civilización. Muchas de las obras de la escuela histórica muestran inclinación al escepticismo filosófico, que es el punto de vista natural de muchos historiadores. Los conceptos centrales, que son importantes, se ofrecen como principios, pero sin hacer de ellos una evaluación crítica, como si se tratara de generalizaciones derivadas empíricamente del material de que se dispone.

Para concluir, cabe decir que, aunque la escuela histórica trabajaba, como Hegel, con el concepto de un espíritu nacional, hace del mismo un uso totalmente distinto. En tanto que en la escuela histórica sirvió como vago principio unificador que proporcionaba una especie de conexión general para el estudio detallado de las instituciones legales y su evolución, Hegel trata este espíritu nacional como algo personalizado y le asigna la función de expresar la libertad universal, principio proyectado como la manifestación del espíritu mundial. La hostilidad entre

uno y otro fue, por tanto, muy honda, y tal vez se expresaría más efectivamente con las palabras de un enunciado que Hegel formula al final de su Filosofía de la historia: “Nos hemos confinado –dice– a la consideración de ese progreso de la idea, y nos hemos visto obligados a desatender el placer de presentar un cuadro detallado de la prosperidad, de los períodos de gloria que han señalado la elevación y la caída de todas las naciones, la belleza y la grandeza del carácter de los individuos, y el interés inherente a su destino. La filosofía se ocupa sólo de la gloria de la idea que se refleja en la historia del mundo. La filosofía elude la tranquila región de la contemplación, lejos de la agotadora lucha de las pasiones que agitan la superficie de la sociedad; lo que le interesa, es el reconocimiento del proceso de desarrollo por el que ha pasado la idea al realizarse, la idea de libertad, cuya realidad es la conciencia de libertad, y no una aproximación”. Semejante declaración, con su caballerescas indiferencia por los detalles de la experiencia histórica fue, y siguió siendo, un anatema para la gran escuela histórica. Desde entonces, la dialéctica de este conflicto ha afectado profundamente el pensamiento jurídico.

SÍNTESIS DE LA INVESTIGACIÓN SOBRE LOS PRIMEROS PRINCIPIOS DEL DERECHO

*Rafael Preciado Hernández**

SUMARIO

1. Consideración de algunas definiciones formales del derecho.– 2. No es válida una definición estrictamente formal.– 3. Esencia del derecho. Su definición.

* Nació en el Grullo, Jalisco, el 29 de abril de 1908. En 1930, se recibió de licenciado en Derecho con un trabajo en torno a la teoría pura de Hans Kelsen. De 1931 a 1935 fue profesor de Derecho Romano y de Teoría General del Estado en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Guadalajara, actividad que alternó como secretario en diversas salas del Supremo Tribunal de Justicia de Jalisco. En 1939, ya en la ciudad de México, impartió cátedras de Introducción al Estudio del Derecho, Filosofía del Derecho y de Ciencias Sociales en la UNAM. En cuanto a sus publicaciones, destacan sus *Lecciones de filosofía del derecho* (1947), *Ensayos filosóficos-jurídicos y políticos* (1977), *Discursos parlamentarios: democracia, símbolos patrios, justicia, educación* (1970) y *Presupuestos de la reforma democrática en México* (1971). La UNAM lo designó profesor emérito de la Facultad de Derecho en 1979, y la Escuela Libre de Derecho le otorgó las Dos Palmas de Oro.

1. Consideración de algunas definiciones formales del derecho

Una definición estrictamente formal es la que considera al derecho como mero instrumento, como un recipiente apto para recibir cualquier contenido, como un vaso que lo mismo se puede llenar de agua, de vino o de aceite. Y como tratándose del derecho, su contenido u objeto material son las acciones humanas, cuyo sentido se determina en relación con los criterios racionales o fines supremos de la conducta, una definición que no toma en cuenta el contenido del derecho, tampoco hace referencia a sus fines como datos esenciales de lo jurídico.

Pongamos algunos ejemplos de estas definiciones:

Picard define el derecho como “el conjunto de los deberes, al cumplimiento de los cuales puede uno ser constraído por la fuerza social organizada”.

Para Roguin, “el derecho es el orden consistente en que un hecho social sea seguido de otro hecho social, con sanciones forzadas en caso de inejecución”.

Según Jèze: “el derecho de un país es el conjunto de reglas –ya se les juzgue buenas o malas, útiles o nefastas– que, en un momento dado, son efectivamente aplicadas por los prácticos y por los tribunales”.

Duguit, por su parte, expresa que el derecho es “la línea de conducta que se impone a los individuos en sociedad, regla cuyo respeto es considerado en un momento dado por una sociedad, como la garantía del interés común, y cuya violación entraña una reacción colectiva contra el autor de esta violación”.

Y conocida es la definición conceptual de Stammler. El derecho es, para este autor: “voluntad vinculatoria, autárquica e inviolable”.

Todas estas definiciones tienen un rasgo negativo común: ninguna de ellas considera que determinados fines estén relacionados necesaria o esencialmente con el derecho. Las tres primeras son positivistas, se advierte en ellas la preocupación de reducirlo todo a meros hechos, a la coerción, a la ejecución forzosa, a la efectiva aplicación. La cuarta es sociológica, también se resiente de positivismo, pero en ella se alude a un fin, el interés común, sólo que este fin no es necesario ni objetivo, sino que depende de lo que estime la sociedad; implica, pues, una referencia a la voluntad colectiva, y ya sabemos que todo voluntarismo es formalista, dado que en el fondo no reconoce cosas y fines valiosos en sí mismos, sino por cuanto son queridos o deseados por el hombre, individual o socialmente considerado. La definición de Stammler, finalmente, es idealista; conviene analizarla con detenimiento, pues representa el tipo mejor logrado de una definición formal.

La noción de lo jurídico —expresa este autor— alude a una categoría de aspiraciones humanas, condicionadas fundamentalmente por una cierta modalidad de ordenación. El concepto del derecho no es más que un procedimiento de ordenación. Claro que este procedimiento sólo se manifiesta en los casos por él ordenados, de ahí que tengamos que partir de la observación de los hechos históricos en que encuentra aplicación, pero con miras a descubrir ciertas posibilidades generales de ordenación y las condiciones permanentes bajo las cuales cabe distinguirlas

entre sí, determinando de este modo sus diversos conceptos.

Ahora bien, los hechos pueden ordenarse de dos modos: o como efectos de causas precedentes (que pertenecen al pasado), o como medios para alcanzar fines futuros. “No cabe posibilidad de determinar el momento presente, sino para el pasado o por el futuro”. Mediante el primer criterio se ordenan las impresiones de un modo causal; mediante el segundo, se determinan en un sentido teleológico o finalista. Se llama percepción a la explicación de los hechos por sus causas; y voluntad, al modo como se articulan las impresiones en la conciencia, bajo las categorías de medio y fin. Así los conceptos de medio y fin son formas puras de ordenación de los conocimientos, equiparables en rango a los conceptos de causa y efecto, y ninguna de estas dos formas de ordenación excluye totalmente a la otra. La voluntad, así entendida, no es energía psicológica, sino una especie de pauta directiva de nuestra conciencia, consistente en la elección de medios para la consecución de fines. En rigor, el hombre jamás elige entre determinados fines, sino siempre entre diversos medios.

¿Cuáles son las formas como se pueden articular en la conciencia los medios y los fines? Hay dos modalidades de la voluntad, la aislada, y la vinculatoria o entrelazante. En la primera, el hombre se nos presenta formando separadamente una unidad, en la que los medios se relacionan con los fines del mismo sujeto. En la segunda, se enlazan entre sí varias voluntades, es decir, lo que uno quiere como fin, lo toma el otro como medio de su propia voluntad, y recíprocamente. “La característica condicio-

nante de la vida interior, es la unidad del hombre aislado, mientras que la existencia social se haya determinada conceptualmente por la vinculación de los fines humanos”.

La voluntad vinculatoria o entrelazante equivale a una regulación externa, y puede revestir dos formas o modalidades puras, según que la decisión de articular los fines entre varios sujetos, dependa de ellos mismos, o se les imponga, sustrayendo la vinculación a la voluntad (en sentido psicológico) de los individuos vinculados. La primera posibilidad implica solamente una invitación a los individuos que se han de vincular; la segunda modalidad encierra la noción de una voluntad autárquica.

Por último, la voluntad entrelazante y autárquica admite dos posibilidades o formas de manifestación. La decisión determinante de la voluntad autárquica puede manifestarse como algo concreto, diverso en cada caso, o de un modo permanente, regular, uniforme. Si se da la primera posibilidad, se trata de una voluntad arbitraria, caprichosa; en el segundo caso estamos en presencia del concepto de inviolabilidad, cuya característica condicionante es la permanencia uniforme en la vinculación de los fines humanos.

Nótese que estas distintas posibilidades de ordenación de las impresiones en la conciencia, son determinadas según Stammler *a priori*, independientemente de la experiencia, si bien observando los hechos históricos lo cual equivale a decir: con ocasión de la experiencia. No se llega a ellas inductivamente; pues en tal caso la selección de los hechos, la determinación de la experiencia que sirviera de

base para inducir el concepto del derecho, supondría la noción de lo jurídico. Estas categorías o modalidades de que habla Stammler, son descubiertas mediante un examen crítico: representan las posibilidades lógicas de ordenación de las impresiones en la conciencia. La voluntad, no se olvide, es, de acuerdo con esta terminología, un método puro de ordenación, un procedimiento lógico que articula o relaciona los datos de la conciencia bajo las categorías de medio y fin, no la energía psicológica o principio interno de nuestras acciones; y la inviolabilidad no se entiende como validez intrínseca de la norma, sino como regularidad de las decisiones.

Stammler confronta estas categorías o posibilidades de ordenación de los datos de la conciencia, con la realidad, aplica estas modalidades a la experiencia, y considera que el concepto de voluntad aislada es la estructura de las normas morales, que la noción de voluntad entrelazante no autárquica corresponde a las reglas del trato social, y la voluntad entrelazante autárquica. Si no es regular, a los mandatos arbitrarios, y si es inviolable, a las normas jurídicas. Así, el concepto del derecho delimita y separa las normas jurídicas de otras manifestaciones típicas: primero de los meros hechos naturales, que pertenecen al mundo de la percepción –forma de ordenación a base de las categorías de causa y efecto–, y ya dentro de la esfera de la voluntad –ordenación que relaciona medios y fines–, las distingue de la moral, de los usos sociales o reglas del trato, y del poder arbitrario.

Esta definición es formal, aunque alude al concepto de fin, porque no se refiere a un fin determinado, sino a

cualquier fin. Toma esta noción como mera categoría lógica, como un nuevo recipiente sin contenido necesario. La mejor prueba de esto es que el mismo Stammler pensó en otro método de ordenación de lo jurídico: la idea del derecho. El concepto del derecho sirve para deslindar una categoría de actos de la voluntad, frente a otras modalidades de la misma voluntad; “resuelto este problema, y por encima de él, surge en seguida otra cuestión: la de saber si son legítimos, intrínseca y fundamentalmente, los dictados de la voluntad así investigados y clasificados”. Una cosa es el concepto del derecho, y otra muy distinta, la idea del derecho. Basta que una regla reúna las notas conceptuales del derecho, para que tenga el carácter de jurídica, aun cuando no responda a la idea del derecho. Además, si bien para Stammler la justicia es la idea del derecho, aparte de que admite la posibilidad lógica de un derecho injusto, a la propia noción de la justicia le atribuye también el carácter de una categoría lógica, puramente formal, una nueva ordenación que comprende mayor número de datos –todos los que abarca la voluntad general–, que restituye al derecho a la totalidad del mundo de los fines. La idea del derecho –la justicia– consiste en una absoluta armonía, en el ideal de una comunidad pura, de una comunidad de hombres con voluntad libre cuyas relaciones recíprocas estén regidas por dos grupos de principios: los del respeto a la personalidad de otro, y los de la cooperación.

2. No es válida una definición estrictamente formal

Esta es, someramente expuesta, la tesis de Stammler sobre la definición del derecho. Hagamos su crítica, y con

ella, la de toda definición estrictamente formal de lo jurídico.

Estamos de acuerdo con Stammler en que conceptos como el del derecho y el de la justicia, estrictamente no son obtenidos mediante una inducción, si por tal entendemos la generalización de lo que ocurre en un número finito de casos, a un número infinito: la justicia y el derecho no expresan una uniformidad de hechos o fenómenos, como ocurre con las leyes cosmológicas, en el campo de la causalidad, sino relaciones de adecuación a fines hacia los cuales hay una tendencia inmanente en la naturaleza humana. No se requiere para descubrir esa tendencia y su término natural, observar un gran número de casos y luego hacer una generalización. Puede ser suficiente un solo caso; pues así como a un mecánico experto le basta examinar cuidadosamente un mecanismo de nueva invención, para conocer la disposición de sus piezas, su orden interior y su funcionamiento, de modo semejante el examen profundo de un hombre y del medio social en que vive, permite a un espíritu genial, descubrir los rasgos fundamentales de la naturaleza humana, su orden interior, su finalidad esencial. Los criterios racionales no expresan lo que sucede forzosamente –tal como lo hacen las leyes cosmológicas respecto de los fenómenos–, ni tampoco lo que ocurre con cierta regularidad o frecuencia, ya que no se reducen a datos estadísticos. Aun cuando los males y las injusticias se multipliquen hasta superar en número a los bienes y a las acciones justas, no por eso cambian las nociones de lo bueno y de lo justo. De hecho, los caminos y posibilidades del bien y

de la justicia son finitos, limitados, difíciles; en tanto que las posibilidades y caminos del mal y de la injusticia, son infinitos, ilimitados y fáciles. La posibilidad de pegar en el centro del blanco, es única frente a un número infinito de posibilidades negativas: por eso es tan difícil acertar, y tan fácil errar.

Estas consideraciones nos muestran el grave error que contienen las definiciones formales de tipo positivista y de tipo sociológico. En el fondo confunden el orden de la causalidad, o en el mejor de los casos la ley de los grandes números, con el orden de la finalidad –de la racionalidad y libertad humanas–. Equiparan hecho y derecho. Si el derecho se redujera a meros hechos, aplicando el mismo procedimiento, también la justicia, la belleza, la verdad y el bien se reducirían a hechos.

Stammler tiene el indiscutible mérito de haber levantado la bandera del idealismo frente al positivismo y al sociologismo; pero su criticismo formalista le impidió observar íntegramente la realidad objetiva y descubrir en el hombre notas esenciales, necesarias, universales, haciendo abstracción de las notas individuales, contingentes y particulares, notas esenciales que no son estrictamente inducidas sino abstraídas de esa realidad, y que valen como criterios fundamentales que la conciencia no puede desconocer, y no sólo como modos de ordenación –de origen subjetivo– de las impresiones registradas en la propia conciencia.

Hay según Stammler dos categorías fundamentales, dos métodos de ordenación de los datos que nos propor-

ciona lo que llamaríamos la experiencia jurídica —el concepto y la idea del derecho—: uno sirve para delimitar el territorio propio de lo jurídico, respecto de los territorios contiguos de la moral, de los usos o convencionalismos, de las decisiones o mandatos arbitrarios —este es el concepto del derecho—; el otro para relacionar el sector de lo jurídico con la totalidad de los fines humanos —esta es la idea del derecho—; pero ¿por qué el derecho es solamente el primero de esos métodos y no la síntesis de los dos? No indica ninguna razón, ni puede darla sin prejuizar, sin dar por presupuesta la noción de lo jurídico. Y su preocupación formalista, característica del subjetivismo idealista que profesa, vuelve a ser traicionada, cuando incluye entre los principios rectores de la comunidad pura —postulada por la justicia, que es la idea del derecho—, nada menos que el respeto a la personalidad de otro; pues ni es este principio puramente formal, ni se puede llegar a él a base de un simple método de ordenación de los datos de la conciencia.

No podemos admitir que el derecho y la justicia sean puras formas o unidades mentales. Son entes de razón, objetos ideales, desde el punto de vista de su forma, pero tienen su fundamento en la realidad, expresan y postulan un orden ontológico. El derecho no es sólo la noción que la mente abstrae, sino también el ajustamiento de personas y cosas a que dicha noción se refiere. Y ese ajustamiento u ordenación de las personas, no de las impresiones en la conciencia, deriva de la naturaleza de tales personas. El derecho es algo más, mucho más, que un simple método lógico, es una realidad fundada en las exi-

gencias ontológicas del hombre; de ahí que su esencia sólo pueda determinarse a través de un profundo conocimiento de la naturaleza humana. Ese conocimiento nos muestra los fines necesarios de la vida social, a los cuales no puede ser ajeno el derecho; pues ya en capítulos anteriores demostramos que lógicamente no se concibe un instrumento –la técnica tiene carácter instrumental– sin un fin propio, específico, natural –*finis operis*–, independiente de los fines particulares de quienes utilizan el instrumento o la técnica –*finis operantis*–, y que no caben otros fines racionales específicos de la técnica que entraña el derecho, que la seguridad, la justicia y el bien común. Luego no es válida una definición estrictamente formal del derecho.

3. Esencia del derecho. Su definición

La esencia de lo jurídico –tal como se desprende de la investigación que hemos realizado en esta segunda parte de nuestras lecciones– es la de un orden social humano, el cual comprende una técnica y unos fines –positividad y racionalidad–, pues como dice Renard, “todo sistema jurídico es el desenvolvimiento de una filosofía”. Como técnica que es, el derecho está sometido a leyes lógicas, económicas, sociológicas, etc.; y en su aspecto racional está vinculado a la ética o moral. No es mera técnica, ni simple enunciado de principios; es síntesis de estos dos elementos fundamentales, adaptación de una técnica a los fines racionales de la convivencia humana, de acuerdo con las exigencias de una sociedad determinada. Toda sociedad tiene un derecho objetivo, puesto que la sociedad es cooperación o coordinación de esfuerzos, de modo permanen-

te, para alcanzar un fin común; y esa coordinación de las acciones de varios sujetos –que supone una división de tareas y funciones– implica un reglamento externo que, en cuanto ordena la actividad de los miembros de la sociedad a un fin común, que vale como bien común, es esencialmente derecho. Esto no significa que cada sociedad tenga un derecho completamente distinto del que rige a las demás. Sucede con el derecho algo semejante a lo que ocurre con el hombre: si se atiende a sus notas individuales –estatura, color, capacidades–, se observa una gran desigualdad entre los hombres, pero si se consideran sus notas esenciales –animalidad, racionalidad, voluntad libre–, se tiene que admitir que hay en todos ellos una naturaleza común. También los derechos tienen notas individuales, variables y contingentes, y notas esenciales, comunes, inmutables.

Dado que el derecho es un objeto real –por cuanto constituye un orden de relaciones entre seres reales, de acuerdo con sus necesidades ontológicas–, no una ficción, podemos tener de él un concepto o idea, y su definición real. En esa definición debe aludirse a todos los elementos esenciales del derecho, en forma concisa, pero evitando hasta donde sea posible la imprecisión. Citemos algunas de las definiciones que reúnen estas características:

Leclercq define el derecho como “la regla de la vida social considerada desde el punto de vista del bien común”.

Dabin nos ofrece esta fórmula: “El derecho positivo es el conjunto de las reglas de conducta dictadas de ante-

mano por la autoridad pública, bajo la sanción de una coerción externa prevista y organizada por la autoridad misma, con miras a realizar en las relaciones humanas un cierto orden, el más favorable al bien común”.

Le Fur, aporta la siguiente definición: “El derecho es una regla de vida social, establecida por la autoridad competente en vista de la utilidad general o del bien común del grupo y, en principio, provista de sanciones para asegurar su efectividad”.

Estas definiciones, como se ve, se refieren por una parte al aspecto positivo, social y técnico del derecho, y por la otra a su aspecto racional, a los fines propios de lo jurídico, ya que consideran que el bien común comprende o implica la justicia y la seguridad. Notoriamente están inspiradas en la definición de la ley de Santo Tomás de Aquino: “Una ordenación de razón, en vista del bien común, establecida y promulgada por aquél que tiene el cargo de la comunidad”.

Sintetizando el contenido de estas definiciones, nos atrevemos a proponer la siguiente fórmula: el derecho es la ordenación positiva y justa de la acción al bien común. Con el término ordenación no sólo significamos la acción de dirigir, de conducir u orientar hacia el fin que se menciona en la definición, sino también la idea de orden como unidad de lo múltiple, como subordinación de medios a un fin; orden que por estar regido por la justicia –la justicia dice relación a otro– y tener como objetivo el bien común –fin propio de toda sociedad–, no puede ser sino un orden normativo y social, a base de relaciones igual-

mente sociales –allí comprendidas las societarias y las comunitarias–. Este orden social es positivo, es decir, se refiere a una sociedad determinada, supone la organización de un poder director, que debiendo sujetar su actuación a la justicia y a las exigencias del bien común, tiene el carácter de autoridad, encargada de formular y promulgar el ordenamiento concreto, que técnicamente realice los principios racionales que rigen la vida social, y de garantizar su cumplimiento por medio de sanciones coercitivas; orden positivo, que dada su relación con la justicia, implica la idea de seguridad. No necesitamos reproducir aquí lo que entendemos por justicia y por bien común, ya que hemos dedicado capítulos especiales –XIV y XV– a explicar estas nociones. Y en cuanto al término acción, significamos con él la actividad social, el objeto material del derecho, que supone personas y bienes u objetos jurídicos; es decir, se trata de la ordenación de las personas, de sus bienes y acciones al bien común, siendo pertinente aclarar que la subordinación de las personas al bien común no es absoluta sino relativa: recuérdese que no es el hombre para el árbol sino el árbol para el hombre, no obstante lo cual el hombre debe sacrificarse, cuidar y cultivar el árbol, para obtener sus frutos.

Esta concepción del derecho no es ecléctica, no pretende conciliar el iusnaturalismo de la llamada Escuela del Derecho Natural, con el positivismo –aquí comprendidas las corrientes sociologistas, y voluntaristas, estatista y logicista–, puesto que es anterior a ambos sistemas; es la concepción, de la filosofía tradicional, aristotélico–tomista. Rechaza al iusnaturalismo de la llamada Escuela

Clásica, protestante, porque ésta desprecia el dato social del derecho y lo reduce a un sistema de normas que la razón construye sin tomar en cuenta la realidad; y rechaza al positivismo, porque hace del derecho una pura técnica de hechos desprovista de fines y principios racionales; y en abierta oposición a ambos sistemas, afirma que en el derecho se conjugan, como en el hombre, dos elementos fundamentales, social uno, racional el otro. Que hay en el derecho algo esencial, necesario, permanente, fines supremos y principios racionales inmutables, pero que estos fines y principios pertenecen al orden práctico, y para realizarlos o aplicarlos, se requiere todo un aparato o cuerpo de disposiciones y procedimientos técnicos. Es, por tanto, una concepción realista del derecho. No está por demás insistir en este punto capital: el derecho no es un mero enunciado de principios, ni tampoco pura técnica:

Proclamar que el derecho es pura técnica, y dejar a los políticos, a los economistas, a los hombres de negocios y a los moralistas, el honor de elegir los fines a los cuales debe él servir, es abdicar de nuestro oficio y de nuestra dignidad. El jurista no es un criado que sirva para hacerlo todo.

EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ DEL DERECHO. UNA CUESTIÓN LÍMITE DEL DERECHO

*Hans Welzel**

SUMARIO

I. Principios jurídicos suprapositivos.- 1. El principio nulla poena sine lege.- 2. Existencia del tipo penal.- 3. La afirmación de la existencia del orden jurídico.- II. El derrumbamiento del mundo conceptual idealístico.- 4. Lo que es el derecho.- 5. Teorías del reconocimiento individual.- 6. La teoría del reconocimiento en el derecho

* Nació en Artern/Unstrut, en Alemania, el 25 de marzo de 1904, y murió en Andernach el 5 de mayo de 1977. Fungió como catedrático en Göttingen a partir de 1940, y en Bonn desde 1952. Se dio a conocer especialmente por su manejo de la cátedra final que, con respecto al Derecho Penal, tiende hacia la dogmática del Derecho Civil; fue igualmente significativo para la filosofía del Derecho. Entre sus escritos sobresalen “*El Derecho Penal Alemán*” (1946), “*La nueva imagen del sistema del derecho penal*” (1947) y “*Derecho de la naturaleza y justicia material*” (1941).

internacional.- 7. El problema de la legitimación.- 8. La teoría del reconocimiento general.- 9. La aceptación de la ley.- 10. La validez empírica.- 11. Diferenciación entre derecho y coactividad.- 12. La validez del derecho.- 13. La validez jurídica y sociológica de una norma.- 14. La pérdida de validez de las normas.- 15. El espíritu objetivo.- III. La dignificación del derecho positivo.- 16. Fundamento sociológico del reconocimiento general.- 17. Importancia del reconocimiento general.- 18. El punto de vista de la teoría jurídica realista.- 19. La postura nihilista.- 20. La cuestión de la legitimidad.- 21. El “deber ser existente”.- 22. La autoridad en el derecho positivo.- 23. Fundamentos para la distinción entre ser y deber ser.- 24. La filosofía relativista del derecho.- 25. La toma de posición.- 26. La concepción del ser y el deber ser para Kelsen.- 27. El carácter ficticio de la norma fundamental.- 28. La concepción axiológica del deber ser.- 29. El reconocimiento del hombre como persona responsable.- 30. El acto legislativo y el reconocimiento de la norma.- IV. Conclusiones.- 31. La conciencia jurídica del pueblo.- 32. El principio de la tolerancia mutua.- 33. La formación moral de un pueblo.

I

Principios jurídicos suprapositivos

1. El principio *nulla poena sine lege*

Inmediatamente después del hundimiento del régimen nacionalsocialista, las miradas de los juristas alemanes (al igual que las de los teólogos y las de los filósofos) se dirigieron a la búsqueda de principios jurídicos suprapositivos. Se quería encontrar una medida ideal que pudiera decidir cuándo constituyen Derecho *obligatorio* las disposiciones *eficaces* en las prácticas emanadas del supremo poder del Estado, una medida de acuerdo con la cual “lo que no es Derecho continúa sin ser Derecho aunque se presente bajo la forma de una ley”, tal como lo expresaba Radbruch en el año 1947.¹ Estos esfuerzos desembarcaron en múltiples replanteamientos iusnaturalistas que, en su mayor parte, manifestaron los mismos defectos constitutivos que ya anteriormente habían hecho perder la fe en el Derecho natural; porque, en efecto, resultaba demasiado claro que trasponían al orden de la realidad sus propios deseos subjetivos para extraerlos luego de allí en calidad de normas *objetivas* (en apariencia). Pero aun cuando se prescindiera de tales defectos, quedaba todavía por considerar, en todo caso, un importante punto de vista; de acuerdo con un principio del Estado de Derecho que formuló inicialmente el penalista Pablo Anselmo Feuerbach por el año 1800, y que el artículo 103 de nuestra Ley Fundamental ha revestido de nuevo con garan-

1 *Die Wandlung*, año II (1947), pág. 9.

tías constitucionales, sólo se puede castigar una acción cuando su punibilidad esté establecida legalmente *con anterioridad* a su ejecución: *nulla poena sine lege*. No basta, por consiguiente, con descubrir *principios* jurídicos suprapositivos, según los cuales serían acreedoras de una pena las injusticias cometidas bajo el Tercer Reich. Para poderlas castigar hoy, si queremos permanecer fieles al principio *nulla poena sine lege*, sería preciso que fueran punibles de acuerdo con *preceptos jurídicos positivos* ya antes de su ejecución. Pero, puesto que Hitler no sólo las había permitido, sino que incluso las había ordenado por medio de mandatos secretos, en estos procesos se trata primordialmente del ámbito del Derecho positivo en cuanto tal, y sólo en un segundo término de la cuestión de los principios jurídicos supraleales. Por muy clara que fuera la respuesta a la segunda pregunta, quedaría aún totalmente sin contestar la primera.

2. Existencia del tipo penal

Corresponde a Bockelmann² el mérito de haber llamado la atención sobre esto ya en el año 1953. No cabe ninguna duda, decía él, que aun bajo la vigencia del Derecho del nacionalsocialismo la muerte de un detenido o de un enemigo político, cualquier paliza, etc., constituía una acción penal tipificada y antijurídica: homicidio, lesiones, injuria, delito contra la propiedad... “La arbitrariedad estatal de aquella época no consistió en la suspensión del

2 Bockelmann: “Gesetzesrecht und automates Recht”, Conferencia pronunciada el 7 de octubre de 1953, en las semanas de los estudios superiores para el perfeccionamiento en los conocimientos científicos sobre el Estado, en Bad Salzschlirf, Edit. Gehlen, Bad Homburg, pág. 13.

orden jurídico, sino en la corrupción de las autoridades encargadas de vigilar por su ejecución”. Sin tener conocimiento de estas expresiones de Bockelmann, que pertenecen al contexto indicado, repetía las mismas ideas no hace mucho (en 1964) el abogado Lewald:³ “Lo que se nos representa de manera apenas concebible con una abrogación de la ley penal constituye, en realidad, el hecho bastante simple de que no se aplicara en la práctica, en los casos concretos de las muertes llevadas a cabo por mandato del Führer, el artículo 211 del Código Penal, que continuó estando siempre en vigor durante la época del Estado Nacionalsocialista.” Lewald aduce a este propósito una distinción formulada por el historiador Hans Buchheim⁴ en su crónica del proceso de Auschwitz, celebrado en Francfort, entre mandatos del Führer “legales” y “extralegales”. Éstos serían los mandatos de Hitler emanados de una pretendida investidura histórica de plenos poderes, que darían lugar a un deber de fidelidad, apoyado a su vez en el libre consentimiento del destinatario del mandato, pero que no impondrían una obligación jurídica. Habría “correspondido a los deberes de un seguidor convencido del Führer realizar por sus ideas lo que se impusiera históricamente en las diversas circunstancias, aun a sabiendas de violar las leyes y soportando el consiguiente peso de responsabilidad”. Por lo demás, podría haber tenido también la certeza de que no por eso iba a estar justificado en nombre de la ley.

3 *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, pág. 1638 (1960).

4 Hans Buchheim: *Die SS- das Herrschaftsinstrument, Befehl und Gehorsam*, 1965, págs. 328 y sgs.

3. La afirmación de la existencia del orden jurídico

El artículo de Lewald era una respuesta a las ideas expuestas por el abogado Roesen⁵ quien, “desde el punto de vista de un abogado defensor”, había planteado la cuestión de si no tendrían fuerza de ley los mandatos secretos de Hitler que era el detentador omnímodo del supremo poder estatal, que podría lo mismo crear nuevo Derecho que cambiar el antiguo, o bien limitarlo o derogarlo. Roesen, cuyo artículo tuvo una gran repercusión a favor y en contra tanto en Alemania como en el extranjero, hubiera podido invocar en su favor la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen,⁶ que continúa gozando en el mundo de un gran prestigio y puede decirse que coincide punto por punto con sus opiniones: “Carece de sentido afirmar que en la tiranía no hay un orden jurídico, sino que lo que rige en ella es el capricho del déspota... La verdad es que el Estado tiránico constituye cierto orden de la conducta humana. Y este orden es precisamente un

5 *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, pág. 133; también Welzel, *ibid.*, pág. 521; Adolf Arndt, *ibid.*, pág. 487; Cfr. también Baumann, *ibid.*, pág. 1403.

6 Kelsen: *Allgemeine Staatslehre*, 1925, págs. 335 y sgs. (hay versión española de L. Legaz y Lacambra: *Teoría General del Estado*, Barcelona, Labor, 1934). (N. del T.) A este propósito se ha de aludir también al punto de vista de Walter Burckhardt, de que en un estado socialista el Derecho no podría consistir en preceptos jurídicos abstractos, sino únicamente en indicaciones concretas de ordenanzas, que no quedarían coartadas por las exigencias de la seguridad, sino que la autoridad que ha dado un mandato podría anular siempre en cualquier caso concreto lo que previamente había ordenado ella misma, de modo general. Por lo demás, a diferencia de Kelsen, Burckhardt hace la observación, muy importante, de que también las instrucciones de las ordenanzas del estado socialista tendrían que estar sometidas a la idea del Derecho. Cfr. Walter Burckhardt: *Methode und System des Rechts*, 1936, págs. 220 y sgs.

orden jurídico. Negarle el carácter de Derecho no pasa de ser una ingenuidad iusnaturalista o una petulancia... Eso que se quiere presentar como capricho no es más que la posibilidad de que el autócrata se reserve en última instancia cualquier decisión... y de que, aun cuando estén ya establecidas, pueda suprimir o alterar las normas, con validez general o sólo para ciertos casos especiales”.

Kelsen⁷ mismo ha confirmado expresamente, no hace muchos años, las consecuencias de su teoría jurídica con respecto al enjuiciamiento jurídico del Derecho del régimen nazi en un *Derecho*: “Podemos lamentarlo, pero no podemos negar que eso era Derecho”.

II

El derrumbamiento del mundo conceptual idealístico

4. Lo que es el derecho

Debemos reconocer que hasta la fecha hemos simplificado excesivamente las cosas en la cuestión sobre lo que es el *Derecho* (y a esto es a lo que se reduce la polémica sobre los fundamentos jurídicos de los procesos mencionados). Hemos de planteárnosla con respecto al Derecho en toda su extensión y no limitándola tan sólo a sus patrones suprapositivos, sino incluyendo así mismo expresamente su validez real, positiva. Precisamente a

7 Kelsen, en Franz Martin Schmoelz: *Das Naturrecht in der Politischen Theorie* (Internationales Forschungszentrum für Grundfragen der Wissenschaft in Salzburg), 1963, pág. 148.

propósito de esta problemática lamentaba Adolf Merkel,⁸ ya en el año 1890, que hubiera suscitado tan sólo un leve interés científico la cuestión de qué es y de qué depende la fuerza de obligar de las disposiciones jurídicas, en contraste con la de qué *debe* depender *razonablemente* o pensarse que depende esa fuerza de obligar. Merkel achacaba esto al carácter “idealístico” que había prevalecido hasta entonces en la Filosofía del Derecho y del Estado, refiriéndose principalmente a las doctrinas iusnaturalistas y a los sistemas metafísicos del idealismo alemán. La verdad es que a éstos no les había planteado ningún problema especial la *realidad* de sus principios racionales, dada la identificación por ellos postulada entre razón y realidad. Por lo demás, aun independientemente de esto, la necesidad de establecer los criterios de la *realidad* y de la *positividad* de un Derecho se habría planteado como consecuencia del principio *nulla poena sine lege*, que se había impuesto en todos los países cultos a lo largo del siglo XIX. Pero a esto se añadió, además, precisamente el derrumbamiento del mundo conceptual idealístico, que trajo consigo sucesivamente, en la primera mitad del siglo XIX, la ruina del Derecho natural, del idealismo alemán y, finalmente, también de la doctrina del espíritu del pueblo que profesaba la escuela histórica. Dicho derrumbamiento tuvo como resultado dos consecuencias contrapuestas: por una parte, se convirtieron en problema especial los fundamentos *reales* del Derecho que hasta entonces apenas habían sido tenidos en cuenta –los elementos

8 Adolf Merkel, en *Holtzendorffs Enzyklopedie der Rechtswissenschaft*, 5a. ed., 1890, tomo I, págs. 13, 89 y siguiente.

de su “efectividad”–; pero, por otra parte, desaparecieron del concepto de Derecho –cada vez con más claridad– los factores “ideales” de la “normatividad”, de la “legitimidad” y la fuerza de obligar.

5. Teorías del reconocimiento individual

Esto se manifestó ya muy pronto, en el año 1813, en el escrito de juventud de Carlos Teodoro Welcker,⁹ que contiene las bases de las que luego se denominarán “Teorías del Reconocimiento Individual”. Welcker se anticipó, en abierta oposición con la filosofía dominante en su tiempo (1813), y con extraordinaria originalidad, a las ideas relativistas, que no llegaron a manifestarse plenamente sino unos cien años después: los conocimientos y los puntos de vista logrados por la razón no gozan de validez general objetiva; cada hombre, sumido como está en la individualidad de su captación sensible, no puede conocer lo absoluto más que modificado y condicionado, a través de su individualidad y de los grados de sus fuerzas de ánimo y de espíritu. Toda verdad terrena es tan sólo una verdad relativa, no absoluta; no pueden aspirar nunca a la validez general, al menos las que no se apoyen, como la verdad lógica, la matemática o la de la experiencia sensible, en las invariables leyes del pensamiento o en la percepción sensible, sino, como las verdades prácticas, en la raíz más íntima de la subjetividad, en el sentimiento y en la conciencia, sin que se pueda llegar nunca por mucha agudeza filosófica que se tenga, a una concepción de igual

9 Carl Theodor Welcker: *Letzte Grunde von Recht, Staat und Strafe*, 1813. Es mérito de Hans-Ludwig Schreiber: *Der Begriff der Rechtspflicht*, 1966, el haber “redescubierto” para la filosofía del Derecho a Welcker.

generalidad.¹⁰ Conectando aparentemente con el concepto kantiano de la autonomía, elimina el presupuesto decisivo de ésta —es decir, la ley moral objetiva— y la concibe como la voz de la conciencia individual dirigida por los sentimientos y los conocimientos de cada uno; es la única legisladora con validez general, no para todos, sino para cada uno en particular, por lo que nunca podrá ser conocida y controlada por los demás.¹¹ Partiendo de esta base, no podía llegar a la afirmación de un orden *exterior* —el Estado y el Derecho— sino apoyándolo en un reconocimiento expreso o tácito.¹²

6. La teoría del reconocimiento en el Derecho Internacional

En este punto reestablece en sustancia la antigua teoría iusnaturalista del contrato, aun cuando subrayando con insistencia frente a ella que el reconocimiento no puede ser simplemente presupuesto *idealmente*, sino que en cada caso “tiene que poderse demostrar con certeza como la condición fundamental del Derecho”.¹³ Por lo demás, luego se apartó de este punto de vista, en Enciclopedia del Estado editada por él en unión con Rotteck, en cuanto que exige un verdadero reconocimiento individual tan sólo para el Derecho Internacional, opinando, por el contrario, con respecto a las relaciones intraestatales, que puede “suplirse” de alguna manera en ciertos casos especiales el reconocimiento de los interesa-

10 Welcker, *Ob. cit.*, pág. 28 y sg.

11 *Ibidem*, págs. 30 y 73.

12 *Ibidem*, pág. 81.

13 *Ibidem*, pág. 81.

dos, con tal que se reconozca en *general* el conjunto de la situación jurídica y constitucional.¹⁴

La teoría del reconocimiento individual de Welcker, que cayó inmerecidamente en el olvido durante mucho tiempo, contiene en germen los elementos esenciales de todas las posteriores teorías del reconocimiento individual hasta la época actual: la Teoría Psicológica del Derecho, unos sesenta años posterior, de Ernesto Rodolfo Bierling, por un lado convirtió el reconocimiento “indirecto”, que ya asomaba en Welcker, en pura ficción, para escarnio de sus críticos (en especial de Kelsen); y por otro lado, la Teoría del Derecho “autónomo” desarrollada en la actualidad por Rudolf Laun, que suena como un eco del concepto cuasikantiano, manejado por Welcker, de la autonomía y de sus consecuencias.¹⁵

7. El problema de la legitimación

El motivo impulsor de las teorías del reconocimiento individual es el problema de la *legitimación*: ¿Cómo puede el Derecho, en calidad de orden externo, que rige la convivencia humana con un poder de coacción, obligar a los individuos, en el caso de que falten pautas de validez general? Intenta dar una respuesta a esta cuestión. Aun cuando esta respuesta, apoyada en experiencias internas individuales (en el acuerdo individual, en la aprobación

14 Rotteck–Welcker: *Staatslexikon*, 3a. ed., tomo 1, pág. 528.

15 Sobre Ernest Rudolf Bierling y Rudolf Laun, *cfr.* Hans–Ludwig Schreiber: *Der Begriff der Rechtspflicht*, 1966. Sobre Laun, también Welzel: *Gesetz und Gewissen*, en *100 Jahre Deutsches Rechtsleben*, 1960, tomo 1, págs. 383 y sgs. Versión castellana de E. Garzón Valdés, incluida en el vol. *Más allá del Derecho natural y del positivismo jurídico*, Córdoba (Rep. de Arg.) 1962. (N. del T.)

por medio del sentimiento jurídico o la conciencia de cada uno) no sólo tiene forzosamente que conmover hasta lo más profundo¹⁶ la existencia fáctica del Derecho, su efectividad, sino que además no puede conseguir su meta, de fundar una auténtica obligación, puesto que esto tendría que presuponer la aceptación de una instancia *objetiva*.

8. La teoría del reconocimiento general

Si se proclama por la teoría jurídica *actual*¹⁷ que no cabe “ninguna duda de que la validez real de cualquier norma jurídica se debe a su aceptación y aplicación en una comunidad humana”, no es sino la teoría del reconocimiento *general* la que queda aludida con esta expresión. Por lo demás, esta caracterización no hace apenas más que darnos un marco general, dentro del cual caben contenidos muy variados que interesa precisar, en caso de que se plantee la cuestión de la pertinencia de un contenido al Derecho positivo.

9. La aceptación de la ley

Se puede hacer remontar los orígenes de la teoría del reconocimiento general hasta la mitad del siglo pasado, cuando el jurista de Lubeck J. Bremer¹⁸ expresó, en 1858, la opinión de que la voluntad del legislador no basta para crear Derecho, sino que se requiere en todo caso la *aceptación* de la ley por parte de aquéllos que han de estar some-

16 El consenso puede desaparecer en cualquier momento; la conciencia, y no digamos el sentimiento, son en alto grado personales.

17 Ulrich Schuner: *Jahrreiss-Festschrift*, 1964, pág. 365.

18 J. Breemer: “*Die authentische Interpretation von Gesetzen*”, en *Jahrbuch des Gemeinen deutschen Rechts*, edit. por Bekker y Muther, tomo 2 (1858), pág. 284.

tidos a ella, es decir, que se ha de añadir la convicción de los súbditos acerca de la obligatoriedad de la norma propuesta.¹⁹ No se trata de un aplauso general; no se excluye el imperio de una ley por el hecho de que haya muchos que no *aprueben* su contenido, si continúa existiendo, no obstante, la conciencia de que hay que obedecerla. Las mismas ideas se encuentran de nuevo, alrededor del año 1880, en Georg Jellinek²⁰ y en Oskar Bülow²¹ —evidentemente sin ninguna relación con sus antecesores— y encuentran su exposición más matizada en Adolf Merkel, especialmente en su *Teoría General del Derecho* del año 1890.²² En contraste con Jhering, que en su obra *El fin en el Derecho* había destacado el momento de la *coacción*, Merkel le atribuye a ésta tan sólo un papel subsidiario y subordinado en comparación con las propiedades que hacen que el Derecho pueda contar

19 Contra esto alegaba Kelsen (en su *Hauptprobleme*, pág. 365) la objeción que parece inmediata y que ya Seligmann había hecho valer en sus *Beiträgen zur Lehre vom Staatsvertrag*, tomo 1 (“Der Begriff des Gesetzes”), 1886, pág. 129: “¿Cómo pueden estar convencidos los súbditos de la inviolabilidad, si ésta se establece como consecuencia de la convicción?” A esto responde la teoría del reconocimiento de manera parecida a como había respondido Kelsen a la cuestión de la condición para la validez de una norma jurídica, es decir, que la norma jurídica tiene que ser vigente, o en otros términos, “aplicarse y ser obedecida en general” (v. *infra*, págs. 102–3). Tan sólo se diferencia la teoría del reconocimiento a este respecto de Kelsen en que, mientras éste pone esta cuestión entre paréntesis, ella pretende dar una descripción y una interpretación de la efectividad o de la autoridad del Derecho (que no depende precisamente del reconocimiento por parte de *cada uno de los individuos*). Por lo demás, la teoría del reconocimiento tampoco nos proporciona lo que muchas veces se ha esperado de ella y que Kelsen mismo le atribuyó, a saber: un establecimiento de la fuerza de *obligar* del Derecho (v. *infra*, pág. 109).

20 Georg Jellinek: *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, 1880, págs. 16 y sig.

21 Oskar Bülow: *Gesetz und Richteramt*, 1885, págs. 3 y sig.

22 Adolf Merkel: *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiete der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts*, 1890, tomo 2.

con una obediencia *voluntaria* a sus preceptos en el *mayor número* de sus casos; un orden impuesto por la fuerza no se convierte en un orden jurídico, sino en el momento en que se incline a su favor la mayor parte de las fuerzas morales de un pueblo, es decir, cuando el comportamiento inequívoco de la población le reconoce la propiedad de ser una pauta orientadora de la conducta.²³

Aun cuando Merkel no empleaba en esta ocasión la expresión “reconocimiento” y no señalaba plenamente la diferencia terminológica entre el reconocimiento general y el individual, esto tuvo lugar a comienzos del siglo XX (en 1903) por obra de Hold von Ferneck:²⁴ para poder considerar un complejo de normas como Derecho no es necesario que sean reconocidas esas normas por todos y cada uno de los sometidos a ellas; “Tratándose de un poder general, basta con que lo reconozca la inmensa mayoría de los que a él están vinculados”.

10. La validez empírica

Fue decisivo en la evolución ulterior que Georg Jellinek²⁵ acogiera la teoría del reconocimiento así formulada en su famosa *Teoría General del Estado*, y precisamente para determinar el concepto de Derecho: la positividad del Derecho descansa siempre, según él, en último término en el convencimiento de su validez, existente en la mayoría del pueblo. Con respecto a la parte del pueblo que no cons-

23 Adolf Merkel. *Ob. cit.*, tomo 2, págs. 590 y sig.

24 Hold v. Ferneck: *Rechtswidrigkeit*, tomo 1, págs. 97 y 188.

25 Georg Jellinek: *Allgemeine Staatslehre*, 3a. ed., pág. 334, nota 1 (hay versión castellana de Fernando de los Ríos, diversas ediciones) (N. del T.)

tituye esa mayoría, piensa Jellinek que se trata de un pequeño círculo de personas y de casos aislados. Es posible que haya sido Jellinek de quien tomara la teoría del reconocimiento Max Weber.²⁶ Éste designa el reconocimiento con la expresión de “consentimiento” como la “probabilidad por término medio” de que los afectados por la disposición impuesta, la consideren de hecho prácticamente como válida para su comportamiento –sean los que fueren los motivos en que se apoyen–, esto constituiría el fundamento de la validez “empírica” o “sociológica”, que él distingue de la jurídica o del deber (validez “ideal”).²⁷

11. Diferenciación entre derecho y coactividad

La Teoría del Reconocimiento General se convirtió en la época siguiente en la doctrina dominante,²⁸ sin que

26 Por primera vez en su crítica a Stammler: *Gesammelte Aufsätze Zur Wissenschaftslehre*, 1951, págs. 345 y sgs.

27 Max Weber: *Wissenschaftslehre*, págs. 468 y 473; *Gesammelte Aufsätze zur Soziologie und Sozialpolitik*, 1924, pág. 477; *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1956, págs. 181, 188, 398 y sgs. (hay versión castellana: *Economía y Sociedad*, México, 1960, pág. 53). Cfr. también Winkelmann, *ibid.*, pág. 22, nota 5.

28 Se han expresado en el mismo sentido que la teoría general del reconocimiento, además de los autores citados en el texto: Ernest Beling: *Revolution und Recht*, 1923, pág. 18; *Festschrift für Heck*, Rumelin, Schmidt, 1931, pág. ii; Paul Bockelmann: *Einführung in das Recht*, 1963, pág. 104; E. W. Bockenforde: *Collegium Philosophicum*, 1965, pág. 297; Helmut Coing: *Grünzüge der Rechtsphilosophie*, 1950, pág. 237; Georg Dahm: *Deutsches Recht*, 2a. ed., 1963, pág. 33; Conde Dohna: *Kernprobleme der Rechtsphilosophie*, 1940, págs. 49 y sgs.; Martin Drath: *Grund und Grenzen der Verbindlichkeit des Rechts*, 1963, págs. 40–1; Hermann Drost: *Das Ermessen des Strafrichters*, 1930, pág. 1; Karl Engisch, en *Zeitschrift für die Ges. Strafrechtswissenschaft*, tomo 75, pág. 610; O. A. Germann: *Grundlagen der Rechtswissenschaft*, 1950, pág. 22; Nicolai Hartmann: *Probleme des geistigen Seis*, 3a. ed., 1962, pág. 275; Herman Heller: *Allgemeine Staatslehre*, 1934, págs. 191 y sgs., 222 y sgs., 423, 258 y sg. (hay versión castellana de L. Tobío: *Teoría del Estado*, México, (FCE), 1942), (N. del T.); Heinrich Henkel: *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 1964, págs. 442 y sgs. (Hay versión

hiciera progresos el esclarecimiento conceptual que se había iniciado con Max Weber. En primer lugar, quedaron con bastante frecuencia sin considerar²⁹ diferencias que la separan de la teoría del reconocimiento individual; pero, sobre todo, se le atribuyeron unas funciones que no estaba en absoluto en condiciones de cumplir: no puede agotar el concepto de Derecho; más bien, lo único que puede hacer es proporcionar algún establecimiento sobre un aspecto parcial del concepto del Derecho, a saber: su *positividad*, *factividad* o efectividad. En este aspecto es, por lo demás, imprescindible, permite evitar la identifi-

en castellano de E. Gimbernat: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, (Taurus), 1968), (N. del T.); Alej. Hold von Ferneck: *Die Rechtswidrigkeit*, I (1903), págs. 97 y 188; Hans Huber: “Über die Geltung des Volkerrechts”, en *Schweiz. Jahrbuch für Internationales Recht*, 1951, págs. 55 y sgs.; Gerhard Husserl: “Rechtskraft und Rechtsgeltung”, 1925, págs. 72 y sg.; Hermann Jahrreis: *Berechenbarkeit und Recht*, 1927, págs. 19 y sg.; Karl Larenz: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1960, págs. 144, 148 y sg. (hay versión castellana de E. Gimbernat: *Los Métodos de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, (Ariel), 1965), (N. del T.); Gerhard Leibholz: *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 1925, pág. 65; Max Ernest Mayer: *Rechtsnormen und Kulturnormen*, 1930, pág. 18; Hans Nawiasky: *Allgemeine Rechtslehre*, 3a. ed., 1948, pág. 19 (hay versión castellana de J. Zafra: *Teoría General del Derecho*, Madrid (Rialp), 1962) (N. del T.); Max Rumelin: *Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts*, 1928; Ulrich Scheuner, en *Zeitschrift f. Ausländisches öffentliches Recht und Volkerrecht*, tomo 13 (1950), pág. 569; “Staatsverfassung und Kirchenordnung”, en *Festgabe für R. Smed*, 1962, pág. 253; en *Festschrift für Hermann Jahrreis*, 1964, pág. 365; en *Jahrbuch für Internationales Recht*, tomo 12 (1965), págs. 21 y sg.; Félix Somlo: *Juristische Grundlehre*, 1917, pág. 103; Rudolf Stammler: *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911, pág. 13; Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 1928, pág. 168 (hay versión castellana, de W. Roces, Madrid, (Reus), 1930) (N. del T.); Reinhold Zippelius: *Westungsprobleme im System der Grundrechte*, 1962, págs. 131 y sgs.; sin embargo, él mismo discrepa en *Neue Juristische Wochenschrift* (1964), págs. 1981 y sgs. (1966). Cfr. también O. A. Germann: *Probleme und Methoden der Rechtsfindung*, 1965, págs. 17 y sgs.

29 Típico a este respecto es, p. ej., Ernest Beling: *Revolution und Recht*, 1923, pág. 18.

cación, tan cargada de consecuencias, de la positividad (facticidad) que corresponde a la *validez jurídica* con la pura “viabilidad” de un mandato y diferenciar el Derecho de los puros actos de fuerza o de coacción, incluso ya a nivel de su positividad.

La confusión de ambos aspectos es ya antigua; se remonta a Christian Thomasius con su definición del deber jurídico como *obligatio externa* y la caracterización del mismo en virtud de la *coactio*.³⁰ En ella se apoya la doctrina de Jhering sobre el Derecho como norma coactiva y, en el siglo XX, la defienden con calor, sobre todo Kelsen y Binder;³¹ Binder no la abandona hasta el año 1935,³² mientras que Kelsen continúa todavía hoy defendiéndola. En el año de 1911, en su discurso rectoral de Erlangen, advertía agudamente Binder³³ que la validez del Derecho se funda “exclusivamente en su capacidad para imponerse”. Fundamentaba esta tesis en la concepción de que el Derecho es una forma de la coacción, ciertamente una coacción regulada, que no viene a ser otra cosa más que un orden de la coacción.

Pero ¿es sostenible esta idea?, ni siquiera al nivel de la coacción se patentiza de un modo muy significativo en la interpretación que obliga a dar del concepto de deber

30 Cfr. mi *Naturecht und materiale Gerechtigkeit*, 4a. ed., 1961, págs. 164 y sgs. (Hay versión castellana de F. González Vicén: *Derecho natural y justicia material*, Madrid, (Aguilar), 1957) (N. del T.); Hans Ludwing Schreiber: *Der Begriff der Rechtspflicht*, 1966.

31 Kelsen: *Hauptprobleme*, 1911, págs. 212 y sgs.; Binder: *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, 1912.

32 Binder: *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*, 1935, pág. 141.

33 Binder: *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, 1912, pág. 47.

jurídico. Tanto Binder³⁴ como Kelsen³⁵ están de acuerdo en manifestar que lo entienden como una mera responsabilidad sujeta a un acto de coacción por parte del Estado, distinguiendo Kelsen, con más exactitud que Binder, entre la responsabilidad por la conducta propia y la responsabilidad por la conducta de otros (responsabilidad en sentido más estricto). En un principio había manifestado Binder³⁶ que “la norma jurídica se dirige tan sólo a los órganos del Estado, y solamente a éstos es a los que manda comportarse de determinada manera; el precepto legal sólo los obliga a ellos y no a los miembros de la comunidad jurídica, que son más bien meros objetos de la voluntad legisladora o de su realización por parte de los órganos del Estado”.

12. La validez del derecho

Pero si el “deber jurídico” no es más que la “responsabilidad sujeta” a un acto de coacción, ¿no será preciso que valga esto por igual respecto a los órganos del Estado que respecto a los simples ciudadanos? Porque tampoco el órgano del Estado puede estar “obligado” más que en cuanto está sometido al acto de coacción procedente de un órgano estatal más elevado, etc. Binder no advirtió esta dificultad hasta el año 1925 en su *Filosofía del Derecho*, sin resolver por lo demás el dilema, y especialmente sin

34 Binder: *Ob. cit.*, pág. 45; *Rechtsphilosophie*, 1952, págs. 353, 745; *Der Adressat der Rechtsnorm*, 1927, pág. 73.

35 Kelsen: *Reine Rechtslehre*, 2a. ed., 1960, pág. 125.

36 Binder: *Rechtsphilosophie*, pág. 745: de manera semejante se expresaba ya Ihering: *Der Zweck im Recht*, tomo 1, pág. 338: “Las normas jurídicas son simplemente pautas reguladoras del manejo del poder de coacción estatal”.

observar que la teoría de la coacción le había llevado a un inevitable *regressus in infinitum*. Por fin, Kelsen se ha ocupado de ese dilema, planteado por Alf Ross.³⁷ Trata de resolverlo desligando su concepto del “deber jurídico”, es decir, del sometimiento a la coacción por parte de los individuos, del concepto de “deber”, entendiendo por “deber” en este caso, no sólo el “mandar”, sino incluso el “dar poder”.³⁸ Seguro esto, el órgano del Estado no estaría “obligado”, sino que tan sólo “tendría poder” para imponer la coacción; y si se dice que también él debe estar *obligado*, esto será tan sólo en cuanto que haya un órgano superior con poder para imponer al inferior, etc. Por consiguiente, continúa subsistiendo el *regressus in infinitum*. Pero, aun prescindiendo de esto, no sólo sería un extraño uso del lenguaje equiparar el *deber* con el *poder*, sino que ante todo esto no reflejaría fielmente la situación jurídica de los supremos órganos del Estado; en efecto, éstos no están *dotados de poder* por las prescripciones constitucionales carentes de sanción, para obrar según su voluntad, de una manera o de otra, sino que están *obligados* a actuar precisamente de una determinada manera.³⁹ “La cima de la organización señala en todo caso el límite del orden jurídico coactivo”.⁴⁰ *Quis custo-*

37 Alf Ross: *Towards a Realistic Jurisprudence*, Kopenhagen, 1946, pág. 75 (hay versión castellana de J. Barboza, Buenos Aires, (A. Perrot), (1961) (N. del T.) *Jahre Deutsches Rechtslehren*, 1960, tomo I, pág. 387 (versión castellana ya citada).

38 Kelsen: *Reine Rechtslehre*, pág. 124, nota.

39 Véase un ejemplo en Germann: *Grundlagen der Rechtswissenschaft*, 1950, pág. 9.

40 Herman Heller: *Allgemeine Staatslehre*, pág. 269 (versión castellana ya citada).

diet custodes ipsos? Pero aun cuando sea precisamente en este caso extremo donde se revela con especial claridad la limitación de la coacción jurídica, en modo alguno afecta esto todavía a lo esencial. Lo esencial es, más bien, que los límites de la coacción se refieren al orden jurídico como totalidad y no sólo a sus supremas normas constitucionales. “Todavía no se ha inventado un aparato de coacción capaz de dar validez a todo el conjunto y de mantenerlo en ella, con otras palabras: no puede imponer por la coacción que ésta se aplique”.⁴¹ Por eso tenía razón Leibholz cuando, ya en el año 1925, señalaba como característica del concepto de validez empírica del Derecho su “capacidad para imponerse”, pero únicamente en el caso de que “por imposición se entienda el sentimiento de vinculación a las normas por parte de sus destinatarios”.⁴² Validez del Derecho es el “consenso de legitimidad”, a consecuencia del cual “los que obedecen lo hacen por la razón de que consideran como vinculante también respecto a ellos la relación general de dominio”.⁴³ La validez positiva, o sea, la validez jurídica, no la tiene el Derecho solamente, ni siquiera en primer

41 Walter Burkhardt: *Methode und System des Rechts*, 1936, pág. 186.

42 Gerhard Leibholz: *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 1925, pág. 66. Por eso Leibholz considera como un orden jurídico el orden nuevo surgido de una revolución, desde el momento en que su capacidad efectiva para imponerse va unida al sentimiento de su obligación de los sujetos a él: “Así se convierte la norma jurídica y queda sellado como un orden jurídico específico el que hasta entonces era más o menos tenido en cuenta y acatado”. Hasta que se llegue a esa situación, por consiguiente, mientras los dos órdenes luchan todavía por su existencia, lo que rige desde el punto de vista jurídico es un caos y no estamos todavía ante un orden jurídico positivo.

43 Max Weber: *Wissenschaftslehre*, pág. 470.

lugar, porque sea *capaz de imponerse*, sino porque, en términos generales, los sometidos a él lo *consideran como obligatorio*.⁴⁴

13. La validez jurídica y sociológica de una norma

Ahora bien, el elemento del reconocimiento general parece conferir, sin embargo, al concepto de validez jurídica un “elemento de inseguridad”⁴⁵ que es extraño a la consideración jurídica en cuanto tal. Así, por ejemplo, el juez tiene que partir en sus decisiones de una clara alternativa: o vale una norma jurídica o no vale. Pero no puede el juez adoptar su decisión sobre la base de un grado mayor o menor de probabilidad de la validez de la norma jurídica. Max Weber⁴⁶ ha dado una formulación precisa a esta diferencia entre la consideración “sociológica” y la “jurídica”: “La validez de una norma jurídica en el sentido sociológico es un juicio empírico de probabilidad sobre unos hechos; la validez en sentido jurídico es un deber ser lógico, y una y otra son dos cosas completamente distintas”.

Sin embargo, en cierto modo ambas están relacionadas entre sí, e incluso la teoría jurídica más enemiga de la sociología, la “Teoría Pura del Derecho” de Kelsen,⁴⁷ se ve precisada a hacer depender la normatividad del Derecho de su efectividad. El orden jurídico en su totali-

44 Cfr. especialmente Herman Heller: *Allgemeine Staatslehre*, págs. 191 y sgs.

45 Así Rudolf Stammler: *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1928, pág. 161.

46 Max Weber: *Soziologie und Sozialpolitik*, págs. 477 y sg.

47 Kelsen: *Reine Rechtslehre*, págs. 212 y sg.

dad y cada una de las normas jurídicas en particular tienen que ser “efectivas en términos generales”, es decir, tienen que “ser aplicadas y obedecidas en general”.⁴⁸

Pero ¿qué significa “ser obedecidas en general”? En cualquier caso, no que tenga que ser conocida y reconocida *cada* una de las normas, que era el punto de donde había partido la Teoría del Reconocimiento Individual y que sólo gracias a múltiples ficciones pudo mantener. Ya antes había tocado el núcleo de la cuestión el fundador de la Teoría del Reconocimiento General. Adolf Merkel,⁴⁹ al hablar de la “alianza de las prescripciones jurídicas con las fuerzas morales vivas en un pueblo”. No se trata de reconocimiento de las *normas jurídicas*, sino de los *principios jurídicos fundamentales*. Quien más exactamente lo ha expresado ha sido Hermann Heller,⁵⁰ aun cuando siguiendo sustancialmente a Adolf Merkel: “Todo grupo humano dominante necesita, a la larga, vivir en la creencia de que sus principios jurídicos fundamentales, y por medio de éstos, también los simples preceptos del Derecho, poseen una fuerza de obligar general que vincula también a los súbditos”. Por lo demás, no puede quedar fuera de nuestra consideración otro aspecto del reconocimiento, al que dio expresión la fórmula del Conde Dohna, de que no importa tanto el acuerdo en cada caso con el

48 Kelsen. *Ob. cit.*, pág. 218; de manera similar, Félix Somlo: La norma jurídica es la “norma de un supremo poder generalmente acatado, amplio y con carácter de permanencia”, *Juristische Grundlehre*, 1917, pág. 105

49 Adolf Merkel: *Gesammelte Abhandlungen*, II, pág. 590.

50 Herman Heller: *Allgemeine Staatslehre*, pág. 191; igualmente Hans Huber: “Über die Geltung des Völkerrechts”, en *Schweizerisches Jahrbuch für Internationale Recht* (1951), págs. 79 y sgs.

contenido jurídico como la “no impugnación del dominio del Derecho”.⁵¹

Esta indicación subraya acertadamente la decisiva significación de la instalación de un poder jurídico supremo, cuyos mandatos traen consigo la “presunción” de su fuerza de obligar, tan pronto como ese poder ha logrado el reconocimiento general como poder *jurídico*. Sin embargo, dicha “presunción” necesita, a la larga, de una confirmación incluso en cuanto al contenido (de las normas jurídicas fundamentales). Por consiguiente, las dos fórmulas no están en contradicción una con otra, sino que se complementan mutuamente.

14. La pérdida de validez de las normas

La pérdida de validez de las normas puede reducirse a determinados conjuntos de las mismas. Desde el punto de vista histórico, las que se han manifestado como más frágiles han sido las que se refieren a la institución misma del poder, es decir, las normas constitucionales propiamente dichas. Más estables son las regulaciones de las condiciones de la sociedad. El Derecho Penal y el Derecho Civil del Imperio Alemán han mantenido su validez, respectivamente, desde el año 1871 y desde el año 1900, a través de cuatro regímenes políticos diferentes, sobre todo en los sectores que regulan las relaciones jurídicas de los ciudadanos entre sí, y continúan aún rigiendo hoy en día (1965), a pesar de la división, en las dos Alemanias, incluso con la misma formulación legal.

51 Conde Dohna: *Kernprobleme der Rechtsphilosophie*, 1940, pág. 50.

Sin embargo, aun en medio del mantenimiento de las fórmulas, no quiere esto decir que a lo largo de este prolongado período de Derecho haya sido siempre “el mismo”. El Derecho de cada momento es el que se *aplica*, al mismo tiempo que se transforma con esa aplicación. Dicha transformación se realiza en primer término por medio de la Jurisprudencia,⁵² que concreta los principios jurídicos abstractos y con ello, por una parte, los acomoda a las nuevas condiciones de la realidad efectiva, y, por otra, los dota de una nueva interpretación de acuerdo con las concepciones valorativas en vigor.⁵³ Por consiguiente, las “estaciones de conexión” para pasar de la validez “sociológica” a la “jurídica” (es decir, a la validez del

52 Apoyándose ésta, a su vez, en gran medida en la labor previa de la *doctrina jurídica*; véase también nota 53.

53 Los tribunales tienen que “elaborar el Derecho en el sentido de que hay que llenar las lagunas de la ley y extraer de los principios generales del Derecho las normas jurídicas positivas, acomodándolas a las legítimas exigencias de una realidad social siempre cambiante”. Sentencia del Tribunal Supremo, en *Neue Juristische Wochenschrift* (1959), pág. 2262. *Cfr.*, sobre toda esta materia, Adolf Arndt: “*Gestzesrecht und Richterrecht*”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, (1963), págs. 1273 y sgs. Fundamental a este respecto en Esser: *Grundsatz und Norm*, 2a. ed., 1964 (hay versión castellana de E. Valentí Fiol de la 1a. ed. alemana de 1956, Barcelona (Bosch), 1961) (N. del T.); Wieacker: *Gesetz und Richterkunst*, 1957.

54 La validez jurídica de las concreciones de los preceptos jurídicos abstractos se limita a cada decisión judicial. Si se repiten las concretaciones *en el mismo sentido* con unas “decisiones constantes”, surge una determinada “práctica judicial”. Esa práctica judicial en sí misma no tiene más validez *sociológica*, no jurídica. La interpretación contenida en la práctica judicial correspondiente no tiene validez jurídica para un juicio posterior más que en cuanto éste la incorpore por *reconocerla* como la interpretación *jurídicamente querida y vinculante*. Por el contrario, la práctica en cuanto tal no tiene validez *jurídica* respecto a un juicio posterior, ni siquiera una validez “efectiva” (fuera del caso en que haya llegado a convertirse en un Derecho consuetudinario, como ocurrió hasta el año 1943 con la interpretación de las prescripciones sobre la participación en el sentido de la

Derecho) son fundamentalmente los Tribunales.⁵⁴ En este sentido puede hablarse con toda razón de una precedencia en la “vigencia” (del Derecho) respecto al reconocimiento general, por obra de los tribunales,⁵⁵ aun cuando también los tribunales son, en muchos aspectos, simples “instrumentos” de la “vigencia” del “espíritu de la

accesoriedad extrema). Por eso envuelve una gran confusión e induce a error el hablar a propósito de una práctica judicial de “validez jurídica efectiva”, como lo hacen las sentencias del Tribunal Supremo en materia civil, 23, págs. 184 y 187 (y de modo parecido también Larenz: *Methodenlehre*, págs. 271 y 302). El uso o práctica de los tribunales es una realidad puramente sociológica, es decir, estadística, *sin pretensión de vincular*. La validez jurídica efectiva, en cambio, es la exigencia de un proyecto jurídico o de una costumbre, traída por su pretensión de vincular y que por eso es *aceptada*. De esa exigencia es inseparable el elemento de lo que se llama lo “normativo”, en el sentido de lo *que quiere obligar* y es *reconocido* como obligatorio. Por eso se presta a error la distinción de la validez *jurídica* “efectiva” y de la “normativa” del modo que la concibe el Tribunal Supremo, 23, pág. 187. Lo que había que preguntar más bien es si el legislador ha confirmado mediante su legislación posterior la práctica judicial en un caso concreto, como lo hizo, p. ej., en las leyes sobre el mercado del metal con respecto a la interpretación de la tipificación intrínseca del encubrimiento (*Cfr.* Frank, 259, V. 1). Una cuestión distinta, que rebasa la de la validez jurídica positiva y es independiente de ella, es la de si la pretensión de obligar que lleva consigo una norma y es reconocida (es decir, su validez jurídica positiva), está también *legitimada* (es verdaderamente debida) de tal manera que imponga una obligación auténtica, interna (no sólo una pretensión de obligación). Sobre eso hablaremos más adelante en el texto.

55 Así Bockelmann: *Einführung in das Recht*, pág. 105. *Cfr.* también la especial acentuación del papel de los tribunales en Karl Larenz: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, pág. 148.

56 *Cfr.* p. ej., Sentencias del Tribunal Supremo en materia penal, 4, pág. 24, sobre la medida de evaluación o la decisión del Tribunal Federal Administrativo, en *Neue Juristische Wochenschrift* (1960), pág. 1409, con respecto a la venta de preservativos en aparatos automáticos. Es especialmente interesante la aceptación de una indicación social, amparada por una fuerte corriente de la opción pública, en los casos de esterilización voluntaria, en Sentencias del Tribunal Supremo en materia penal, 20, pág. 81, acudiendo a la construcción de una (pretendida) laguna de la ley. Pero todavía se muestra de manera más impresionante la dependencia respecto a sus supuestos *sociológicos* de la validez *jurídica* que tienen que poner en práctica los tribunales en los casos en que, por razón de concurrir deter-

época”.⁵⁶

15. El espíritu objetivo

Por lo demás, cualquiera que sea la fórmula en que se exprese el substrato sociológico de la “vigencia” que corresponde al reconocimiento general –“conciencia general del Derecho”, “común convicción jurídica”, o bien, más estrictamente, “puntos de vista de la clase social dirigente y mejor considerada” (Beling, Nawiasky)–,⁵⁷ en todo caso se trata de contenidos espirituales comunes de la conciencia de muchos individuos:

minadas representaciones de los sujetos en las circunstancias de hecho, se rechaza la aplicación de una norma “válida”, como ocurrió en el año 1932, en los procesos contra el llamado movimiento de los campesinos de la Prusia Oriental en estado de necesidad, y en los años 1951 y 1952, con ocasión de la amenaza de huelgas para lograr la imposición del Derecho de cogestión y en la llamada huelga de los periódicos. En los dos procesos mencionados en primer lugar era indiscutible que se daban figuras de delito conforme a los arts. 129 y 240 del Código Penal y el art. 270 del Código Penal prusiano. Sin embargo, el Tribunal del Reich (el 28-IV-1932-2D 945/31) absolvió en consonancia con una fuerte corriente de opinión popular de la fase final de la República de Weimar, porque se suponía que los campesinos de la Prusia Oriental se habían encontrado en estado de necesidad putativo, y a este propósito no menciona siquiera la limitación otras veces exigida para el caso de estado de necesidad putativo (sentencias del Tribunal del Reich, 62, pág. 137), a saber, si los campesinos, al suponer, el “estado de necesidad”, habían sometido sus suposiciones a la comprobación obligatoria. Las amenazas de huelga de los años 1951 y 1952 caían, según la doctrina ampliamente dominante, bajo el tipo de delito correspondiente a la violencia sobre el Parlamento (artículo 105). Sin embargo, no se aplicó ningún castigo, porque, según la indicación que estaba autorizado a dar el ministro Federal de Justicia, sus autores se habían encontrado en un error invencible de Derecho (aun cuando el canciller federal Adenauer había advertido –con ocasión de la huelga de los periódicos– al entonces presidente del D. G. B. Fette, de la anticonstitucionalidad de la huelga). *Cf.*, sobre esto, Gerd Geilen: *Der Tatbestand der Parlamentsnotungung*, 1957, págs. 126 y sg.

⁵⁷ Ernest Beling: *Revolution und Recht*, 1923, pág. 18; Hans Nawiasky: *Allgemeine Rechtslehre*, 2a. ed., 1948, pág. 19.

de un grupo, de una mayoría, tal vez incluso de la totalidad de un pueblo. Se ha designado la “interior asimilación de los individuos” que “domina un grupo de personas, un pueblo, una época” con la expresión hegeliana del “espíritu objetivo que vive históricamente”.⁵⁸ Y no se pondría ninguna objeción contra esto si se hubieran considerado también como espíritu objetivo contenidos tales como la inquisición española, los procesos de brujas y las leyes de Nuremberg. Sin embargo, por lo general no se hace eso. Desde el principio se ha entendido por espíritu “objetivo” no lo real sin más (la constitución espiritual real de un pueblo, con inclusión de sus terribles defectos), si no tan sólo lo “verdaderamente” real, la “vida ética de un pueblo” (Hegel), la “fuerza interior del espíritu ético común en la conciencia de los hombres”.⁵⁹ Por eso en los cuatro períodos de la historia alemana más reciente a los que acabamos de aludir, y durante los cuales han subsistido algunas de las codificaciones del Derecho del Imperio Alemán, en *todos* esos períodos, y tal vez en el que menos sea precisamente el del imperio, el Derecho ha sido siempre igualmente interpretado y confundido, como “expresión y configuración”, no de la constitución espiritual del pueblo, sino “del espíritu obje-

58 Nicolai Hartmann: *Das Problem des geistigen Seins*, pág. 275; igualmente los neohegelianos Binder (*Grundlegung der Rechtsphilosophie*, 1935), Larenz (*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*); ahora también, Heinrich Henkel (*Einführung in die Rechtsphilosophie*, 1964), Zippelius (*Wertungsprobleme in System der Grundrechte*, 1962, pág. 131 y sgs.).

59 Así Karl Larenz: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, pág. 148, en conexión con Nicolai Hartmann.

tivo”.

III

La dignificación del derecho positivo

16. Fundamento sociológico del reconocimiento general

Ha sido una fatal equivocación –que sería imperdonable repetir después de las experiencias que hemos sufrido– elevar a la categoría de lo recto –normativo, de lo válido– objetivo, de lo valioso, de “espíritu objetivo”, el fundamento sociológico del reconocimiento general, es decir, la común convicción jurídica, la conciencia general del Derecho, o como se le quiera llamar. El reconocimiento general es *uno* de los presupuestos para el nacimiento del Derecho *positivo*. Todo mandato *legal* que encuentra un reconocimiento general se convierte así en Derecho positivo. Esto lo ha visto siempre mejor el tan denostado positivismo jurídico “psicológico” o “sociológico” que el sedicente “idealismo objetivo”. Por eso mismo no se ve en el compromiso y en la tentación de “interpretar” el Derecho positivo en el sentido expresado con peligroso patetismo por la frase de Walter Schonfeld⁶⁰ en el año 1929: “Todo Derecho positivo, por muy terreno que sea, es la justicia realizada en el tiempo y en el espacio, y de aquí proviene su dignidad”.

17. Importancia del reconocimiento general

60 Walter Schonfels: *Über den Begriff der dialektischen Jurisprudenz*, 1929, pág. 12.

Toda norma del poder estatal que encuentra reconocimiento (en el sentido que acabamos de indicar) es Derecho positivo. Por tanto, las normas que señalaron el proceder de la inquisición española, o las que dirigieron los procesos de brujas fueron Derecho positivo, al igual que las leyes de Nuremberg contra los judíos. Se les puede designar como “leyes que no son Derecho”, se pueden estrechar los límites del concepto de Derecho, si se le exige algún otro requisito, además del de la positividad; pero la propiedad de la *validez positiva* es algo que no se puede negar a estas normas. Por muy limitado que sea, pues, el papel que parece desempeñar en el concepto de Derecho el reconocimiento general, tiene, no obstante, una importancia fundamental: las leyes “a punta de bayoneta”, es decir, los mandatos del supremo poder estatal que ni siquiera pretenden lograr el asentimiento general, pueden, ciertamente, imponerse si se encuentran con súbditos bastante dispuestos, pero no llegan a alcanzar la validez positiva ni a ser derecho positivo. Y si contradicen a normas jurídicas positivas (reconocidas), son mandatos contrarios al Derecho.

Con esto quedaría suficientemente resuelta en el sentido de Bockelmann y de Lewald⁶¹ la cuestión estricta de la

61 Así ya en mi artículo de la *Neue Juristische Wochenschrift* (1964), pág. 521, con la distinción fundamental entre capacidad para imponerse y validez efectiva; de hecho en el mismo sentido Adolf Arndt, en *Neue Juristische Wochenschrift* (1964), pág. 487. También el Tribunal Supremo Territorial de Francfort, en su sentencia del 8 de agosto de 1947; Sentencias de los Tribunales Supremos, tomo I, págs. 67 y sgs.; *Suddeutsche Juristen-Zeitung*, tomo 2 (1947), columnas 621 y sgs., con la nota de Radbruch, y también con toda razón el juicio del proceso de Auswitz en Francfort, según Kofon, en *Neue Juristische Wochenschrift* (1965) pág. 1901.

que habíamos partido; sin embargo, ya desde el principio la habíamos planteado con mucha más amplitud de la exigida por el motivo concreto; porque, en último término, no se le puede resolver más que sobrepasando los límites del sector de la validez jurídica positiva.

El problema que queda por resolver nos lo plantea de la forma más apremiante la frase de Georg Jellinek:⁶² “A las víctimas de la inquisición española les ha de ser muy difícil reconocer que las normas en virtud de las cuales fueron juzgadas eran normas de Derecho”. Jellinek escribe esto a propósito de la fundamentación de la validez positiva del Derecho en la convicción de la gran mayoría del pueblo acerca de su valor. Su frase señala la frontera infranqueable para la Teoría del Reconocimiento General: “¿Por qué debe valer respecto a mí una norma por razón de que *otros* la acaten?”⁶³ Esta limitación no significa en modo alguno que la teoría del reconocimiento haya de ser falsa en cuanto a la explicación de la validez jurídica positiva; lo que significa más bien es, simplemente, que –sea como quiera la explicación que de ella se dé– con la afirmación de la validez positiva del Derecho no se *agota* el problema de la validez del mismo; después del problema de *efectividad* del Derecho surge el problema de la *legitimidad*: ¿Por qué el Derecho que ha logrado validez positiva en un Estado *debe* ser acatado también por aquéllos que no lo aprue-

62 Georg Jellinek: *Allgemeine Staatslehre*, pág. 334, nota 1.

63 Welzel: *Macht und Recht*, en el Homenaje a Hugelmann, tomo 2, pág. 841 (versión castellana de E. Garzón Valdés, incluida en el vol. *Más allá del Derecho natural y del positivismo jurídico*, Córdoba (Rep. Arg. 1962), (N. del T.).

ban? ¿Qué es lo que funda su fuerza de *obligar* respecto también del no conformista?

18. El punto de vista de la teoría jurídica realista

Para una teoría jurídica “realista”, tal como es, por ejemplo, la escuela de Upsala,⁶⁴ estas cuestiones no pasan de ser “puras quimeras”. La idea de una obligación “interior” sería tan ilusoria como también *son* vacías hipostatizaciones de expresiones de sentimientos meramente personales el concepto de la justicia o de otros valores normativos. Según tales tesis del “nihilismo teórico de los valores”⁶⁵ –una especie de dogmatismo “invertido” (empirista)–, hay que “dejar a un lado” la convicción de la minoría discrepante, por citar la expresión ya usada por Jellinek,⁶⁶ y esa minoría ha de acomodarse al destino deparado por el prevalente “Código de la interdependencia social”.

19. La postura nihilista

Apenas podremos entrar en discusión con estos puntos de vista, que reducen el Derecho a un “mecanismo de la interdependencia social”, si no es poniéndolos en relación con sus consecuencias.⁶⁷ Y éstas no cambian en nada ni se suavizan por el hecho de que los nihilistas del valor –como es, por ejemplo, el caso de Teodoro Geiger–⁶⁸ se

64 En conexión con Avel Hagerstrom, especialmente Lundstedt, Alf Ross, Theodor Geiger y otros.

65 Así Theodor Geiger, especialmente en sus *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 1947, págs. 239 y sgs.

66 Georg Jellinek: *Allgemeine Staatslehre*, pág. 334, nota 1.

67 Véase *infra*, pág. 121.

68 Theodor Geiger. *Ob. cit.* pág. 267.

muestran optimistas en lugar de pesimistas –como es, por lo demás, lo corriente– y partan de la creencia de que el “amor y la compasión”, puesto que son impulsos igualmente originarios que el “odio y la codicia”, han de obrar en la vida social en una dirección contraria a estos últimos. Aun prescindiendo de que se puede discutir cuál de las dos tendencias fundamentales contrapuestas –el amor y el odio– se han desenvuelto y se desenvuelven con más fuerza en la historia humana, el nihilista del valor se ve en todo caso precisado a tomar el influjo de ambas como algo situado plenamente en el mismo rango y a registrarlos en su pura facticidad –con inclusión de su propia toma de postura personal– en calidad de expresiones de sentimientos en alto grado personales.

20. La cuestión de la legitimidad

Quien no quiera conformarse con semejante “realismo” y sus fatales consecuencias para la vida social, se ha de encontrar con la cuestión de la *legitimidad*, ante un nuevo problema. Se ha tratado este problema en el campo del Derecho desde hace más de dos generaciones bajo el signo del “dualismo” de “ser” y “deber ser”. Tal dualismo es aquí de hecho inevitable; porque se trata de la diferencia que existe entre el “deber ser existente” de un “espíritu objetivo” histórico y la *legitimación* de cualquier espíritu histórico en virtud de algo absolutamente válido, verdaderamente vinculante, es decir, de esa diferencia que expresa de una manera típica la frase antes citada de Georg Jellineck sobre las víctimas de la Inquisición española. No se trata, pues, de ningún modo, en esta diferencia fundamental, de un mero corolario de

la teoría neokantiana del conocimiento, aun cuando apareciera bajo ese ropaje hace sesenta años. Por consiguiente, no depende en absoluto de las vicisitudes de esta última.⁶⁹

21. El “deber ser existente”

Mientras dos autores tan diferentes como Max Weber y Hans Kelsen⁷⁰ arrancan como de “la más elemental oposición” del contraste entre ser y deber ser, otros, como por ejemplo, Ernest Beling y Hermann Heller,⁷¹ consideran posible la unificación de ambos en un “deber ser existente”. Recientemente ha intentado incluso la moderna lógica matemática demostrar ese radical dualismo de “ser” y “deber ser”;⁷² por lo demás, sin comprobar si las dos posturas, la de reconciliabilidad y la de irreconciliabilidad, se refieren o no a dos contenidos totalmente diversos. El propio Kelsen⁷³ ha expuesto que se da ese deber ser existente: “El mandar y el prohibir son actividades que presuponen una relación de sub y supraordenación. El mandar es una función de dominio, la expresión de una rela-

69 Esto lo desconoce E. W. Bockenforde: “Die historische Rechtschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts”, en *Colloquium Philosophicum* (1965), pág. 29.

70 Max Weber: *Wissenschaftslehre*, pág. 127, nota 1; Kelsen: *Hauptprobleme der Staatslehre*, pág. 7; *Reine Rechtslehre*, 2a. ed., pág. 5.

71 Ernest Beling: *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, 1923, pág. 17; Hermann Heller: *Allgemeine Staatslehre*, pág. 385.

72 Ulrich Klug, en el homenaje a Kelsen: *Law State and International Order*, 1964, págs. 154-5; ya antes Franz Ahrmann: *Das Verhältnis von Sein und Sollen als ein Grundproblem des Rechts*, 1955.

73 Hans Kelsen: *Hauptprobleme*, pág. 226.

ción efectiva de poder. En la forma imperativa se expresa precisar entre esa relación de la sub y supraordenación: “Haz eso, deja de hacer eso ‘otro’, es lo que dice el poder que se impone”.⁷⁴

22. La autoridad en el derecho positivo

De hecho, toda la vida social humana está repartida en relaciones de subordinación y supraordenación. La anarquía no es una situación social que pueda prolongarse en la realidad; estrictamente entendida, no es más que una ficción o una utopía. Kelsen⁷⁵ opina ciertamente que la relación de sub y supraordenación tiene que quedar “al margen” del Derecho. Pero él mismo enlaza, sin embargo, el deber ser jurídico en su cumbre más alta, la norma fundamental hipotética, con la efectividad de una relación de poder. Y todas nuestras consideraciones precedentes sobre el concepto de la validez jurídica positiva estaban consagradas en realidad al esclarecimiento de una determinada relación de subordinación y supraordenación a saber: *al dominio del Derecho*, o sea, a la *efectividad* o –tal vez mejor– a la *autoridad*⁷⁶ de un Derecho positivo; por consiguiente, a la explicación de un deber ser existente.

23. Fundamentos para la distinción entre ser y deber ser

74 Kelsen: *Ob. cit.*, pág. 228.

75 Kelsen: *Ob. cit.*, pág. 228.

76 Autoridad (*Autoritat, authority*) es algo más y menos restringido que “efectividad”; se apoya en el “consenso de legitimidad”. *Cfr.* sobre esto (aun cuando desistiendo en parte) Arnold Ehrhardt: *Geltendes Recht*, en el homenaje a J. v. Gierke, 1950, págs. 36 y sg.

Pero el problema de la *legitimación* que hemos de plantear a este deber ser existente, a la efectividad o autoridad del dominio del Derecho, no puede resolverse acudiendo de nuevo a un juicio de existencia. Si las víctimas de la Inquisición –y no sólo ellas, sino también nosotros– no tenían por Derecho las normas positivas en las que se basaba su condena, y si no nos reducimos a registrar ese juicio –con criterio “nihilista de los valores”– como una expresión de sentimientos subjetivos, entonces es preciso que la validez de este juicio de valor provenga, en realidad, de otra dimensión distinta de esa a que hasta ahora nos hemos referido. Ahí es donde se ubica el fundamento para la distinción radical de ser y deber ser. Históricamente hay que añadir que, en la segunda mitad del siglo XIX, de la unión de un hegelismo superficial con un evolucionismo deslumbrante surgió la opinión de que lo debido no es otra cosa que la tendencia evolutiva de lo existente, de tal manera que hay un acceso científico seguro al deber ser partiendo de la consideración de lo que se *está haciendo*.⁷⁷ Max Weber se opuso con ahínco a esta opinión, que llegó a prevalecer incluso en la escuela histórica de la economía nacional (Roscher, Knies, Schmoller). Pero la que resultó decisiva fue la tesis de la *indemostrabilidad* de los juicios de valor, con la que ya a principios del siglo XIX, Karl Theodor Welcker se adelantaba a su tiempo. La misma tesis se encuentra a finales del siglo citado en Georg Simmel⁷⁸ y en el neokantis-

77 En sentido semejante, incluso también Adolfo Merkel: *Holtzendorffs Enzyklopedie*, I, pág. 90.

78 Georg Simmel: *Einleitung in die Moralwissenschaft*, 1892–1893, págs. 12 y sg.

mo sudoccidental, sobre todo en Heinrich Rickert, al que se refiere repetidas veces Max Weber. Gustavo Radbruch,⁷⁹ en una frase que se ha citado mucho, la formula de la siguiente manera: “Los principios del deber ser no son susceptibles de conocimiento, sino tan sólo de aceptación, de creencia”. Se impone la discusión de si se trata con esto de un verdadero “relativismo”. Rickert⁸⁰ y Max Weber⁸¹ rechazaron decididamente esa caracterización como una “tosca confusión”. Radbruch, por el contrario, profesó expresamente el “relativismo”, sin que por lo demás se apartara lo más mínimo en la realidad, es decir, en la convicción de la indemostrabilidad de los principios del deber ser y de los juicios de valor, de la postura de Rickert y Weber.⁸² Tampoco se diferencian entre sí en las consecuencias de su tesis fundamental: los lleva a la idea de una elección individual sin fundamento desde el punto de vista teórico que hay que tomar en una “decisión última”, desde lo más profundo de la propia personalidad y de la conciencia de cada uno. Según Rickert,⁸³ la filosofía en cuanto a ciencia tiene –“en su caso”– que “conformarse con poner unas al lado de otras las distintas formas de interpretación del sentido de la vida, partiendo del siste-

79 Radbruch: *Rechtphilosophie*, 3a. ed., pág. 9. Cfr. Rickert: *System der Philosophie*, tomo 1, pág. 150: “La validez de los valores éticos, estéticos, religiosos y otros valores culturales no teóricos están al margen de cualquier tipo de demostración científica”.

80 Rickert: *System*, págs. 151 y sg.

81 Max Weber: *Wissenschaftslehre*, pág. 449.

82 Sobre la historia del relativismo axiológico, cfr. Arnold Brecht, *Politische Theorie*, 1961, (hay versión castellana de J. M. Mauri: *Teoría Política*, Buenos Aires–Barcelona, (Depalma–Ariel), 1963), (N. del T.)

83 Rickert: *System*, pág. 407.

ma de valores, y con mostrar cuáles son consecuentes y cuáles no. Por lo demás, ha de contentarse con dejar luego al individuo particular *elegir* la concepción del mundo que se acomoda mejor a su propia manera de ser personal extra o supracientífica”. Con más dureza y vigor se expresa Max Weber:⁸⁴ “A propósito de los valores se trata, en último término, siempre y en todas partes no sólo de alternativas, sino de una insoslayable lucha a muerte, por el estilo de la media entre Dios y el diablo... El molesto pero inevitable fruto del árbol de la ciencia no es otro que éste precisamente: el saber y, por tanto, no tener más remedio que ver, a propósito de esos contrastes, que cada acción importante y en último término la vida entera, como totalidad, si no ha de deslizarse como un acontecer de la naturaleza, sino que ha de orientarse conscientemente, representa una serie de decisiones últimas a través de las cuales el alma, como en la doctrina platónica, va eligiendo su propio destino o, lo que es lo mismo, el sentido de su ser y de su obrar”.

24. La filosofía relativista del derecho

84 Max Weber: *Wissenschaftslehre*, pág. 493. El relativismo filosófico-jurídico del siglo XX procede de Max Weber; posteriormente aparece en Hermann Kantorowicz, en su artículo “Probleme der Strafrechtsvergleichung”, en *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, tomo 4 (1908), pág. 102: “La ciencia no le puede ahorrar a nadie tener que elegir entre los distintos puntos de vista”. Para luego a la Filosofía del Derecho de Radbruch, 1a. ed., 1914, y se encuentra con fórmulas que suenan casi igual, en Kelsen: así, p. ej., en su *Teoría Pura del Derecho*, 2a. ed., 1960, pág. 442, “la decisión de la cuestión de qué es lo que es justo y qué injusto depende de la elección de la norma de justicia, que... puede resolverse de muy distintas maneras”, y “que esta elección sólo nosotros la podemos realizar por nosotros mismos, y nadie más que nosotros mismos, ni Dios, ni la naturaleza, ni tampoco la razón en cuanto autoridad objetiva”.

La misma línea de pensamiento se desenvuelve, cargada de consecuencias y de sugerencias, en la obra de Radbruch, que de primera intención parece mantenerse plenamente en la misma vía: “La filosofía del Derecho relativista es incapaz de determinar al individuo la elección entre las concepciones jurídicas sistemáticamente desenvueltas de supuestos últimos y contrarios. Se limita a proporcionar de un modo exhaustivo todas las posiciones posibles, pero abandona su propia toma de posición a una decisión brotada de las profundidades de la personalidad; en todo caso, no de su arbitrio, sino de la conciencia”.⁸⁵ Pero como jurista ha de reconocer enseguida que esto no puede ser la última palabra, porque “no se puede dejar el determinar el orden de la vida en común a las concepciones jurídicas de los individuos que integran esa vida”, puesto que dichas concesiones “es posible que determinen orientaciones contrapuestas en los diversos hombres”. Por eso es preciso que el orden social sea regulado unívocamente por una instancia supraindividual. “Y puesto que, según la concepción relativista, la razón y la ciencia son incapaces de cumplir esta tarea, tiene que ser emprendida por la *voluntad* y la *fuerza*. Si nadie es capaz de *fijar* lo que es *justo*, alguien tiene que *establecer* lo que debe ser *Derecho*”. “Y si el Derecho establecido debe cumplir la función de poner un término a la pugna de las concepciones jurídicas contrapuestas, por medio de un fallo de poder autoritario, hay que otorgar el establecimiento del Derecho a una *voluntad* que sea capaz de hacerlo

85 Radbruch: *Rechtsphilosophie*, 3a. ed., págs. 10 y sigs. Ya Max Weber en 1904, *Wissenschaftslehre*, pág. 150, se había apoyado en la conciencia moral.

cumplir en contra de toda concepción jurídica que se le oponga. Aquél que es capaz de hacer *cumplir* el Derecho demuestra que está llamado a *establecerlo*".⁸⁶ En el ejemplar que manejaba Gustavo Radbruch⁸⁷ anotó a este propósito que una doctrina de la validez de este tipo la designaría Carl Schmitt como "decisionismo"; por eso mismo habrá que situarla, aun desde un punto de vista histórico, conexión con la discusión suscitada en torno a la advertencia hecha a propósito de Max Weber de la "*reductio ad Carl Schmitt*".

25. La toma de posición

Precisamente en el Derecho y en la doctrina jurídica se pone de manifiesto que la "abstinencia de los valores" propia de los neokantianos, el "*pathos* de la ausencia de *pathos*" proclamado por Rickert, que exige del hombre teórico la renuncia a todo juicio de valor, expone a la sociedad y al Estado al hecho bruto del poder: "Si nadie es capaz de fijar lo que es *justo*, alguien tiene que establecer lo que debe ser Derecho". Max Weber, en su artículo sobre "La *objetividad* del conocimiento de las ciencias sociales y políticas" (1904), de importancia decisiva para la teoría jurídica relativista, habría expuesto, después de un detenido examen, que los juicios de valor escapan a toda discusión científica, pero que podemos establecer con validez científica las *conciencias* de nuestra decisión valorativa, es decir, la cuestión de qué precio hay que pagar por ella: "La ciencia le puede ayudar (al hombre) a

86 Radbruch: *Rechtsphilosophie*, pág. 81.

87 Radbruch: *Ob. cit.*, 4a. ed., a cargo de Erik Wolf, pág. 179.

formarse la conciencia de que *toda* actuación, naturalmente también... la *falta* de actuación, supone en sus consecuencias una *toma de posición* a favor de determinados valores y, de consiguiente... por lo general, en contra de otros”.⁸⁸

Precisamente en la filosofía del Derecho de Radbruch queda ejemplificado con claridad que lo que dice Max Weber del hombre que quiere y actúa responsablemente se aplica también con toda razón al hombre teórico: también su abstinencia de los valores “tiene que pagar un precio”; también su “falta de actuación”, su retraimiento de decisiones valorativas, es una toma de posición, y por cierto de una forma en extremo masiva: con palabras de Radbruch, *a favor* de cualquier poder real que, siendo indiferente en todo caso para la “razón y la ciencia”, logre imponerse; o, por usar las palabras de Max Weber, *a favor* de la vida en cuanto “suceso de la naturaleza”.⁸⁹

26. La concepción del ser y el deber ser para Kelsen

También Kelsen, que, al igual que los neokantianos, aun cuando en mayor conexión con Georg Simeel, parte de la “completa disparidad entre el ser y el deber ser”, llega a una consecuencia semejante, aun cuando todavía más radical: la diferencia entre el ser y el deber no podría esclare-

88 Max Weber: *Wissenschaftslehre*, págs. 179 y sg.

89 Partiendo de estas consecuencias, encuentra alguna justificación el tajante juicio de Leo Strauss sobre el “noble nihilismo” de Max Weber. *Cfr.* Strauss: *Naturrecht und Geschichte*, 1950, pág. 5.

90 Kelsen: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, pág. 7; *Reine Rechtslehre*, 2a. ed., pág. 5.

cerse de una manera más inmediata, sino que vendría dada ya inmediatamente a nuestra conciencia;⁹⁰ el “deber ser” sería “*a simple notion just as yellow*”⁹¹ y como concepto simple que es no podría definirse ni analizarse.⁹² Pero —se pregunta— si el deber ser es un contenido último, indefinible, de la conciencia, como el color “amarillo”, se podrá al menos mostrarlo, de modo que cualquier otra persona pueda enlazar con la expresión “deber ser” el mismo contenido que la persona que habla. El único acto de conciencia en el que el deber ser nos es dado de la manera aquí aludida, como un deber ser normativo—obligatorio, vinculante, es el de la conciencia moral. De acuerdo con esto también el propio Kelsen enlaza con la *ética* su distinción fundamental entre el ser y deber ser: en sus *Hauptprobleme* lo hizo en conexión con la obra de Simmel *Introducción a la ciencia moral*; en la última edición de la *Teoría Pura del Derecho* se refiere a un principio de Arthur N. Prior,⁹³ a saber: el de que es posible extraer una consecuencia ética de unas premisas no éticas. Igualmente proceden del campo de la ética los conceptos por él utilizados para diferenciar el deber ser “objetivamente válido” de una norma del deber ser “subjetivo” de un mandato: el deber ser objetivo de una norma es la norma

91 Cita tomada de George Edward Moore: *Principia Ethica*, 1922, pág. 7. (Hay traducción castellana de A. García Díaz, México, (UNAM), 1959), (N. del T.).

92 Kelsen: *Reine Rechtslehre*, pág. 5, nota 1. Por tanto, sólo en parte resulta justificada la objeción de que Kelsen no “define” en ninguna parte la expresión “deber ser”, formulada por D. Laktinens: *Zum Aufbau der Rechtlichen Grundlagen*, Helsinki, 1951, pág. 63. En realidad, esa expresión es indefinible y sólo se la puede “mostrar”. Pero lo que ocurre es que Kelsen, apenas ha logrado por ese camino de la mostración un contenido, lo deja escapar de nuevo inmediatamente.

93 Arthur N. Prior: *Logic and the Basis of Ethics*, Oxford, 1944, pág. 18.

94 Cfr. p. ej., Kelsen: *Reine Rechtslehre*, págs. 7, 110 y 212.

“que vincula” a aquél a quien va dirigida, que lo “obliga”; sólo ella puede “legitimar” la efectividad de un mandato.⁹⁴ Por eso reprocha contundentemente a la Teoría del Reconocimiento General –la que y en tanto que puede ser entendida en ese sentido– que *justifica (legítima)* la *obligación* de la minoría (también de la minoría) por el reconocimiento del Derecho por parte de la mayoría: “Tendría que producirse una extraña impresión, en el caso de que se quiera fundamentar el *deber jurídico* subjetivo, individual, de una persona en el reconocimiento precedente no de él mismo, sino de la mayoría de sus conciudadanos, es decir, de otros”.⁹⁵ Un deber ser no puede nunca derivarse más que de otro deber ser: también el deber ser de un orden jurídico positivo, efectivo –efectivo por el hecho que “es aplicado y obedecido en general”– puede únicamente derivarse de un deber ser anterior más alto, de una norma fundamental hipotética que *legitime* el orden jurídico.

27. El carácter ficticio de la norma fundamental

Esta línea de pensamiento de Kelsen entendida en estos términos, es, a mi modo de ver, convincente. Pero resulta decisivo que el concepto del deber ser pierde en su marcha todo su contenido del punto de partida, y por cierto, inmediatamente, en cuanto Kelsen ha mostrado la disparidad del ser *ético*. En lugar de un concepto fun-

95 Kelsen: *Hauptprobleme*, pág. 367.

96 También aquí ha ido Max Weber por delante en su crítica a Stammler (1907), dice del “valer” de un precepto jurídico, en “sentido jurídico-ideal”, que es “para la conciencia científica del que quiere la *verdad* del Derecho una relación pensada y vinculante de conceptos; un deber vale para el entendimiento jurídico determinados procesos del pensamiento”. Max Weber: *Wissenschaftslehre*, pág. 347.

damental derivado de la ética y demostrable solamente en ella, establece Kelsen una “hipótesis” conceptual,⁹⁶ más exacta y precisamente: la *ficción* de una norma, que, tal como él mismo nos explica últimamente, se remonta a un ficticio acto de la voluntad.⁹⁷ El deber ser se convierte en un esquema de interpretación inventado, de acuerdo con el cual puede interpretarse *todo* Derecho positivo, es decir, todo orden coactivo que sea efectivo en general, como un orden objetivamente válido, normativamente obligatorio,⁹⁸ o, más exactamente, puede interpretarse *como si* fuera un orden objetivamente válido, normativamente obligatorio. Puesto que, debido al carácter ficticio, inventado, de la norma fundamental (del deber ser supremo) toda la serie de obligación y de justificación (incluida la “legitimación”), que se deriva de ella, asume un carácter también *ficticio*: se convierte en la “superestructura ideológica especializada de lo real” (Theodor Geiger).⁹⁹ La legitimidad desaparece absorbida por la efectividad: el Derecho es “una determinada organización de la fuerza”.¹⁰⁰

28. La concepción axiológica del deber ser

Es muy digno de tenerse en cuenta con respecto al problema de los valores en esta sucesión de pensamiento –Rickert, Weber, Radbruch, así como el pensamiento

97 Kelsen, según Schmoelz: *Das Naturrecht in der politischen Theorie* (Internationales Forschungszentrum für Grundfragen der Wissenschaft, en Salzburg), 1963, pág. 119.

98 Kelsen: *Reine Rechtslehre*, pág. 224.

99 Theodor Geiger: *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 1947, pág. 206.

100 Kelsen: *Reine Rechtslehre*, pág. 221.

Kelseniano— que todos parten, es cierto, con expresiones rotundas del “contraste más elemental entre el ser y el deber ser” y de su plena independencia mutua, pero en el proceso del encadenamiento de sus ideas dan de lado a uno de los dos miembros “elementales” de la relación, porque en último término lo reducen al “ser” en la figura del poder de mando que se impone de hecho. Este resultado más digno de tenerse en cuenta, porque la tesis de donde parten, la de que los enunciados del deber ser no son susceptibles de demostración, no se refieren en absoluto a la *existencia* del deber ser, sino tan sólo a su contenido. La *existencia* del deber ser la presuponen “axiomáticamente”¹⁰¹ como un “dato” último, y lo que niegan es tan sólo la posibilidad de afirmar racionalmente algo sobre su contenido.

Pero si se parte del deber ser como de un *axioma* y se pregunta de dónde nos llega como un “dato último” de la conciencia, entonces se hace alusión a esa “instancia” que nos resulta perceptible en la *conciencia moral* y que se dirige a nosotros solicitándonos en nuestro ser más íntimo y nos obliga: “deber ser es lo que coloca al hombre ante una instancia última, un estar obligado incondicionalmente”. La designación como “axioma” debe servir para expresar que el “deber ser” es algo más que un mero sentimiento subjetivo, que, antes al contrario, tiene un ser objetivo, esto es, que como cualquier otro axioma está sustraído a una demostración inmediata, pero que es

101 Radbruch: *Rechtsphilosophie*, pág. 9.

102 Según la expresión de Arnold Brecht; véase *supra*, nota 82.

posible formular *afirmaciones racionales sobre las consecuencias de su negación* (“un saber transmisible”),¹⁰² lo que permite extraer conclusiones sobre el hecho de su existencia *objetiva*. Esas consecuencias, aplicadas al campo de lo social, serían, como ha dicho con una expresión enérgica Hans Ryffel,¹⁰³ “el atar con otras todas las cabezas. Aun cuando esto, por fortuna, no siempre puede ser llevado a la práctica, sin embargo, en cuanto se desecha la orientación hacia lo absoluto como el sentido fundamental y decisivo, se convierte de hecho en el supuesto fundamental que en último término lo decidirá todo en adelante, y además como una posibilidad siempre actual, que puede actualizarse en cualquier momento”. Y en los intervalos de ese atar unas con otras todas las cabezas, la consecuencia que resulta es la de la estabilización de un poder que se sobrepone, y que proviene de la obediencia a un grupo que administra los medios reales del poder, al que tiene que entregarse sin condiciones un grupo de disconformes, hasta que un nuevo atar de las cabezas haga surgir una nueva constelación del poder. Pero con esto se eliminan al mismo tiempo, por la *negación del deber ser*, los presupuestos en los que esa misma negación se apoya en cuanto enunciado *racional*. *Porque en cuanto enunciado racional no puede ser simplemente la función (el resultado) del poder de cada momento, sino que, al margen de cualquier condicionamiento por el poder triunfante, tiene que estar vinculado únicamente por la verdad, ya que de*

103 Hans Ryffel: “Sinn und Unsinn des Wissenschaftlichen Wertrelativismus”, en *Studia Philosophica, Jahrbuch der Schweiz, Philosophica, Jahrbuch der Schweiz Philosophischen Gesellschaft*, tomo 22, págs. 191 y 192.

lo contrario cesaría de ser un enunciado racional. Incluso el nihilista teórico de los valores vive, en último término, de la libertad que le confiere su íntima vinculación con la verdad.

29. El reconocimiento del hombre como persona responsable

Si el deber ser, en cuanto que coloca al hombre ante una instancia última y es una obligación incondicional es, pues, algo que no se puede dejar a un lado, resulta que significa –prescindiendo por ahora de qué es lo que pretende, es decir, de su contenido– una afirmación con respecto a *aquél a quien* se dirige la pretensión; con respecto al hombre como ser responsable del sentido de sus obras y de su vida (como persona responsable).¹⁰⁴ Al mismo tiempo radica aquí una afirmación con un contenido de estructura eminentemente social; puesto que vale para todo hombre y significa *que todo hombre tiene que respetar a los demás hombres como personas igualmente responsables que él mismo*. Y con respecto al Derecho, tenemos que cuando no sólo pretenda imponerse a los hombres en calidad de poder triunfante, sino que quiera obligarlos como debe ser, no tiene más remedio que reconocerlos como personas responsables.

Esta afirmación de la correlación de deber ser y persona responsable *precede* a cualquier elección entre los “ideales más altos” en el sentido de Max Weber y no es, por tanto, el suyo el resultado de una elección entre esos

104 Cfr. Welzel: *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4a. ed., 1962, págs. 236 y sgs.

supremos ideales. Por eso mismo es de una importancia fundamental para la configuración de la vida social: el reconocimiento del hombre como persona responsable (más exactamente, como persona destinada a ser por sí misma) es el presupuesto mínimo de un orden jurídico, esto es, de un orden social de mando que no sólo pretende imponerse por medio de fuerza triunfante, sino que quiere también obligar como un orden de deber ser.

30. El acto legislativo y el reconocimiento de la norma

De este modo lo que hemos estudiado en la primera parte de nuestras consideraciones sobre el Derecho positivo recibe una nueva luz. La producción del Derecho positivo depende, según ya hemos visto, de un acto doble: el *legislativo* (de establecimiento de la norma) y el del *reconocimiento de la norma*. Este doble acto ha de ser interpretado en ambas fases como un intento de crear en el tiempo un orden *obligatorio* para la convivencia de un grupo humano. Para esto no existe ninguna fórmula de validez general, lo que constituye el fondo de justificación de la tesis de que los enunciados de deber ser no son susceptibles de conocimiento: ni la naturaleza, ni el proceso histórico, ni las leyes de la naturaleza, ni las de la historia, pueden suministrar conclusiones decisivas sobre lo que en una determinada situación histórica es el orden social *justo*.

IV

Conclusiones

31. La conciencia jurídica del pueblo

El Derecho es un complejo de proyectos de orientación del orden de la vida social, que, sobre la base de formaciones institucionales tradicionales y bajo las condiciones concretas del presente, en parte se continúan y en parte se reformulan o se establecen de nuevo. En esto ha participado el trabajo de la legislación, así como también su recepción y su ulterior elaboración en la conciencia jurídica, sobre todo en el ámbito de la jurisprudencia y de la doctrina jurídica. Todos ellos están bajo el dominio de la aspiración del deber ser a encontrar en el tiempo un orden correcto y justo. Debido a que no existen para eso fórmulas de validez general, resulta de una importancia decisiva la duplicación del procedimiento de producción del Derecho: la recepción que la legislación del gobernante tiene que encontrar en la conciencia jurídica del pueblo, para convertirse en Derecho positivo, constituye con su influjo un correctivo de las decisiones históricamente equivocadas de los gobernantes. Incluso Hitler tenía para esto un certero instinto, de modo que los mandatos de eutanasia o de eliminación no los daba más que como órdenes *secretas*, debido a que, según su opinión, la conciencia jurídica del pueblo no estaba todavía “madura” para eso. Y a la inversa, se comprende que se hayan citado siempre como las “auténticas” fuentes del Derecho “la conciencia jurídica del pueblo”, sus “recursos morales” o sus “principios éticos del Derecho”, el “espíritu del pueblo” o el “espíritu objetivo”. Todas estas expresiones se refieren a ese factor de producción del Derecho que es históricamente constante y que está menos expuesto a fallar que la voluntad del legislador. Pero tampoco la con-

ciencia jurídica del pueblo —o como se la quiera llamar— lleva consigo la justicia por el mero hecho de su existencia, no es —como la llamó Binder— “la realidad del espíritu”,¹⁰⁵ si no tan sólo un *intento* de formular en el tiempo lo que es justo, intento del que la historia nos enseña que en ciertas épocas puede fallar igual que los actos del legislador. Por eso no se puede absolutizar la conciencia jurídica del pueblo y condenar de antemano a la minoría que se aparte de ella, una vez que se la ha remitido idealmente a la “irrealidad del espíritu” o a lo “no existente”.

32. El principio de la tolerancia mutua

En otros escritos¹⁰⁶ he expuesto repetidas veces lo que de todo esto se deduce para la configuración del Derecho positivo: de modo que puedo reducirme aquí a unas alusiones esquemáticas. El proceso de formación de la voluntad estatal tiene que estar bajo el principio de la tolerancia mutua; el Derecho tiene que estar bajo el principio de la tolerancia mutua; el Derecho tiene que limitarse al “mínimo ético” y a *los rasgos fundamentales* de las instituciones sociales; en los tipos de consecuencias jurídicas es preciso tener en cuenta la fidelidad a la conciencia de cualquier dictamen serio de ésta que sea discordante, etc.

33. La formación moral de un pueblo

La lucha, que no acabará nunca en la historia humana, por lograr la configuración justa de las relaciones sociales

105 Así Binder: *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*, pág. 160.

106 Cfr. Welzel: *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4a. ed., págs. 236 y sgs.: “Gesetz und Gewissen”, en *100 Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum 100 jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages*, 1960, I, págs. 383 y sgs.

tiene que ser llevada y mantenida por el Derecho positivo en un terreno que permita una discusión *espiritual* y no liquidarla con el sometimiento forzoso o incluso la aniquilación de los hombres por otros hombres. Este es el papel ético social decisivo del Derecho positivo, papel que mira mucho más allá del ámbito del mero Derecho y pone de manifiesto que existe una interdependencia entre la situación del Derecho positivo y la verdadera ética de un pueblo. Con razón Leonhard Nelson coloca al comienzo de su *Sistema de la teoría filosófico-jurídica y de la política* la frase de Kant con la que yo también quiero cerrar este estudio: “No se ha de esperar de la moralidad una buena constitución del Estado, sino que, más bien, a la inversa, ha de ser de esa última de la que ante todo se ha de esperar la buena formación moral de un pueblo”.¹⁰⁷

107 *Cfr.* también *Streit der Fakultaten*, II, 9 (Philos, Bibliothek, tomo 46 d. pág. 139): “No una cantidad siempre en aumento de moralidad en la disposición de ánimo, sino multiplicación de los productos de su legalidad en las acciones conforme al deber...; es decir, la consecuencia (el resultado) del trabajo sobre el hombre para mejorarlo sólo puede cifrarse en las buenas *acciones*, que deben ser cada vez más numerosas y mejores, o, lo que es lo mismo, en los fenómenos de la constitución ética del género humano”.

LA TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO*

*Rudolf Stammler***

SUMARIO

I. Genealogía filosófica.- II. Repertorio conceptual.- III. El Derecho: 1. El derecho y las leyes naturales.- 2. El derecho y la moral.- 3. El derecho y los convencionalismos sociales.- 4. El derecho y la arbitrariedad.- 5. El concepto del derecho en el derecho positivo.- IV. La Justicia: 1. La idea del querer.- 2. La pureza del querer.- 3. La doble aplicación de la idea del querer.- 4. La rectitud moral o pureza interior.- 5. La rectitud social o comunidad pura.- 6. La idea del derecho y el

* Introducción y Traducción por Juan José Bremer Barrera.

** Juez alemán que nació en Alsfeld, el 19 de febrero 1856 y murió el 25 de abril de 1938 en Wernigerode. Procuró conciliar, en su obra *Derecho y Economía* (1896), la filosofía que afirma la dependencia lógica de la experiencia de formas *a priori* establecidas por el sujeto trascendental (Kant), con la filosofía materialista que sostiene que la “*superestructura*” ideológica está determinada por la “*estructura*” económica, o sea que la “*materia*” determina la forma, lo que fue presentado en forma sintética en su *Manual de Filosofía del Derecho* (1922).

*derecho justo.- Capítulo primero. La teoría.-
Capítulo segundo. La razón de Estado: Nicolás Maquiavelo.- Capítulo tercero. Las utopías: Tomás Moro.- Capítulo cuarto. El derecho natural: Hugo Grocio; Tomás Hobbes; Samuel Pufendorf; Christian Tomasius.- Capítulo quinto. El derecho como parte de la naturaleza: Baruch Spinoza.- Capítulo sexto. El afán de dinero y riqueza: B. Mandeville.- Capítulo séptimo. El problema del perfeccionamiento: Christian Wolf.- Capítulo octavo. El contrato social: Juan Jacobo Rousseau.- Capítulo noveno: El eudemonismo social: Jeremías Bentham.- Capítulo Décimo. El derecho racional.- Capítulo undécimo. La escuela histórica del derecho.- Capítulo Duodécimo. El derecho del más fuerte.- Capítulo Decimotercero. La concepción teórica del derecho. Capítulo Decimocuarto. La doctrina de la libertad.- Capítulo Decimoquinto. El estado mayoritario.- Capítulo Decimosexto. La concepción materialista de la historia.- Capítulo Decimoséptimo. La teoría del anarquismo: Proudhon y Stirner Capítulo Decimoctavo. El empirismo jurídico.- Capítulo Decimonoveno. El realismo en el derecho: Kirchmann y Ihering.- Capítulo Vigésimo. La sociología.- Capítulo Vigesimalprimero. La corriente del derecho libre: Magnaud.*

I

GENEALOGÍA FILOSÓFICA

Para entender plenamente a Stammler, conviene ante todo, situarlo en el lugar que le corresponde en el desarrollo del pensamiento filosófico y poner al descubierto las corrientes subterráneas que nutren de savia su doctrina; porque la Filosofía Jurídica no ha vivido nunca en el orgulloso aislamiento en que a veces se ha pretendido colocarla, sino que en ella, como en un espejo, se refleja fielmente, aunque en menor escala, el drama ideológico que se representa en el gigantesco escenario de la Filosofía General.

Stammler aparece en el horizonte intelectual al declinar el siglo XIX en el preciso momento en que el positivismo, dueño ya de los espíritus, hace irrupción en las disciplinas del Derecho, amenazando desplazar a la Filosofía Jurídica.

El siglo XIX fue casi en su totalidad, pero sobre todo en su segunda mitad, preponderantemente positivista. El enorme desarrollo de las ciencias experimentales, llamadas también empíricas o positivas, y los brillantes triunfos alcanzados por la Técnica, indujeron a creer que la investigación empírica encarnaba el tipo ideal de conocimiento y que la experiencia era la única fuente segura del saber. Para los positivistas era inútil tratar de conocer la textura de las cosas, su ser y su sentido; por ello se limitaban a observar las regularidades que se advierten en su comportamiento, y se esforzaban por encontrar las leyes generales que rigen su coexistencia y sucesión. Y como en esta investigación enfocada exclusivamente hacia fenómenos

limitados y concretos, los problemas centrales de la Filosofía no encontraban lugar propio, se les suprimió simplemente de raíz.

La sombra del positivismo no tardó en proyectarse sobre el campo del Derecho, oscureciendo el firmamento de la Filosofía Jurídica. En efecto, como consecuencia de la actitud positivista que consideraba las fronteras de nuestra experiencia como límite infranqueable del saber, los juristas de fin de siglo circunscribieron sus estudios al Derecho positivo, es decir, al Derecho que rige o ha regido en determinada época y lugar. Y como éste es contingente y mudable, puesto que se encuentra sumergido en la corriente de la historia y, por lo mismo, está sujeto a un continuo devenir, hubo de desecharse toda posibilidad de llegar, por este camino, a conclusiones de validez absoluta y universal. A lo sumo podían obtenerse conceptos de relativa generalidad, aplicables a una rama del Derecho o a diferentes ramas de un mismo ordenamiento jurídico o, en el mejor de los casos, a los distintos ordenamientos que han regido en diversos pueblos y épocas. Al lado de esta investigación del Derecho positivo, sólo se admitía el estudio de sus relaciones puramente empíricas con otros fenómenos sociales como los usos y costumbres, la religión, el mito y el lenguaje. Cualquier intento de rebasar los límites de la positividad, se consideraba condenado irremisiblemente al fracaso.

El positivismo negó, de manera radical, la posibilidad de la Filosofía. Pero el anhelo metafísico es inextinguible y no se sacia con el reconocimiento de realidades inmediatas; porque a medida que el hombre aumenta su dominio sobre la materia, y, merced a la Ciencia y a la Técnica, se ense-

ñorea del mundo circundante, mayor es la urgencia que experimenta de definir su posición en el Universo y desentrañar el íntimo sentido de su propia actividad. Por ello la reacción contra el positivismo bien pronto se dejó sentir.

Frente a la brutal negación positivista no cabía adoptar más que una única actitud, aquella actitud crítica que culminó en la inmortal pregunta kantiana. ¿Qué puedo saber? Porque si el positivismo negaba la posibilidad del conocimiento metafísico, sólo cabía superarlo, reflexionando a la manera kantiana, sobre los límites de nuestro saber. A ello obedece que se tiñera de matices neokantianos la Filosofía que resurge de las cenizas empiristas al tocar a su fin el siglo XIX.

Pero la crítica del conocimiento que debió haber sido un simple instrumento en la lucha contra el positivismo, una actitud metodológica que era necesario adoptar para superarlo, se convierte en el seno de la Escuela de Marburgo, en una filosofía sistemática cuyo fin primordial estriba en fijar las condiciones lógicas inmanentes de toda experiencia. Cohen, Natorp y Cassirer desalojan de la Filosofía todas las cuestiones de la realidad para enfocar exclusivamente el problema del conocimiento y frente a éste, único al que reconocen auténtico rango metafísico, adoptan una postura del más puro corte idealista, pensando hasta sus últimas consecuencias las soluciones de Kant.

En el campo del Derecho, fue Stammler quien afiliándose a la Escuela de Marburgo, enarboló el pabellón de la Filosofía, en abierta rebelión contra el positivismo. Dada la manifiesta afinidad que existe entre el ritmo evolutivo de la

Metafísica y el desarrollo de la Filosofía Jurídica, no es extraño que Stammler, empeñado en dura lucha contra el positivismo y envuelto, al mismo tiempo, en una atmósfera cargada hasta la saturación de ideas kantianas, haya cedido a la tentación de someter las disciplinas al complicado tratamiento de las Críticas de Kant. Pero hay, además, una razón más profunda: Rudolfo Stammler, se encuentra colocado en una situación histórica de sorprendente semejanza con aquélla que Kant, un siglo antes, intentara superar.

La mente de Kant fue el punto de interferencia de dos grandes campos de gravitación intelectual: el racionalismo de Descartes, de Leibniz y de Wolff y el empirismo de Locke y David Hume. Conociendo de antemano el temperamento mediador de Kant, no es difícil adivinar que colocado este filósofo entre las dos corrientes espirituales mencionadas, en que se escinde la filosofía moderna desde el Renacimiento, procurara conciliar el racionalismo con el empirismo. Así lo hace, en efecto, mediante la distinción entre forma y materia del conocimiento.

Hume, el empirista, sostenía que todo conocimiento procede de los sentidos. Wolff, el racionalista, afirmaba que todo conocimiento emana de la razón. Kant concilia estas dos tesis opuestas, demostrando que el conocimiento procede a la vez de los sentidos y de la razón.

Toda noción es una síntesis de dos elementos: formal uno, material el otro. La materia la da la experiencia; la forma, en cambio, la imprime el pensamiento. La materia está constituida por las sensaciones que carecen de toda regla y orden y son un puro caos. En este tumulto intervie-

ne la razón e impone el orden, enlazando unos con otros los contenidos de nuestras percepciones sensoriales mediante las formas de la intuición y del entendimiento. Éstas no proceden de la experiencia, sino que son funciones “a priori”, es decir, anteriores a toda experiencia, puesto que son ellas precisamente las que la hacen posible.

Las formas de la intuición son dos: tiempo y espacio. La conciencia cognoscente ordena primariamente nuestras sensaciones, disponiéndolas en una yuxtaposición espacial y en una sucesión temporal. Introduce luego una nueva conexión entre los contenidos sensoriales, con ayuda de las formas del entendimiento o categorías que son doce. Enlaza, por ejemplo, dos contenidos de la percepción mediante la categoría de la causalidad, considerando a uno como causa del otro y a éste como efecto de aquél, y estableciendo de este modo, entre ambos, una relación causal. Así va edificando su mundo la conciencia cognoscente, empleando el material que le proporcionan los sentidos y ordenándolo con ayuda de las formas de la intuición y del entendimiento.

Ambos elementos, la forma y la materia, han de concurrir forzosamente para que se dé un conocimiento; porque la materia, por sí sola, es desordenada y caótica, y la forma, a su vez, semeja un recipiente vacío, ayuno de significación y contenido. Para obtener el conocimiento hace falta, por tanto, la cooperación de esos dos elementos inseparables. Por ello dice Kant que las sensaciones, sin los conceptos, son ciegas, en tanto que los conceptos, sin las sensaciones, son vacíos.

Mediante esta genial distinción entre forma y materia del conocimiento, logra Kant conciliar y, al mismo tiempo, superar el empirismo y el racionalismo.

Pues bien, en la doctrina de Rodolfo Stammler confluyen dos corrientes antagónicas de tipo semejante a las descritas. De una parte, el racionalismo jurídico que afirma que por encima del Derecho positivo, del Derecho histórico que tiene contenidos oscilantes, existe un ordenamiento jurídico perfecto que por su fuente racional, es fijo e inmutable; y, de la otra, el positivismo jurídico que ateniéndose exclusivamente a la historia, niega que existan normas de contenido permanente e invariable, porque el Derecho no brota de la razón, acabado y perfecto, como surgió Atenea del cerebro de Zeus, sino que es el producto de un prolongado alumbramiento histórico, condicionado por múltiples factores de tiempo y de lugar.

En este diálogo entre razón e historia, tercia Stammler y resuelve la contienda, al estilo kantiano, mediante una fórmula de transacción. La materia del Derecho procede siempre de la experiencia histórica y, por lo mismo, es contingente y mudadiza; la forma, en cambio, es permanente, porque la imprime la razón.

II

REPERTORIO CONCEPTUAL

Según Stammler, las nociones jurídicas, como toda noción en general, tienen un contenido complejo que mediante un análisis crítico, puede descomponerse en los dos elementos que lo integran: forma y materia. La materia está constituida por los elementos concretos propios de una

noción jurídica determinada y que la distinguen de todas las demás. La forma, en cambio, comprende aquellos elementos que son comunes a varias nociones jurídicas e incluso a toda noción en general. Las formas pueden tener, por tanto, distintos alcances, según que abarquen un sector limitado de nociones o que comprendan a toda noción jurídica sin excepción. De aquí que puedan subdividirse en formas condicionadas y formas puras. Las primeras están subordinadas lógicamente a otra u otras formas, en tanto que las segundas son últimas e irreductibles y constituyen, por consiguiente, las categorías supremas de todo conocimiento jurídico.

Entre la forma y la materia de una misma noción no existe una relación de yuxtaposición espacial o de sucesión temporal, ni tampoco una conexión de causa a efecto, sino únicamente un vínculo de íntima condicionalidad lógica. La forma no envuelve la materia como la corteza el tronco del árbol. Tampoco debe imaginarse la forma como un recipiente vacío que se llena después con la materia, ni ésta como un objeto sin figura en el que la forma imprime luego su cuño y su contorno. El vínculo que liga a dichos elementos no es de índole espacial o temporal y menos aún causal, sino que es de naturaleza puramente lógica: la forma constituye la condición indispensable para poder conocer y ordenar la materia. La forma viene a ser, por tanto, el prius lógico (no cronológico o causal) de la materia porque sin aquélla ni siquiera podría pensarse ésta.

De lo dicho se infiere que los elementos formales o condicionantes de las nociones jurídicas pueden muy bien ser objeto especial de estudio, y que éste goza de prioridad lógi-

ca sobre cualquiera investigación enfocada hacia la materia concreta de aquellas nociones, ya que dicha materia sólo puede conocerse a través del tapiz de formas que la determinan, pues si mentalmente la despojásemos de toda forma, quedaría reducida a una masa caótica y confusa, inasequible a nuestro conocimiento.

El estudio de las formas puras de nuestras nociones jurídicas sólo puede realizarse mediante un análisis crítico del contenido de dichas nociones. Este análisis no implica en manera alguna, un conocer apriorístico, es decir, anterior a toda experiencia, porque las nociones jurídicas nos son dadas precisamente en la experiencia, en toda su complejidad de forma y materia. No es tampoco una investigación de carácter genético, porque no indaga cómo prenden y arraigan en nuestra conciencia aquellas nociones. Es, más bien, una investigación sistemática que tomando como punto de partida las nociones jurídicas que una ojeada introspectiva descubre en nuestro interior, reflexiona sobre la posibilidad de reducirlas a unidad, desentrañando los elementos formales que las condicionan o determinan lógicamente.

El análisis crítico de las nociones jurídicas revela que la materia del Derecho es la cooperación humana para la satisfacción de las necesidades concretas de la vida. Pero todo lo que se refiere a las necesidades del hombre y al modo de satisfacerlas, se encuentra condicionado históricamente y, por lo mismo, sujeto a constantes transformaciones. A ello obedece que el contenido positivo de las normas jurídicas no pueda nunca ser fijo y permanente, porque dichas normas surgen, se transforman y desaparecen

con las situaciones históricas que las engendran. Stammler niega, pues, que existan normas jurídicas de contenido determinado, que sean inmutables y eternas.

Sin embargo, de la variabilidad innegable del Derecho positivo no es lícito inferir que sea imposible y, además, inútil, el estudio científico del mismo y con mayor razón, su indagación filosófica. En efecto, la esencia de estas disciplinas no radica en la peculiaridad del objeto que estudian, sino en el modo de estudiarlo y particularmente en la posibilidad de reducirlo a unidad. Ahora bien, la materia del Derecho positivo, no obstante su infinita variedad, puede reducirse, desde luego, a síntesis generales que constituyen las formas condicionadas de nuestras nociones jurídicas. Dichas formas, cuyo número es ilimitado, se obtienen por abstracción y disfrutan de relativa generalidad, pero están subordinadas lógicamente a las categorías supremas del conocimiento jurídico. Stammler las llama “condicionadas”, porque no están completamente puras de elementos materiales, sino que suponen siempre una materia previamente ordenada y, por lo mismo, dependen de otra u otras formas que las determinan o condicionan lógicamente y sin las cuales no pueden pensarse.

Pero el análisis crítico descubre en el contenido de nuestras nociones jurídicas, además de la materia concreta propia de cada noción y de las formas condicionadas comunes o determinados grupos de nociones, un limitado número de elementos formales que son inherentes a toda noción jurídica no sólo existente, sino aún concebible. Estos elementos son las formas puras de nuestras nociones jurídicas. Stammler las llama “puras”, porque no presuponen una

materia ya ordenada previamente, sino tan sólo la posibilidad de ordenar dicha materia. Las formas puras son, pues, simples métodos o criterios ordenadores de la materia de nuestras nociones jurídicas o, dicho de otro modo, categorías del conocimiento jurídico. Como no encierran ninguna materia contingente, permanecen inalterables a través de las múltiples transformaciones de ésta y disfrutan de validez absoluta y universal.

Para extraer del contenido complejo de las nociones jurídicas las formas puras, es preciso reflexionar críticamente sobre la posibilidad de ordenar y reducir a unidad dichas nociones. Frente a cualquier norma jurídica cabe plantear dos problemas fundamentales cuya solución no depende de la época ni del lugar en que la norma rija, ni tampoco de la materia que en ella se condense. Cabe preguntar, ante todo, si dicha norma es jurídica o no lo es y, enseguida, si es justa o injusta.

Tanto al concebir como jurídica una norma determinada, cuanto al juzgar de su justicia, aplicamos mentalmente a la materia concreta de dicha norma, un criterio unificador, un método de ordenación o, lo que es lo mismo, una forma. El concepto del Derecho y la idea de Justicia no son determinaciones objetivas del fenómeno jurídico, sino formas puras del concebir y del juzgar, funciones subjetivas de nuestra conciencia cognoscente, mediante las cuales introducimos orden y unidad en el caos de nuestras aspiraciones. Dicho de otro modo, el concepto del Derecho y la idea de Justicia son las categorías supremas de todo conocimiento jurídico.

Para afirmar o negar fundadamente que una norma es jurídica, precisa definir el concepto del Derecho, separándolo de otras nociones afines como la moral, los convencionalismos sociales y la arbitrariedad. Para juzgar si una norma clasificada previamente como jurídica, es justa o injusta, hay que esclarecer la idea de Justicia hacia la cual se orienta toda aspiración humana y que sirve de medida ideal, de supremo punto de mira, de pauta de juicio única y decisiva.

Ésta es la doble tarea que Stammler asigna a la Filosofía Jurídica, deslindando claramente su campo de investigación del que corresponde a las demás disciplinas jurídicas. En tanto que éstas estudian la materia del Derecho (Sociología e Historia Jurídicas) o investigan sus formas condicionadas, para obtener conceptos de relativa generalidad (Jurisprudencia Técnica y Conceptual), la filosofía Jurídica indaga cuáles son las formas puras, esto es, las condiciones lógicas que hacen posible el conocimiento jurídico.

Mediante la distinción kantiana entre forma y materia del conocimiento logra Stammler separar el positivismo jurídico, demostrando que al lado del estudio de la materia contingente y mudadiza del Derecho positivo, existe la posibilidad de una indagación filosófica enfocada hacia las formas puras de nuestras nociones jurídicas, es decir, hacia aquellos elementos que permanecen inalterables a través de las múltiples transformaciones de la materia y que, por lo mismo, disfrutan de validez absoluta y universal. Con ello queda demostrado, además de la posibilidad y necesidad de la Filosofía del Derecho, su primacía lógica

sobre las demás disciplinas jurídicas, pues si bien el conocimiento puede darse antes de que se reflexione sobre las condiciones lógicas que lo hacen posible no se logrará, en cambio, fundamentar su validez, si no se fijan previamente dichas condiciones.

III

EL DERECHO

Conociendo de antemano la genealogía filosófica de la doctrina de Stammler, así como el repertorio de sus conceptos fundamentales, podemos internarnos confiadamente en la Teoría Crítica del Derecho, sin temor a extraviarnos en el laberinto de sus demostraciones.

Todas las normas jurídicas concebibles, sea cual fuere su contenido e independientemente del tiempo y del lugar en que rijan, tienen un denominador común que radica en su “juricidad”. Forman, por tanto, un conjunto perfectamente cerrado y circunscrito, que el concepto del Derecho ordena y reduce a unidad. Definir este concepto, distinguiéndolo de otras nociones afines como la moral, los usos sociales y las disposiciones arbitrarias, es, según queda dicho, la primera tarea que Stammler asigna a la Filosofía Jurídica.

Ahora bien, para definir el concepto del Derecho no basta describir las características de una o varias normas jurídicas, ni explicar su génesis causal. Tampoco es posible inducir el concepto del Derecho de una serie de nociones jurídicas tomadas de diferentes pueblos y épocas. Tanto el método descriptivo cuanto el genético y el inductivo, adolecen del mismo vicio lógico que consiste en dar por supuesto el concepto que precisamente se trata de definir.

Por otra parte, si el concepto del Derecho ha de abarcar toda noción jurídica concebible y disfrutar, por lo mismo, de validez absoluta y universal, es evidente que debe buscarse no entre los elementos materiales, contingentes y mudadizos, que son propios de cada noción, sino entre aquellos elementos formales, comunes a toda noción jurídica, que permanecen inalterables a través de las múltiples transformaciones de la materia. De aquí que el concepto del Derecho, como forma pura o categoría de nuestro conocimiento jurídico, sólo pueda obtenerse mediante un análisis crítico que nos permita separar lógicamente los elementos formales, constantes e invariables, de la materia cambiante y accidental.

Aplicando este método cuyas características ya hemos precisado, llega Stammler a la conclusión de que el Derecho es el querer autárquica e inviolablemente vinculador. Esta definición encierra cuatro notas lógicas cuya unidad constituye la esencia del Derecho: el querer, la vinculación, la autarquía y la inviolabilidad. Para comprender plenamente el sentido y alcance de estas nociones, conviene seguir, paso a paso, el análisis crítico que Stammler lleva a cabo.

1. El derecho y las leyes naturales

El punto de partida de la Teoría Crítica del Derecho es la posibilidad de ordenar unitariamente el contenido de la conciencia. Esta posibilidad que constituye el postulado lógico de todo conocimiento científico, puesto que la ciencia no es sino una ordenación de nuestro mundo espiritual, conforme a un plan armónico absoluto, induce a reflexio-

nar sobre los métodos o criterios formales necesarios para reducir a unidad nuestras nociones.

Colocados frente a cualquier aspecto de la realidad, podemos concebirlo como efecto de una causa pretérita o como medio para alcanzar un fin futuro. En el primer caso, nos movemos en el reino de la causalidad; en el segundo, nos remontamos al reino del querer. No hay más posibilidad de determinar el presente que por el pasado o el futuro.

Existen, pues, dos criterios formales o categorías para poner en orden y concierto nuestras nociones:

1° La causalidad que ordena nuestras percepciones en relación de causa a efecto; y

2° El querer que ordena nuestras aspiraciones en relación de medio a fin.

La causalidad y el querer coinciden en que son métodos de ordenación de nuestras nociones, pero difieren fundamentalmente en cuanto al sector de nociones que ordenan y en cuanto al modo de ordenarlas.

El método causal se aplica a todas las alteraciones perceptibles del mundo corporal. Pero la ordenación de causa a efecto no basta, por sí sola, para reducir a unidad todas nuestras nociones. En efecto, el sector de la conciencia integrada por los deseos, los afanes y las aspiraciones trasciende del punto de vista causal, y sólo puede concertarse con ayuda de las categorías de medio y fin.

Fin es un efecto que se aspira a alcanzar; medio, una causa que se puede elegir. Esta facultad de opción que no

existe en el mundo de las percepciones, abre un hondo abismo entre el reino del querer y el de la causalidad. Los conceptos de medio y fin son, por tanto, formas puras de ordenación del contenido de la conciencia, categorías epistemológicas perfectamente equiparables en rango a los conceptos de causa y efecto.

De lo dicho se infiere que la palabra “querer” no tiene en la terminología de Stammler ninguna coloración psicológica. Stammler mismo insiste repetidas veces en que dicho vocablo no alude para nada a procesos concretos de voluntad, ni tampoco al concepto de este fenómeno espiritual. El querer significa en la Teoría Crítica del Derecho, una mera estructura gnoseológica, un criterio ordenador de datos de conciencia o, lo que es lo mismo, una categoría del conocimiento.

Debido a la dualidad de métodos de ordenación se escinde nuestra conciencia en dos grandes reinos: el de la causalidad y el del querer. De aquí que para definir el concepto del Derecho, sea necesario, ante todo, indagar a cuál de esos dos reinos pertenece.

Evidentemente el Derecho no es un cuerpo físico que pueda percibirse por medio de los sentidos, ni tampoco una fórmula conceptual aplicable a nuestras percepciones. La norma jurídica y la ley natural coinciden en la función que desempeñan de poner en concierto y armonía el contenido de la conciencia, pero difieren radicalmente en que la ley natural ordena nuestras percepciones en relación de causa a efecto, en tanto que la norma jurídica dispone nuestras aspiraciones en relación de medio a fin.

Todo fenómeno jurídico implica planteamiento de fines y elección de medios para realizar aquéllos. En efecto, para saber qué es un contrato de compraventa, por ejemplo, de nada sirve que nos coloquemos en un punto de vista causal, como si se tratase de investigar un fenómeno corporal, sino que habremos de recurrir a la lógica de los medios y de los fines. La esencia de dicho contrato no radica en el “por qué”, sino en el “para qué” de la entrega de la cosa y del pago del precio.

Del mismo modo, para distinguir el derecho real de uso del simplemente personal del comodatario, o la donación del legado, o una sociedad anónima de una comandita, son inadecuadas las categorías de causa y efecto, por lo que hay que recurrir a las de medio y fin.

En resumen, siempre que se dicta una norma jurídica o que alguien ajusta a ella su conducta, se persigue un fin para cuyo logro es preciso elegir los medios.

Por tanto, debe concebirse el Derecho como una categoría del querer, es decir, como un modo especial de ordenar aspiraciones en relación de medio a fin.

2. El derecho y la moral

Al afirmar que el Derecho es una modalidad del querer, se reconoce implícitamente que no es la única. Por tanto, para determinar la modalidad jurídica del querer, será necesario dilucidar críticamente todas las posibilidades de ordenación que se pueden presentar en las relaciones entre fines y medios.

Reflexionando sobre los posibles modos de articular los fines y los medios, en su calidad de formas puras, y sin

descender al terreno empírico de las aspiraciones limitadas y concretas, tropezamos con dos posibilidades exclusivas:

1° El querer moral o aislado, esto es, el modo especial de ordenar teleológicamente las aspiraciones en la vida interior de cada hombre; y

2° El querer social o vinculatorio, esto es, el modo especial de ordenar teleológicamente las aspiraciones en la vida social.

El querer vinculatorio, como método formal, es lógicamente necesario, porque es condición indispensable para poner orden y unidad en nuestra conciencia. No cabe, en efecto, concebir la convivencia de varios hombres, sin relacionar recíprocamente sus aspiraciones, es decir, sin que surja inmediatamente la noción del querer vinculatorio.

Tan pronto como se reúnen varios hombres, se entrelazan las aspiraciones de cada uno con las de cuantos entran en contacto con él. Los fines concretos de uno son elegidos por otro para realizar los suyos propios, y aquél, a su vez, encuentra en éstos el medio adecuado para lograr los que él se ha propuesto. De esta manera, el fin de cada uno sirve a la vez de medio para el fin del otro.

Ahora bien, para poner orden en esta complicada urdimbre de aspiraciones que se entrelazan como medios y fines recíprocos, necesitamos un criterio condicionante, un método formal especial. A este método lo llama Stammler el querer vinculatorio, advirtiéndole que el adjetivo “vinculatorio” no debe entenderse como equivalente a obligatorio, sino como sinónimo de entrelazante. El querer vinculatorio no es, pues, más que una modalidad de aquel método teleoló-

gico que se caracteriza por ordenar en función recíproca de medios, los fines de los hombres que conviven en sociedad.

La categoría epistemológica que habíamos denominado el querer, contraponiéndola a la causalidad, se bifurca, en consecuencia, en dos ramas: el querer moral o aislado y el social o vinculatorio.

Los conceptos de lo “moral” y lo “social” tienen en común el ser manifestaciones del querer, modalidades del método que dispone las aspiraciones en relación de medio a fin. Ambos son formas puras que condicionan la materia concreta y limitada de nuestras aspiraciones, pudiendo suceder, por consiguiente, que una misma aspiración caiga, a la vez, bajo el ángulo visual del querer aislado y del vinculatorio.

La diferencia entre ambos estriba tan sólo en el modo especial como ordenan las aspiraciones, replegándose, en el primer caso, hacia la vida interior cuyo criterio formal es la unidad del hombre aislado, y proyectándose, en el segundo, sobre la vida social que se halla determinada conceptualmente por la vinculación de fines.

La noción de vida social o sociedad tiene un contenido sintético que a la luz del análisis crítico, se descompone en los dos elementos siguientes:

1° La vinculación de fines en función recíproca de medios; y

2° La actividad común o cooperación para la satisfacción de las necesidades humanas.

Estos dos elementos se encuentran en la relación lógica de forma y materia: lo que significa que el querer vincula-

torio es la modalidad condicionante de la convivencia humana y que esta convivencia no es concebible sino a través del prisma lógico del querer vinculatorio.

Sentado lo anterior, es indudable que el concepto del Derecho no pertenece al sector moral, sino al social y que dentro de este sector, lo hallaremos no entre los elementos materiales de la noción de sociedad, sino en el aspecto formal de la misma, caracterizado por la vinculación de fines. Debe concebirse, pues, el Derecho como una modalidad del querer vinculatorio.

3. El derecho y los convencionalismos sociales

Con esta afirmación no quedan precisadas aún todas las notas lógicas esenciales que integran el concepto del Derecho, puesto que junto a la modalidad jurídica del querer vinculatorio existen otras que es necesario deslindar cuidadosamente de aquélla.

Reflexionando críticamente sobre los distintos modos posibles de articular en función recíproca de medios, los fines de los hombres que conviven socialmente, tropezamos de nuevo con dos posibilidades absolutas que representan las dos modalidades exclusivas del querer vinculatorio.

1° El querer autárquicamente vinculatorio, o sea, el modo especial de articular en función de medios recíprocos, los fines de los hombres, imponiéndoles la vinculación; y

2° El querer convencionalmente vinculatorio, o sea el modo especial de articular en función de medios recípro-

cos los fines de los hombres, dejando a éstos en libertad de someterse a la vinculación.

La modalidad autárquica entraña una imposición de la vinculación, la que al ser sustraída a la decisión de los individuos sujetos a ella, adquiere generalidad y permanencia.

La modalidad convencional, en cambio, contiene tan sólo una invitación a los individuos para que se sujeten a la vinculación. Ésta, por tanto, no es permanente, sino que se verifica en cada caso concreto.

Al trazar la distinción que antecede, nos hemos fijado únicamente en los distintos modos posibles de concebir la vinculación, sin tener en cuenta para nada la materia concreta condicionada por el querer vinculatorio. Esta materia que consiste en la actividad común o cooperación de los hombres que viven en sociedad, puede estar sujeta indiferente y aun simultáneamente a una vinculación autárquica o convencional.

No debe entenderse esto como si las relaciones que la convivencia establece entre los hombres existiesen de por sí y fuesen posteriormente sometidas a regulación. Al analizar la noción de sociedad, dijimos ya que no nos es dado concebir las relaciones sociales sino a través de la forma lógica del querer vinculatorio. Puede efectuarse de dos modos: imponiéndola autárquicamente a los individuos o dejándola a la decisión convencional de ellos.

A la modalidad convencional pertenecen las reglas de la cortesía, de la gramática, de la etiqueta y otras más que Stammler agrupa bajo la denominación de convencionalismos sociales.

A la modalidad autárquica pertenece, en cambio, el Derecho, por lo que debe concebirse éste como una categoría del querer autárquicamente vinculatorio.

4. El derecho y la arbitrariedad

Si la autarquía de la vinculación forma parte de las notas lógicas esenciales al concepto del Derecho, es indudable que para definir éste debe reflexionarse sobre los diferentes modos de imponer la vinculación. La introspección crítica revela que existen dos posibilidades generales que constituyen las dos únicas categorías del querer autárquicamente vinculatorio:

1º El querer autárquica e inviolablemente vinculatorio, o sea el modo especial de articular los fines sociales en función recíproca de medios, imponiendo la vinculación de manera uniforme y permanente para todos los casos que puedan presentarse; y

2º El querer autárquica pero arbitrariamente vinculatorio, o sea el modo especial de articular los fines sociales en función recíproca de medios, imponiendo la vinculación de manera caprichosa en cada caso concreto que se vaya presentando.

Estos dos métodos de ordenación teleológica coinciden, pues, en la autarquía de la vinculación, pero mientras el primero impone dicha vinculación permanente y uniformemente, el segundo la implanta de caso en caso, según el capricho subjetivo del soberano.

La inviolabilidad entraña, por consiguiente, la exigencia lógica de una vinculación permanente, mas no debe por ello confundirse con la autarquía que implica la

misma exigencia. En efecto, la autarquía logra la permanencia de la vinculación, sustrayendo ésta a la decisión de los individuos vinculados, en tanto que la inviolabilidad alcanza el mismo fin, sustrayendo la vinculación al capricho de quien la impone.

Sentado lo anterior, es evidente que el concepto del Derecho abarca entre sus notas lógicas condicionantes a la inviolabilidad, que es el criterio que lo distingue de las disposiciones arbitrarias.

Con esto queda definitivamente determinado el concepto del Derecho, ya que el análisis crítico revela que no existe ninguna otra forma pura de ordenación de nuestra conciencia que pueda considerarse como condición lógica del conocimiento jurídico.

Stammler define, pues, el Derecho como el querer autárquica e inviolablemente vinculatorio, lo cual en su peculiar terminología, significa que el Derecho es uno de los métodos posibles de ordenación del contenido de nuestra conciencia cuya característica consiste en entrelazar como fines y medios recíprocos, las aspiraciones de los hombres que conviven en sociedad, independientemente del asentimiento de los mismos y sustrayendo la vinculación al capricho subjetivo de quien la impone.

Cada una de las cuatro notas lógicas que integran la esencia del Derecho, separa la noción de “lo jurídico” de otras nociones afines: el querer, de las leyes naturales; la vinculación, de las normas morales; la autarquía, de las reglas convencionales; y la inviolabilidad, de los dictados del poder arbitrario.

El concepto formal del Derecho, tal como ha quedado definido, disfruta de validez absoluta y universal. Es, pues, absurdo hablar de las variantes del concepto del Derecho en los distintos pueblos y épocas. Dicho concepto permanece siempre fijo e inmutable; lo que puede variar es la claridad y la penetración del análisis crítico de las formas puras de ordenación de nuestra conciencia, entre las cuales se encuentra el Derecho.

5. El concepto del derecho en el derecho positivo

Por otra parte, el concepto del Derecho, como forma pura o método de ordenación, sólo puede manifestarse en la realidad histórica, aplicando a aquellas aspiraciones concretas que él condiciona lógicamente. Y la palabra Derecho se emplea, a la vez, para designar el concepto y su aplicación a las aspiraciones concretas. En este último caso, suele agregársele el atributo “positivo”.

Todo Derecho histórico es, según esto, un Derecho positivo. Esta noción contiene dos elementos:

1° El concepto del Derecho, es decir, el método formal del querer autárquica e inviolablemente vinculatorio; y

2° Las aspiraciones concretas que dicha forma condiciona jurídicamente.

El primer elemento permanece siempre fijo e inmutable en tanto que el segundo está sujeto a constantes transformaciones y puede variar infinitamente. Además, el concepto del Derecho, dado su carácter formal, puede ser objeto de un estudio especial, en tanto que las aspiraciones concretas condicionadas por dicho concepto sólo pue-

den pensarse con ayuda de él y, por lo mismo, lo presuponen lógicamente.

IV LA JUSTICIA

El concepto del Derecho, es pues, la noción de la unidad a la que lógicamente se reducen todas las aspiraciones jurídicas concretas. Esta unidad, se obtiene reflexionando críticamente sobre las distintas posibilidades de ordenación del sector de nuestra conciencia integrado por las aspiraciones humanas. Aplicando este método, define Stammler el Derecho como el querer autárquica e inviolablemente vinculatorio.

Pero el concepto del Derecho es una noción parcial que sólo sirve para deslindar una categoría específica del querer frente a otras modalidades teleológicas como la moral, los convencionalismos sociales y las disposiciones arbitrarias. Una vez resuelto este problema, se plantea a la Filosofía del Derecho la cuestión de saber si una aspiración concreta, clasificada conceptualmente como jurídica, es justa o injusta.

Las diferentes aspiraciones jurídicas se hallarían dispersas en nuestra mente, si no fijásemos un punto de mira único hacia el cual todas ellas deban orientarse y que sirva de pauta absoluta de juicio. Este criterio polarizador de las más diversas aspiraciones jurídicas es la Justicia o idea del Derecho que Stammler define como la orientación de un determinado querer jurídico en el sentido de la comunidad pura.

1. La idea del querer

Según Stammler, una aspiración concreta no se halla justificada por el mero hecho de existir. Frente a ella podremos siempre preguntar si es recta o incorrecta, y la respuesta podrá darse de dos maneras distintas:

En primer lugar, examinando si el fin perseguido tiene algún valor para el sujeto de la aspiración, en cuyo caso ésta será subjetivamente recta; y

En segundo lugar, analizando si el fin perseguido tiene un fundamento absoluto, o en otras palabras, si es un fin último y supremo que no sea ya, a su vez medio para ningún otro, en cuyo caso la aspiración será objetivamente recta.

En el primer caso, sirven de pauta de juicio los fines concretos y limitados de cada individuo, que pueden determinarse mediante un análisis psicológico, y la conclusión a que se llegue sólo será válida respecto de una aspiración concreta y en relación con el sujeto de ella. En el segundo caso, en cambio, se aplica un criterio universal y absoluto que únicamente puede ser fijado mediante el análisis crítico del contenido de nuestra conciencia y que permite juzgar de idéntica manera, las más diversas aspiraciones.

La oposición entre la rectitud y la incorrección objetivas constituye la última clasificación posible del sector volitivo de nuestra conciencia y condiciona lógicamente todos nuestros juicios concretos. Está basada en la posibilidad de poner en armonía todas las aspiraciones concebibles, a pesar de la diversidad de su contenido; armonía que sólo

puede lograrse sujetándolas a una pauta de juicio única y decisiva. Recto, significa pues, en la terminología de Stammler, unitariamente ordenado.

Esta posibilidad que se presenta aquí, nuevamente, como postulado de la Teoría Crítica del Derecho, induce a buscar un punto de apoyo absoluto, en medio del caos de las aspiraciones simplemente personales, y a reflexionar críticamente sobre el método invariable para juzgar de los medios y los fines humanos, por diversos que sean.

Sentado lo anterior, es evidente que ningún fin concreto y limitado deberá erigirse en criterio absoluto de juicio. Aquella medida ideal sólo puede consistir en una forma pura de ordenación, esto es en una noción cuyo contenido pueda ser depurado, mediante el análisis crítico, de toda materia concreta.

2. La pureza del querer

A esta noción absoluta que permite juzgar de un modo idéntico todas las aspiraciones concebibles, la llama Stammler el querer puro o libre. Según esto, una aspiración concreta será objetivamente recta cuando se oriente en el sentido de la pureza o libertad del querer.

La palabra “querer” no se emplea aquí, tampoco en un sentido psicológico, sino que designa una modalidad condicionante de ordenación de las más diversas aspiraciones, una forma pura necesaria para juzgar de los fines humanos concretos y para alcanzar la unidad que los abarque y englobe.

La característica fundamental de esta noción consiste en que se halla depurada de toda materia concreta, libre

de todo elemento condicionado, lo cual le da un alcance absoluto. El atributo “puro” no debe interpretarse en el sentido de origen apriorístico, ni el adjetivo “libre” entenderse como libertad causal, sino que ambos aluden a la depuración de toda materia concreta. En otras palabras, el querer puro o libre no es un fenómeno psicológicamente perceptible, sino cierta modalidad lógica, absoluta y siempre idéntica, de juzgar las aspiraciones humanas.

Es preciso no confundir lo objetivamente recto con lo absolutamente recto. Un valor absoluto corresponde únicamente a la forma pura de ordenación, pues si ésta no existiese incondicionalmente, no sería posible reducir a unidad la variedad de la materia múltiple. Pero la elaboración de esta materia mediante aquel criterio, conduce tan sólo a resultados objetivamente rectos.

Es así como se explican las relativas divergencias entre las doctrinas morales y jurídicas de los diferentes pueblos y grupos humanos, divergencias que no desmienten el valor absoluto del querer puro.

Por otra parte, el querer puro es una idea y ésta, en el sentido preciso de la palabra, se distingue netamente del concepto.

La idea es la representación de la totalidad de cuantos fenómenos son posibles en el mundo de las aspiraciones; totalidad que naturalmente no debe entenderse en un sentido cuantitativo, como enumeración hasta el infinito, sino como algo cualitativo y peculiar: lo absoluto opuesto a lo concreto. Tampoco debe concebirse la idea como totalidad de las formas que condicionan nuestro conocimien-

to, sino como totalidad de los datos materialmente condicionados de nuestra conciencia.

Tanto el concepto como la idea son formas puras, pero seccionan la materia condicionada en direcciones radicalmente distintas, pues no es lo mismo reducir una aspiración concreta al concepto del querer, determinando sus características formalmente fijas, que juzgar de su rectitud con arreglo a la idea del querer, esto es, tomando como pauta la representación de una armonía de la masa variable de todas las posibles aspiraciones.

Se sigue de aquí, que el concepto del querer se encuentra realizado plenamente en cada una de las aspiraciones concretas que él condiciona, mientras que la idea del querer no puede realizarse jamás en la experiencia limitada.

Esta última, que consiste en la pureza o libertad del querer es, por consiguiente, un punto de orientación fijo y absoluto, pero eternamente inasequible. Stammler la compara con la estrella polar a la que el marino eleva su mirada, no para llegar a ella y desembarcar allí, sino para orientarse y alcanzar la meta de su viaje.

3. La doble aplicación de la idea del querer

Para calificar de objetivamente recta una aspiración concreta es preciso demostrar que se orienta en dirección de la idea del querer, o sea de la pureza del querer.

Esta ley fundamental rige para toda aspiración humana, independientemente de su característica conceptual, es decir, sea cual fuere la modalidad condicionante a que se halle sujeta: la moral, la convención, la arbitrariedad o

el Derecho. Sólo mediante la aplicación de dicha ley podremos saber si son objetivamente rectas las diferentes clases de aspiraciones, en su modo concreto de manifestarse. Por consiguiente, la investigación no debe detenerse aquí, pues queda aún por dilucidar el resultado de la aplicación de la idea del querer a los distintos sectores conceptuales de aspiraciones.

Ante todo, habrá que tener en cuenta la fundamental división del querer en dos categorías:

1° El querer moral o aislado; y

2° El querer social o vinculatorio.

Esta distinción conceptual entre la vida interior y la vida social, entre el mundo de las intenciones aisladas de cada hombre y el de la vinculación de fines en la convivencia humana, conduce a una bifurcación de la rectitud en dos modalidades distintas:

1° La rectitud moral; y

2° La rectitud social.

Ninguna de estas dos modalidades disfruta de primacía lógica sobre la otra, sino que ambas se encuentran contenidas en la idea del querer y surgen al desdoblarse ésta en su aplicación a la vida interior y a la convivencia humana.

Cada una de ellas se encuentra colocada como criterio supremo de ordenación, al frente de su respectivo mundo conceptual. De aquí que una aspiración concreta pueda ser, al mismo tiempo, socialmente recta, pero moralmente incorrecta y viceversa.

4. La rectitud moral o pureza interior

La aplicación de la idea del querer a la vida interior de cada hombre nos conduce al punto de mira ideal de la pureza interior, o sea de una armonía perfecta del mundo de los deseos y de las intenciones.

La noción de pureza o libertad interior se emplea aquí en el sentido de independencia de apetitos empíricos, ya que en ningún fin limitado puede encarnar la ley suprema del querer.

Para orientar nuestros deseos e intenciones en el sentido de la pureza interior, pueden servirnos de guía dos máximas:

1ª La de la veracidad que conduce a la armonía de lo absurdo y lo concreto que puede formularse así: “no te engañes a ti mismo”; y

2ª La de la perfección que lleva a la subordinación de lo concreto a lo absoluto y que puede expresarse del siguiente modo: “no erijas nunca un fin concreto en ley suprema de tu querer”.

Moralmente recta será, pues, toda aspiración concreta que se oriente en el sentido de la pureza interior o sea de la armonía perfecta de nuestra vida interior.

5. La rectitud social o comunidad pura

De la aplicación de la idea del querer a la vinculación de fines en la convivencia social, resulta la pauta de juicio que Stammler denomina la comunidad pura, entendiendo por tal una comunidad de hombres “librevolentes”, esto es, de hombres que orientan sus aspiraciones concretas en el sentido de la pureza o libertad del querer.

Stammler distingue cuidadosamente los conceptos de sociedad y comunidad. La sociedad es la vinculación de los fines de varios hombres en función recíproca de medios. En toda vinculación de este tipo se realiza plenamente el concepto de sociedad. La comunidad, en cambio, es el punto de mira ideal de la vinculación de fines en la convivencia humana. No es, pues, una meta que pueda llegar a alcanzarse algún día, sino simplemente una directriz ideal, una forma pura de juicio que sirve de faro a nuestras aspiraciones concretas.

En consecuencia, la noción crítica de la comunidad pura debe entenderse como el punto de mira ideal por el que debe orientarse la vinculación de fines en una sociedad empírica dada, si aspira a alcanzar la rectitud objetiva. Al querer vinculatorio orientado en este sentido, lo denomina Stammler el querer común, expresión que equivale a querer objetivamente recto.

Ahora bien, esta noción de la comunidad pura que corre paralela a la de la pureza interior, abarca el sector conceptual de la vinculación de fines con sus tres categorías: la jurídica, la convencional y la arbitraria.

Estas tres modalidades del querer social se distinguen entre sí según los distintos modos lógicos de realizar la vinculación de los fines, pero esta diferencia no es óbice para que todas ellas se encuentren sujetas a la noción de la comunidad pura que como pauta absoluta de juicio, permite clasificar en rectas o incorrectas, las aspiraciones ya determinadas conceptualmente.

A la rectitud social, esto es, a la rectitud objetiva de la vinculación de fines se le llama Justicia. Puede definirse,

por consiguiente, la Justicia como la orientación de un determinado querer jurídico (o social en general), en el sentido de la comunidad pura, esto es, de la perfecta armonía de la convivencia.

Para encauzar la vinculación de los fines humanos en una sociedad histórica, hacia el ideal de la comunidad pura, pueden servir como líneas directivas formales, dos principios:

1° El de respeto que se traduce en la máxima de considerar siempre a los individuos vinculados como personas, esto es, como fines en sí; y

2° El de solidaridad que sirve de base a la máxima de no trazar los límites de la vinculación de un modo simplemente subjetivo.

6. La idea del derecho y el derecho justo

La idea del Derecho debe distinguirse del Derecho justo. Aquélla es el punto de orientación de todo Derecho positivo que aspire a merecer la calificación de objetivamente justo, y este ideal social representado por la noción de la comunidad pura, tiene un alcance absoluto porque no entraña ninguna materia contingente y variable. El Derecho justo, en cambio, es un Derecho positivo que surge a través de un proceso histórico determinado, y en el que además de la característica conceptual del querer autárquica e inviolablemente vinculatorio que condiciona la materia de la cooperación social, concurre la nota formal de hallarse orientado en el sentido de la comunidad pura.

Esta orientación es la que vale al Derecho positivo el atributo de justo; pero el hecho de que un Derecho históricamente dado sea justo, sólo tiene un carácter objetivo y no absoluto, pues la comunidad jurídica, como idea, nunca podrá realizarse plenamente dentro de la materia transitoria y mudable de la cooperación social.

CAPÍTULO PRIMERO

LA TEORÍA

I.— *Teoría* es una doctrina que tiene *validez general*. La Teoría se distingue de la *Técnica* y de la *Práctica*.

La esencia de la *Técnica* consiste en la limitación a un fin *circunscrito*. La *Técnica* se detiene en un punto de vista *condicionado* y lo toma *provisionalmente* como criterio *último*. La *Teoría* enfoca la *totalidad* de la vida del espíritu e investiga la inserción armoniosa de todo suceso *condicionado en la suprema unidad de la conciencia*.

La *Práctica* es la aplicación de una doctrina a *un caso particular*. Para ella es indiferente que se trate de una proposición teórica o técnica; lo importante es colocar bajo la regla correspondiente, una cuestión particular planteada en la experiencia.

II.— Entre las doctrinas que se presentan con pretensiones de validez general, deben distinguirse las que son *absolutamente* verdaderas de las que lo son tan sólo *objetivamente*.

Las últimas elaboran *la materia* de nuestras vivencias de acuerdo con directrices generales, y ordenan también

las impresiones y aspiraciones conforme a un método fijo y fundamental. Dichas doctrinas pueden ser corregidas y mejoradas mediante nuevas observaciones o gracias a una penetración más exacta en su contenido; para ellas existe un *progreso de la Ciencia*.

En cambio, sólo puede disfrutar de validez *absoluta*, la *manera invariablemente regular* de determinar y ordenar unitariamente todos los sucesos condicionados. *El método condicionante de ordenación* es llamado, desde antaño, en el lenguaje académico, *la forma del conocimiento*. Ésta debe ser en última instancia, *incondicionada*, pues de lo contrario, el contenido de la conciencia permanecería confuso y desordenado.

El conocimiento de las formas puras de la determinación y ordenación unitarias debería llamarse *Teoría*, en un sentido más exacto de la palabra. Dicho conocimiento se obtiene por la vía de la *autorreflexión crítica*, como respuesta a la pregunta: ¿Mediante qué razonamientos permanentes es posible poner orden y unidad en la conciencia?

III.— Según esto, una *Teoría del Derecho y del Estado* tiene por objeto todo aquello que acerca del Derecho y el Estado cabe afirmar *con validez general*. De acuerdo con lo expuesto, dicha Teoría debe poner de manifiesto *las formas puras* mediante las cuales pensamos jurídicamente y juzgamos de manera radical un querer jurídico dado. Al pretender determinar el método regular para la comprensión de las nociones jurídicas, buscar un criterio que permita demostrar *científicamente*, es decir, de

manera incondicionalmente unitaria, si un Derecho histórico dado posee o no la cualidad de la *rectitud*.

IV.— La historia de estos esfuerzos corre paralela al desarrollo general del pensamiento teórico. En la antigüedad, culminan en la filosofía griega; son acogidos de una manera más intuitiva, por la jurisprudencia romana, y desarrollados en la Escolástica de la Edad Media, como conclusiones de su sistema fundamental.

La época moderna ofrece una cadena ininterrumpida de intentos para desentrañar *el pensamiento unitario condicionante* de todo Derecho positivo, y comprender a este último según la *legalidad* a que *en posterior instancia*, está sujeta nuestra existencia.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA RAZÓN DE ESTADO

I.— Nicolás Maquiavelo. Nació en Florencia, en 1469. En 1498 entró al servicio de su ciudad natal, que desde 1494 se había constituido en República. Con la restauración de los Medici por el Papa Julio II, en 1512, perdió su cargo. Por su participación en conspiraciones republicanas, fue encarcelado temporalmente; a pesar de sus múltiples esfuerzos, no logró volver a ocupar ningún puesto público. Murió en 1527, en su finca campestre “La Strada”, cerca de Florencia.

Maquiavelo dejó cuatro obras fundamentales: *Sobre el Arte de la Guerra*, *Historia Florentina*, “*Il Principe*” (publicada en alemán en la Biblioteca Histórico-Política y

en la colección Reclam) y “*Discorsi*”: Disertaciones sobre la primera década de Livio. Aquí tienen interés los dos últimos libros. Ambos fueron escritos al mismo tiempo y publicados hasta 1531. El libro del Príncipe está dedicado a Lorenzo de Medici y la otra obra, a dos amigos republicanos del autor. En esto han creído algunos descubrir una contradicción, porque en un caso se recomienda la monarquía y en otro, la república, haciendo el elogio de instituciones romanas arcaicas. Esta objeción carece de fundamento. Maquiavelo es de opinión que ninguna forma de Estado puede ser considerada en sí misma, como la mejor, y que las instituciones estatales están sujetas necesariamente a cambios.

En este punto se apoya en Aristóteles, y repite la descripción que éste hace del ciclo en que se desenvuelve la historia de los Estados: exaltación del más fuerte y más sabio al rango de príncipe y, enseguida, degeneración de sus herederos; después, gobierno aristocrático de los que superan a los demás en nobleza, talento y fortuna, y enseguida, codicia y despotismo de sus sucesores; como consecuencia, creación de una democracia que, empero, conduce al desenfreno de la multitud, por lo cual se restaura la monarquía. Por cierto que raras veces un mismo Estado soporta estas vicisitudes; generalmente sucumbe después de algún tiempo (“*Discorsi*” I).

Por esta razón, Maquiavelo infiere de las experiencias que ofrece la historia de los Estados, un cúmulo de reglas y buenos consejos para el político y especialmente para el Príncipe. Allí encontramos junto a muchas observaciones atinadas y útiles, también otras recomendaciones que en

todos los tiempos han sido consideradas como recursos inadecuados y carentes de justificación. Así, por ejemplo, el consejo de exterminar a una dinastía vencida o el de destruir la ciudad cautiva, si estaba habituada a la libertad; la recomendación de que se falte a la palabra empeñada cuando el bienestar del Estado lo exige; la formulación de la tristemente célebre frase: “*para un príncipe que quiere mantenerse en el poder es indispensable que aprenda a no ser bueno*”, (“*Il Principe*”, Caps. 3, 5, 15, 1 y 7 otros).

II.— El esclarecimiento de esta contradicción presenta dificultades.

Una explicación puramente *histórica*, que se conformara con buscar *los orígenes* de dicha doctrina en la situación que guardaba el autor en aquella época, nada diría acerca de su *justificación sistemática*. Tampoco resuelve el problema, el simple comentario de que Maquiavelo consideraba y tomaba a los hombres “*tal como son*” puesto que él emite sus doctrinas y consejos creyendo naturalmente lograr con ellos un resultado *justo* (consúltese Cap. 18).

De aquí que el libro del Príncipe no haya escapado al destino de ser considerado como una sátira, aunque sin fundamento ninguno, porque los consejos que da Maquiavelo son de la misma índole para la monarquía que para la república; al grado de que con frecuencia se recomiendan en común para ambas formas de estado (V. g. “*Discorsi*” I, 10; 19 y sigts.; 51; II, 20 y sigts.; III, 3; 19; y muchos otros). En realidad contienen acertados comen-

tarios y penetrantes observaciones, inspirados en un patriotismo entusiasta (*“Il Principe”*, Cap. 26). Presentar a Maquiavelo simplemente como un monstruo moral, como lo hace Federico II en su *“Antimaquiavelo”*, (1740), no es tampoco admisible.

III.— En verdad, Maquiavelo no pierde nunca de vista la finalidad de *justificar objetivamente* determinadas situaciones. Sólo que la única condición que para ello exige, es el ordenamiento jurídico y la coacción estatal. Los hombres, dice, son malos por naturaleza (*“Discorsi”* I, 2; *“Il Principe”*, Caps. 17 y 18) y las leyes los hacen buenos (*“Discorsi”*, I, 3). De este modo, Maquiavelo se convierte en creador de la *“razón de Estado”* (sostenida frecuentemente con posterioridad a él), que considera como criterio *supremo* de todo querer humano, el mandato ocasional del Estado.

Partiendo de este orden de ideas, es explicable que Maquiavelo haya llegado a admitir como lícito el empleo de *cualquier medio* para la creación e imposición de un Estado fuerte. También la Religión es, según él, únicamente una institución externa para el mantenimiento del orden dentro del Estado (Véase *“Discorsi”* I, 11). En su opinión, son *malas* exclusivamente aquellas leyes que tienden a debilitar el poder estatal (consúltese, sin embargo, también *“Il Principe”*, Cap. 15).

IV.— Sometida a un análisis crítico, la doctrina de Maquiavelo resulta *fundamentalmente incorrecta*.

Falta en ella, en primer lugar, la indispensable distinción entre Derecho y Moral, así como también entre

Derecho y Estado. Pero, sobre todo, las explicaciones de aquel autor no arrojan ninguna luz sobre el criterio que permita decidir, en última instancia, acerca de la justificación intrínseca de las disposiciones de un querer jurídico.

La característica de “*lo bueno*” no puede consistir, como tal, en la observancia de los artículos de un Derecho estatal, porque éste tiene tan sólo una validez condicionada y limitada. Para poder determinar un querer *fundamentalmente justo*, hace falta orientar las aspiraciones que surgen empíricamente, hacia *la idea de la pureza de voluntad*. Nos representamos mentalmente un querer depurado de todo deseo subjetivo del individuo volente y juzgamos el contenido condicionado de una aspiración dada, según su relación con aquella idea.

Ahora bien, si el Derecho de origen histórico, dada su *particularidad*, no reproduce precisamente *el criterio ideal* de lo noble y bueno, entonces resulta infundada la opinión de Maquiavelo de que para considerar justificada una situación, basta la simple observancia del Derecho positivo. Claro es que el Derecho vigente debe ser protegido, en lo interior y en lo exterior, contra toda clase de *ataques arbitrarios*. *Derecho y poder* no son opuestos, sino que deben *complementarse* necesariamente. El *Derecho* debe esclarecerse *críticamente* en su peculiaridad de modalidad especial del querer humano; en cuanto al *poder*, se plantea el problema *psicológico* de dar vigencia efectiva a un querer determinado, concebido como *Derecho*. Sin esto último, no tendría utilidad práctica aquella reflexión crítica sobre el concepto del Derecho.

Hasta allí tenía razón Maquiavelo. Pero con ello *no* se ha fijado aún el punto de vista *supremo* para la tarea del estadista y del legislador. Ésta no se agota en la mera imposición de un Derecho, *tal como casualmente existe*, sino que culmina en su reforma y mejoramiento constantes *con miras a la idea de la Justicia*. Con arreglo a ésta debe también ser juzgado el *Derecho* que se apoya en el poder. *De la idea de Justicia* y no del “*derecho del más fuerte*” (en este sentido, Fichte en su ensayo sobre la Política de Maquiavelo. Consúltese Capítulo Duodécimo) deriva la exigencia enteramente justificada de que se combata la opresión arbitraria de los enemigos exteriores y se rompan las cadenas del despotismo extranjero; exigencia que Maquiavelo proclama en el bello final de su obra (“*Il Principe*”, Cap. 26).

CAPÍTULO TERCERO

LAS UTOPIÁS

I.— Tomás Moro. Nació en Londres, en 1478. En 1529, se le nombró Lord Canciller. Negóse a prestar el Juramento de Supremacía exigido por Enrique VIII. Fue ejecutado en 1535.

Escribió en 1516, “*De optimo rei publicae statu deque nova insula Utopia*”. El libro describe un Estado modelo imaginario, organizado de acuerdo con concepciones y tendencias comunistas.

II.— La narración fantástica de un “*país de nadie*”, con propósitos político—sociales, encontró aplauso y numerosos adeptos. Entre otros muchos son dignos de mención:

Campanella, “*Civitas solis*”, 1620. Harrington, “*Oceana*”, 1656. Vairasse, “*Histoire des Sevarambes*”, 1677. Cabet, “*Voyage en Icarie*”, 1840. Bellamy, “*Looking backard 2000–1887*”, 1887 (*sic*). Hertzka, “*Tierra Libre*”, 1890.

Sin embargo, la Historia social sólo registra casos aislados de instituciones comunistas y organismos comunales. En algunos aspectos, la Constitución espartana de Licurgo. No así, las primitivas comunidades cristianas que respetaban la propiedad privada y fundaban en ésta, la ayuda fraternal entre sus miembros (compárese “Historia de los Apóstoles”: 2, 44 y sigts.; 4, 32 y sigts.; 5, 1 y sigts. Ananias pudo haber conservado su propiedad, pero no debió haber engañado al Apóstol). Si, en cambio, a partir del siglo XVI, los anabaptistas y diversas sectas y comunidades religiosas, especialmente en Norteamérica (deben mencionarse los Amanates y de modo muy peculiar los Mormones); en épocas más modernas, también algunas comunidades puramente laicas (compárese Katscher, “Comunidades sociales”, 1906). En cierto modo, así mismo, el Estado jesuita, en Paraguay, de 1610 a 1766.

III.— Es muy dudoso que Moro se haya inspirado en Platón al escribir su obra. Sólo podría traerse a colación el Diálogo incompleto “*Kritias o Atenas y la Atlántida nueve mil años antes de Solón*”. Pero éste describe únicamente la sencillez, valentía y patriotismo de los antiguos atenienses, sin hacer la menor referencia a instituciones internas del Estado. En sus principales obras (“República”, “Leyes”, “Política”) no esboza Platón ninguna Utopía, sino que da orientaciones formales para una

buena política. Propone un procedimiento complicado para la designación del grupo de los gobernantes, desligándola de la elección por la multitud y de los intereses personales (en tanto que en el *“Politikos”*, Cap. 41, declara que la mejor forma de Estado es la *“monarquía sujeta a leyes”*). Sólo por esta razón, no debe tener familia ni bienes el reducido grupo de pretendientes a los supremos cargos estatales. La inmensa mayoría de los habitantes, en cambio, debe vivir bajo el régimen de la propiedad privada y de la libertad contractual, pero también permanecer alejada de toda participación en los negocios del Estado, –todo lo cual se opone a las instituciones de la isla de Utopía–.

IV.– Las Utopías son creaciones poéticas. Pero no se conforman con el placer que proporciona la actividad artística de la imaginación creadora. (Así, en la Antigüedad, las novelas –que no se han conservado– de Hecateo, Jambulo, Teopompo y especialmente la descripción de la isla *“Panchaia”* de Eutemero; en épocas posteriores, algunos cuentos y aventuras legendarias como los *“Viajes de Gulliver”* de Swiff y otros semejantes). Pretenden más bien, con toda seriedad, oponer a las condiciones sociales históricamente conocidas, otras distintas y mejores. Formulan proyectos de nuevas instituciones jurídicas y pintan los resultados que cabe esperar de ellas.

Por otra parte, lo mismo ocurre con toda iniciativa de Ley, sea cual fuere la situación en que se presente. Del mismo modo que cualquier tendencia reformadora de Política práctica, la Utopía nace de la experiencia del

Derecho preexistente y en cuanto a su *origen*, en nada difiere de ella.

La característica esencial de la Utopía consiste, más bien, en que atribuye determinadas cualidades imaginarias a los hombres descritos por ella e inventa ciertas posibilidades tecnológicas de vida. Para esta existencia libremente inventada, traza entonces sus instituciones jurídicas y estatales. (De aquí la sátira de Holberg, “*El Viaje Subterráneo de Niels Klimm*”, 1741, que ridiculiza semejantes Estados ideales, con su descripción de árboles ambulantes o de tigres dotados de razón y otros supuestos seres políticos).

Las condiciones *jurídicas* de la cooperación creadas de esta manera, son consideradas luego por la Utopía como *fundamentalmente justas*. Pero la *demonstración* de esto sólo podría deducirse de una teoría jurídica intrínsecamente justa. De aquí que las Utopías carezcan de importancia inmediata en lo que concierne al esclarecimiento del método adecuado al estudio *científico* de la cuestión social, si bien tienen valor *por la forma poética de su exposición*, como *incitaciones* a la reflexión crítica sobre nuestro Derecho y nuestra vida.

CAPÍTULO CUARTO

EL DERECHO NATURAL

I.— *El Derecho Natural es aquel que en su contenido corresponde a la Naturaleza.*

Implica la idea de un Derecho intrínsecamente justo, que se contrapone a los Derechos *meramente* positivos.

Como criterio se toma a “*la Naturaleza*”. Esta palabra se emplea aquí indudablemente en sentido traslaticio. Y como no puede significar, en este caso, “*incultura*”, debe entenderse como “*esencia*” (*Esencia* de un objeto: la unidad de sus determinaciones permanentes). Así entendida, es susceptible de dos interpretaciones: a) *Naturaleza del hombre*; b) *Naturaleza del Derecho*. De la primera deriva el *Derecho Natural*, en sentido estricto; de la segunda, el *Derecho Racional* (Véase Cap. Décimo).

II.— Los representantes más importantes del Derecho Natural son:

1.— Hugo Grocio (1583-1645). Deben mencionarse: “*Mare liberum seu de iure quod Batavis competit ad Indica commercia*”, 1609; pero especialmente “*De iure belli ac pacis*”, 1625.

Grocio es el primero que plantea con toda precisión el problema mencionado (I), procurando desvincularlo de la fundamentación eclesiástica tradicional. Por su postulación de un Derecho “*natural*”, válido *por encima de los Estados* mismos, se le considera como el fundador del *Derecho Internacional moderno*.

Reflexionando sobre la esencia de la naturaleza humana, encuentra como cualidad fundamental del hombre (que lo distingue de todas las criaturas); el “*appetitus societatis*”, o sea, el impulso a convivir con sus semejantes no en una sociedad cualquiera, sino tranquila y racionalmente ordenada.

Se agrega a esto, la facultad humana de reconocer y perseguir lo que le es útil, sobreponiéndose a las transitorias incitaciones de los sentidos.

Partiendo de aquí, puede demostrarse “*a priori*”, que es un precepto de Derecho Natural, “*si ostendatur alicuius rei convenientia aut disconvenientia necessaria cum natura rationali ac sociali*” (V. g., no atacar a otros, porque de lo contrario les corresponde el Derecho natural de la defensa propia; cumplir los contratos, etc.). Esta demostración puede ser corroborada por otra “*a posteriori*” consistente en que un precepto jurídico determinado ha sido reconocido y observado como Derecho Natural, en todos los pueblos o, cuando menos, en los cultos.

2.— Tomás Hobbes (1588-1679): “*Elementa philosophica de cive*”, 1642; “*Leviathan sive de materia forma et potestate civitatis ecclesiasticae et civilis*”, 1651.

Hobbes niega que el hombre sea un “*ser social*”, porque los niños, los ignorantes y los faltos de juicio tienen la misma naturaleza que los demás hombres y, sin embargo, no pueden comprender las condiciones y el fin de las comunidades jurídicas. En consecuencia, no es posible explicar el Derecho y el Estado sólo en función de disposiciones y facultades naturales preexistentes en el hombre. El rasgo fundamental de la naturaleza humana consiste, más bien, según Hobbes, en que el hombre tiene *miedo* del hombre. Debe tenerlo porque existe una igualdad natural en lo que toca a la posibilidad y facilidad de perder la vida, y porque cada hombre procura hacer daño a los demás.

De aquí que el Derecho del “*status naturae*”, es decir, del estado natural del individuo, considerado aisladamente, (pero tan sólo en la abstracción y no como si ésta

hubiera sido una realidad histórica) consista en que cada uno pueda tomar lo que necesita para su conservación, por lo que la característica de este estado es el “*bellum omnium contra omnes*”. Pero la guerra es contraria al instinto natural de la conservación, por lo que “*prima et fundamentalis lex naturae est, quaerendam esse pacem, ubi haberi potest; ubi non potest, quaerenda esse belli auxilia*”.

De esta ley fundamental de carácter general, deduce Hobbes veinte preceptos *particulares* de Derecho natural, cuya observancia es la condición indispensable para lograr la paz entre los hombres. Desde luego, que debe renunciarse al derecho a todo (pues de lo contrario, surgiría la guerra y se violarían las reglas de la paz, es decir, la ley natural fundamental; de este modo se intenta, por primera vez, la justificación jusnaturalista de la propiedad privada). Enseguida, que los contratos deben cumplirse; que no se debe ser ingrato, ni proferir injurias, ni ser orgulloso. Además, derecho de primogenitura, inviolabilidad de los parlamentarios, reglas sobre el arbitraje, testigos, juicios en causa propia, etc. La mejor constitución estatal será la que garantice de manera más eficaz, la observancia de aquellos preceptos. Dicha forma de Estado es, como lo explica detalladamente Hobbes, la monarquía absoluta.

3.– Samuel Pufendorf (1632-1694): “*De statu imperii Germanici liber unus*” que se publicó en 1667, bajo el nombre de Severinus de Monzambano, y en el que después de describir la constitución y la situación política del Reich en aquella época, se opone a las reformas radi-

cales de Hippolithus a Lapide (*“De ratione Status in Imperio Romano–Germanico”* publicado bajo pseudónimo en 1647) y especialmente a la *“extirpatio domus Austriacae”*. *“De iure naturae et gentium libri VII”*, (1672); *“De officio hominis et civis”*, (1673) que contiene un resumen de las ideas del anterior.

Pufendorf traza un sistema de deberes naturales, seleccionando y fundiendo las doctrinas de Grocio y Hobbes. Acepta como naturaleza de todo ser viviente, el instinto de conservación, *“se ipsum conservare”*, y como estado natural del hombre, considerando a éste desligado de toda cultura (*“como si hubiere caído del Éter o de alguna otra parte, sobre la Tierra”*): *la debilidad e imbecilidad, “imbecillitas”*. Ahora bien, como el hombre necesita la ayuda de sus semejantes y, por otra parte, cada uno tiene la posibilidad de hacer daño a los demás, resulta que la ley suprema que impone la consideración racional de la naturaleza humana, es: *“cuilibet homini quantum in se colendam et servandam esse socialitatem”*.

El *Derecho Natural* de Pufendorf tiene, pues, el carácter de un *mandamiento* dirigido *al individuo*. Éste debe, como hombre y como ciudadano, amar y honrar al prójimo, respetar su propiedad, cumplir los contratos y comportarse debidamente en el seno de la familia y del Estado.

La importancia histórica de esta teoría radica en que erige una doctrina moral *laica* frente a la eclesiástica tradicional. El *poder estatal* debe guiarse por ella de tal manera que, al velar por la seguridad jurídica común y

por el bienestar público, no viole los derechos naturales de los ciudadanos.

4.– Christian Thomasius (1655-1728), una de las figuras más destacadas de la vida espiritual de su tiempo. Aquí interesan: “*Institutiones iurisprudentiae divinae*”, 1687; “*Fundamenta iuris naturae gentium*”, 1705.

Pensamiento fundamental: todos los hombres desean *una vida larga y feliz* y detestan la muerte. De aquí que el precepto supremo del Derecho Natural, en su sentido más amplio, sea “*Facienda esse, quae vitam hominum reddunt et maxime diuturnam et felicissiman et evitanda, quae vitam reddunt infelicem et mortem accelerant*”.

De este precepto se deducen tres especies de mandamientos racionales:

a) “*honestum*”, lo honesto: “*quod vis ut alii sibi faciant, tu et facias*”;

b) “*decorum*”, lo decoroso: “*quod vis ut alii tibi maciant, tu et ipsis facias*”;

c) “*iustum*”, lo justo: “*quod tibi no vis fieri, alteri ne feceris*”.

Las reglas:

a) de la *Ética*: actúan en la intimidad y crean el *bien supremo*;

b) de la *Política*: conquistan amigos; son indiferentes para la disposición de ánimo; *bien intermedio*;

c) del *Derecho Natural* (en sentido estricto): evitan enemistades, pero no bastan para ganar amigos. Crean el

bien mínimo, pero evitan *el máximo mal*. Por ello son las más necesarias; sin ellas perecería la especie humana.

De este modo trató Thomasius de distinguir el *Derecho* de la *Moral*, con más precisión que sus antecesores. Pero también el “*Derecho Natural*” es únicamente un mandamiento de la razón para el hombre individual. La sociedad civil debe imponer dichos mandamientos, para lo cual traza Thomasius un sistema completo de Derecho civil y público.

III.— También en épocas más modernas se ha intentado, con frecuencia, recurrir a “*la naturaleza humana*”, como punto de apoyo para consideraciones sociales. Especialmente en la cuestión del *socialismo* utópico: a veces para su justificación (así Fourier, “*Cabaliste, papi-llone, composite*”); otras para su refutación (así Schafer; A. Wagner).

IV.— En realidad, la referencia a la “*naturaleza del hombre*” como base de una teoría del Derecho y el Estado, es metódicamente inadecuada. Porque si se prescinde de todas las peculiaridades históricas, de las cualidades e instintos de los hombres, mediante las cuales se distinguen indudablemente en la experiencia unos de otros, no quedan sino meras disposiciones *fisiológicas*, que requieren desarrollo y educación.

La recta forma de la fijación de fines no deriva, por tanto, de manera unitaria y generalmente válida, de la simple disposición natural por sí sola. Y aún el “*amor propio*” de cada hombre —considerado como resorte natural— resulta enteramente vago: porque queda por resol-

ver el problema de la fuerza y dirección con que el amor a sí mismo impele o arrastra al individuo.

La *legalidad* en el reino del querer, como posibilidad *de ordenar en forma unitaria* el contenido abigarrado de las aspiraciones humanas, sólo puede ser representada como pensamiento ideal de una *armonía perfecta* de todos los contenidos volitivos imaginables. Únicamente con referencia a dicho ideal, puede afirmarse o negarse la *justificación fundamental* de una exigencia jurídica particular.

CAPÍTULO QUINTO

EL DERECHO COMO PARTE DE LA NATURALEZA

I.— Baruch Spinoza (1632-1677). Tienen aquí especial interés: “*Tractatus theologico-politicus*”, Cap. 16; y “*Ethica*”, libro IV.

Spinoza reconoce la determinación necesaria de *todas* las cosas y pretende reducirlas a una sola unidad jusnaturalista, la “*sustancia*”. Ésta es: “*id, quod in se est et per se concipitur, hoc est id, cuius conceptus non indiget conceptu alterius rei, a quo formari debet*”. Pero Spinoza no busca esta última unidad *en la conciencia*, sino que la piensa fuera de ella. No se da cuenta de que el concepto que se forma de la “*sustancia*”, constituye, a su vez, un contenido de la conciencia, y que el punto lógicamente último que puede alcanzarse, es la idea del orden y de la unidad posibles de aquélla.

II.— Ahora bien, la “*sustancia*” es, para Spinoza, el fundamento determinante y activo de todas las cosas. Éstas derivan necesariamente de ella. Podría llamársela también “*Dios*” o quizá, “*Naturaleza*”. La “*sustancia*” está dotada de *atributos* y se revela en modos particulares determinados (“*modi*”); *el hombre* mismo es tan sólo un “*modus*” de la “*sustancia*” única y universal.

De acuerdo con esto, Spinoza se ocupa también de los fines humanos, pero únicamente en cuanto son objeto de la consideración naturalista. Sólo le interesan como atributos del hombre, en su dependencia ya descrita de la “*sustancia*”. Se le escapa igualmente que la ordenación de las alteraciones según “*fines y medios*”, difiere de manera fundamental de la que se hace según “*causas y efectos*”, porque en este último caso, lo posterior es determinado por lo anterior, en tanto que en el primero sucede lo contrario.

III.— A pesar de ello, Spinoza ha intentado fundamentar un “*Derecho Natural*”. Pero él lo entiende, de acuerdo con su concepción básica, en el sentido de “*ley natural*”.

La naturaleza determina a cada individuo a ser y a obrar de cierta manera. Existen, según esto, reglas que conducen a cada ser a exteriorizar su idiosincrasia. Porque cada cosa aspira, hasta donde depende de ella, a conservar su manera peculiar de ser (“*suum esse conservare*”). Conforme a la Naturaleza, tiene cada individuo tanto Derecho cuanto sea su poder: “*Es Derecho natural de los peces, nadar, y de los peces más grandes, devorar a los más pequeños*”.

IV.– La oposición metodológica entre el concepto *del querer jurídico* y la consideración de los *fenómenos exteriores*, resalta con tanta mayor fuerza, cuanto más se propone Spinoza penetrar en dicho querer. Pretende fundamentarlo según su propia misión.

En su opinión, es más conveniente para los hombres, vivir según las leyes de su razón. Pero sólo pueden hacerlo, si se reúnen y forman una comunidad. Pero como cada uno tiene el derecho natural de violar el contrato en que ésta se establezca –así como cualquier otro– tan pronto como tenga el poder necesario para ello, ninguno puede confiar en la buena fe de los demás al celebrar aquél. De aquí que no sería posible ni imaginable la sociedad estatal, si cada uno *se sometiera*, en todo caso, al poder supremo, en interés de la sociedad civil, *renunciando* a su derecho natural. Si, por tanto, el Estado debe considerarse como *el mal* menor en comparación con la anarquía, es preciso reconocer también que aquél es realmente un *medio adecuado* para el logro de la determinación natural de los hombres. Se justifica, en consecuencia, plantear el problema del “*optimus rei publicae status*”. Éste consiste precisamente en concentrar un poder y una fuerza decisivos en manos de un soberano, a quien los súbditos, *de grado o por fuerza*, transfieren su derecho natural, porque sin esto no sería posible una comunidad con sus ventajas *deseables*.

Tan pronto como Spinoza aborda el tema *del Derecho y el Estado*, se inclina inconscientemente a reconocer *la facultad de opción*; pero ésta no tiene sentido lógico cuando sólo se trata de la observación de fenómenos naturales

en las *percepciones*, ni puede sostenerse frente a la representación de la supremacía de la “*sustancia*”. Además, dicha facultad trae consigo inevitablemente la consideración de *finés y medios* e introduce con ello una segunda serie ordenativa, nueva e independiente, que debe separar de la consideración metodológica de los fenómenos exteriores y exige ser comprendida en su significación sistemática con independencia de aquélla.

CAPÍTULO SEXTO

EL AFÁN DE DINERO Y RIQUEZA

I.– B. Mandeville (1670-1733): “*The fable of the bees*” (1705). El libro describe las condiciones para la prosperidad de una comunidad, refiriéndose a una colmena imaginaria.

El Estado florece y prospera de manera segura, gracias a los vicios de sus miembros; decae, tan pronto como éstos se vuelven honrados y sobrios. Porque aquella circunstancia es condición para que puedan adquirirse en plenitud, riquezas, cuyo derroche asegure un buen vivir a los miembros de la comunidad popular, y cuya acumulación garantice el poderío del Estado.

II.– Pero según la exposición de Mandeville, la situación cambió tan pronto como sus abejas se decidieron a llevar una vida sencilla y virtuosa. El comercio decayó entonces, porque todas se habían vuelto sobrias y honradas. El país se empobreció y, como consecuencia, disminuyó su población y se debilitó su posición frente a sus

enemigos exteriores. La vida modesta y la ausencia de todo afán de lucro, aún por medios reprobables, llevó al Estado a la ruina.

III.— Por regla general, en la literatura teórica no se ha sabido qué hacer con esta exposición. Su error metodológico radica, evidentemente, en que descuida el problema de fijar el criterio fundado para juzgar de la bondad de una entidad estatal. Este criterio no puede consistir en la adquisición y posesión de dinero, porque el dinero es sin duda alguna, *un simple medio y, como tal*, no puede erigirse en fin *último* de las aspiraciones humanas. El criterio *supremo* para juzgar situaciones sociales dadas y, por lo mismo, el fin *último* de toda Política orientada científicamente, es, más bien, el *Derecho y la Justicia*. Un Estado florece y prospera cuando en él existe *seguridad jurídica* y cuando el Derecho se inspira en *la Justicia fundamental*.

IV.— De aquí se infiere, además, que el ascetismo de los miembros de la comunidad jurídica no proporciona de ninguna manera, la pauta última y decisiva para juzgar de la bondad de una existencia estatal. También el segundo Estado de Mandeville se encuentra en una situación objetivamente desordenada e injustificada. Contra el culto de la vida exterior nada hay en realidad, que objetar, y la adquisición de dinero y bienes puede subsistir como máxima de la conducta; pero todo esto debe hacerse en forma *fundamentalmente recta*, para que quede justificada tanto la conducta de los individuos como la situación de la comunidad.

CAPÍTULO SÉPTIMO

EL PROBLEMA DEL PERFECCIONAMIENTO

I.– Christian Wolf (1679-1754): “*Ius naturae methodo scientifica pertractum*”, IX, Vol., 1740; “*Intitutiones iuris naturae et gentium*”, 1754 (editado también en alemán por Wolf).

Wolf parte del individuo, como ser moral. Éste tiene la misión de ejecutar todas aquellas acciones que tiendan a la *perfección* del hombre y de su estado y omitir las que le sean opuestas. Partiendo de estos derechos y deberes “*naturales*” del *individuo*, pretende Wolf elevarse a una consideración teórica del fin del Estado.

II.– Por naturaleza, nadie está sometido a otro. Pero en la Historia aparecen “*señoríos*”. Entre ellos incluye Wolf las vinculaciones familiares, el vasallaje y, por último, la “*dominación pública*”, o sea, el Estado. Para la comprensión de este último, es necesario suponer un contrato o algo semejante. El Estado debe procurar la perfección de sus miembros de tres maneras:

1.– “*sufficiencia vitae*”, esto es, por la abundancia de todo aquello que se requiere para las necesidades, la comodidad y el goce de la vida;

2.– “*tranquillitate civitatis*”, esto es, por la liberación del temor a injusticias o a violaciones de su Derecho;

3.– “*securitate*”, esto es, por la liberación del temor a la fuerza exterior.

La conservación de estos bienes se llama “*el bien común*”. Éste es la ley principal. Ahora bien, como los miembros del Estado, que en realidad deberían ejercer el poder conjuntamente y con iguales derechos, pueden transferirlo a un regente, resulta que en semejantes monarquías, tiene el soberano el deber de procurar la expansión del bienestar público. De aquí infiere Wolf un sistema de máximas fundamentales para un buen gobierno; sistema que bajo el nombre de “*despotismo ilustrado*”, llegó a adquirir fuerza e importancia considerables.

Los diversos pueblos tienen entre sí, como “*personas libres*”, los mismos derechos y obligaciones que los individuos. De aquí que les sea aplicable, en forma análoga, el Derecho natural. Según esto, están también obligados a procurar el perfeccionamiento de sí mismos y de su Estado. Así se forma entre ellos una comunidad (“*civitas máxima*”) que da nacimiento al Derecho Internacional “*voluntario*”.

III.— En estos “*pensamientos razonables*” de Wolf sobre la vida y la conducta humanas, no está diferenciado claramente el *querer moral* del *social*. Pero los *conceptos* de ambos deben definirse desde luego, en interés de la claridad. Al hacerlo, no debe abordarse inmediatamente la justificación objetiva de su contenido. No es lícito, por ejemplo, definir la *Moral* como el *recto querer* y el *Derecho* como un *mandamiento menos valioso*. Hay también *mala “Moral”* y *buen “Derecho”*. Más bien, deben entenderse ambos como *representaciones parciales* del concepto genérico del *querer*, y definirse sus características *conceptuales*. Debido al descuido de este problema, Wolf se ha quedado rezagado en relación con los esfuerzos de Thomasius (Cap. 4, no. 4).

Ahora bien, los fines de los hombres han de considerarse *separadamente o en relación con los de otros hombres*. En el primer caso, se trata de la determinación de los deseos que aparecen en *la intimidad* de cada hombre; en el segundo, existe un querer peculiar que entrelaza los fines de diversos hombres como *medios recíprocos*. Allá está a discusión la *vida interior* de los individuos; aquí, la *cooperación* entre ellos. Así resulta el concepto del querer *jurídicamente vinculatorio*, como modalidad determinada del querer, dotada de validez general, y que es pensada de *manera independiente, por encima de* los contenidos volitivos vinculados por ella.

IV.— La idea del “*perfeccionamiento*” no resuelve el problema del *sentido* en que aquél debe efectuarse. Hay también un “*perfeccionamiento*” en menesteres inferiores y malos. Si se pregunta, por tanto, por las condiciones permanentes para distinguir los conceptos de lo *bueno* y de lo *malo*, esto es, de lo *recto* e *incorrecto* en el querer, dicha oposición no queda precisada *por la simple referencia* a un “*perfeccionamiento*” necesario, sino que *se presupone* sin dilucidarla.

Falta la orientación hacia la idea de la *pureza de voluntad* (Cap. 2, IV), única absolutamente decisiva. Ella es la pauta que brota de la representación ideal de una *armonía incondicionada* de todos los contenidos volitivos imaginables. Y dicha idea, en su función directriz, debe aplicarse *por igual* a las modalidades conceptualmente distintas del *querer moral y social* (arriba III al final). De aquí resulta para la *armonía de la vida interior*, el criterio de la *pureza absoluta* (Mateo 5, 38 y sigts.); y para la *armonía de la*

convivencia, la tarea de describir el punto de vista de la *justicia social*, en su peculiaridad metodológica, y de explicar más detenidamente la posibilidad de orientarse hacia él. Las disquisiciones al estilo de la llamada Filosofía de la Ilustración y de los “*pensamientos razonables*” de Christian Wolf no han llegado ni siquiera a la mitad del camino en dirección a esta meta.

Lo mismo cabe decir de fórmulas más modernas, que señalan como fundamento de una teoría del Derecho y el Estado el “*fomento de la cultura*”, y que después de enunciar este lema, *cortan* toda explicación. Pero “*cultura*” no puede significar otra cosa, que el desarrollo de las facultades humanas de *recta* manera. Un intento más moderno de interpretar la “*cultura*” como “*realidad en que encarnan valores*” confirma por sí mismo, aquella definición conceptual. De la distinción, en todas partes fundamental, de *lo recto* e *incorrecto* porque (como lo ha enseñado Sócrates a través de Platón) *toda* consideración de la vida espiritual del hombre. Queda, por tanto, como problema fundamental de nuestro estudio, la cuestión de fijar *las condiciones permanentes de la “rectitud” de un querer*.

CAPÍTULO OCTAVO

EL CONTRATO SOCIAL

I.— Juan Jacobo Rousseau. Nació en Ginebra, en 1712; no sobresalió nunca en la vida política, ni tuvo profesión fija. Murió en 1778, después de una vida inquieta y en muchos aspectos aventurera. “*Discours sur l’origine et les fondements de l’inégalité parmi les hommes*”, 1763;—espe-

cialmente: “*Du contrat social ou principes du droit publique*”, 1762–.

Rousseau debe ser caracterizado como uno de los pensadores más agudos de la historia de la Filosofía del Derecho. Formula esta pregunta: ¿cómo puede sustituirse el poder arbitrario que ha existido siempre, por una situación *jurídica íntimamente justificada*? Esto sólo es posible cuando se concibe el pensamiento supremo de la convivencia ordenada, en el sentido de un “*contrat social*”: “*chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous le suprême direction de la volonté générale, et nous recevons en corps chaque membre comme partie indivisible du tout*”. Conforme a este contrato social subsiste la comunidad como un cuerpo compuesto: “*une république*” o “*un corps politique*” que como “*souverain*” ejerce el poder legislativo.

Es un error grave y muy frecuente, pensar que Rousseau, con su doctrina del “contrato social”, haya querido narrar ¿cómo surgió primitivamente el Derecho? De esto no habla para nada. En la introducción de su libro dice clara y terminantemente que el hombre nace libre, y sin embargo, en todas partes se encuentra encadenado. “¿Comment ce changement s’est-il fait? JE l’ignore. Qu’est-ce qui peut le rendre légitime? JE crois pouvoir résoudre CETTE QUESTION”. El contrato social tal como lo entiende Rousseau, no significa, por tanto, un pretendido hecho histórico. Rousseau quiere, más bien, dar una fórmula para la noción del Derecho y proporcionar un criterio sistemático para el Derecho y la Justicia.

Ahora bien, si se concibe la vida social de los hombres como una cooperación basada en un contrato, su fin general no puede ser otro que la realización de la “*volonté générale*”. Pero esta *voluntad general* no debe ser interpretada *cuantitativamente*; nada tiene que ver con la voluntad unánime de *todos* los miembros de la comunidad jurídica, ni tampoco con las decisiones de una *mayoría*. En vez de esto, Rousseau la considera como una *modalidad peculiar* del querer, como la máxima que toma como pauta el *bienestar de todos los hombres*. Con ello quiso fijar la característica del concepto de lo “*bueno*” y determinar lógicamente la representación de la “*virtud*”. Vivir de acuerdo con la *voluntad general* es el único mandamiento incondicionado a que está sujeta la conducta humana.

Para precisar la *voluntad general* en casos particulares, es acertado consultar la opinión de *todos* los ciudadanos. Todos deben tener igual participación en el poder supremo; los gobernantes deben coincidir con los gobernados. De aquí derivan los principios de Rousseau: la soberanía no puede delegarse. La *voluntad general* es ella misma o es otra; no se concibe un término medio. Los diputados del pueblo *no* son, por tanto, sus representantes, sino sus procuradores y no pueden decidir nada en definitiva. *Toda ley que no ha aprobado el pueblo en persona, es nula.*

En la práctica, separa Rousseau la *legislación* del *poder ejecutivo*. Sólo aquella pertenece al círculo de acción del soberano; el segundo queda en manos del “*gobierno*”, como cuerpo mediador entre el soberano y los

súbditos. Sólo para el ejercicio legítimo del *poder ejecutivo* y no para el *poder legislativo*, distingue Rousseau las posibilidades de la Monarquía, la Aristocracia y la Democracia.

De acuerdo con lo expuesto, cuando el pueblo vota, queda siempre la duda de si ha expresado verdaderamente *la voluntad general*. Es posible que erre y dicte una ley aparente, es decir, una ley que sólo apunta a la utilidad de individuos aislados; porque como se ha explicado, la “*volonté générale*” se distingue radicalmente de la “*volonté de tous*”. *La voluntad general* está enfocada siempre hacia el bien común; no puede errar. Tampoco sucumbe por una equivocación; es indestructible, sólo que a veces no logra manifestarse. Rousseau procura evitar este escollo, formulando proyectos para elecciones y votaciones adecuadas y para otras instituciones estatales.

II.— La doctrina de Rousseau ejerció históricamente una enorme influencia, debido a que sirvió de bandera a la Revolución Francesa y se enfrentó victoriosamente al sistema del feudalismo.

Sin embargo, con este motivo fue modificada de manera radical, en un punto muy importante: en el ejercicio del poder legislativo por el Parlamento, en vez de por el pueblo mismo. En ello influyó especialmente Sièyes (1748–1836). Era sacerdote y vicario general del obispo de Chartres; se destacó, después, por su actuación en la Asamblea Nacional y ejerció gran influencia en los proyectos de constituciones, durante la época de la

Revolución. Entre muchos manifiestos y ensayos deben mencionarse: “*Essay sur les privilèges*” (1788); “*Qu’est-ce que le tiers état*” (1789).

Sièyes cree que la institución de la soberanía popular puede armonizarse con el sistema representativo. La conciliación se establece mediante el principio de que los miembros del Parlamento representan a todo el pueblo, aunque sólo sean elegidos por una parte de este último, y de que no están ligados a encargos e instrucciones de los electores. El pueblo alcanza mayor libertad, independencia y poder cuando nombra representantes para las distintas funciones técnicas del Estado, en vez de verse obligado a estar en actitud vigilante durante toda la vida. Debe reservarse únicamente el poder de nombrar, anualmente, hombres razonables y bien conocidos por él. Según esto, la actividad política se escinde en dos partes: “*L’action ascendante et descendante*”. La primera comprende las acciones mediante las cuales el pueblo nombra sus representantes; la última, aquéllas mediante las cuales los representantes dictan las leyes y sirven al pueblo.

III.— Según la concepción fundamental de Rousseau, no ha existido, todavía, en la Historia, ningún “Derecho”. Todo ha sido únicamente “*arbitrariedad*”, porque los ordenamientos estatales no han sido dictados ni aplicados conforme a la “*volonté générale*” en el “*contrat social*”. Rousseau define, por tanto, el concepto del “Derecho” según “*el contenido*” de ciertos preceptos imperativos.

Esto sólo sería exacto, si hubiera demostrado que entre el querer *jurídico* y el poder *arbitrario* no existe una dife-

rencia general, de carácter puramente formal. Ambos pertenecen ciertamente al querer *autárquicamente* vinculatorio. Los contenidos volitivos vinculados entre sí no pueden modificar la vinculación, dada la naturaleza de ésta. Tanto el Derecho como la arbitrariedad se oponen a las reglas *convencionales*, tal como éstas se manifiestan preferentemente en los usos y costumbres. En éstos, la exigencia de validez del querer vinculatorio descansa en el *reconocimiento* de los individuos sujetos a él. (compárese Cap. 16).

Pero el querer *autárquicamente* vinculatorio puede dividirse según que la vinculación se efectúe *de caso en caso o de manera permanente*. En la primera, *hay arbitrariedad*, una orden inspirada en el capricho subjetivo, la sumisión a un “*si voluerit*”; la segunda, indica la nota lógica de la *inviolabilidad* que define el concepto *del Derecho* frente al de la *arbitrariedad*.

IV.— El querer *jurídico* así *concebido*, debe perseguir una finalidad unitaria: *la idea* de la Justicia. Sólo colocándose en este punto de vista ideal y tomándolo como pensamiento orientador, puede caracterizarse como fundamentalmente justo, *el contenido de un Derecho dado históricamente*.

No es lícito, en cambio, acotar *el concepto* del Derecho mediante la referencia a un contenido específico del querer problemático. Porque *dicho concepto* representa un sector lógicamente determinado del campo del querer y debe distinguirse mediante una característica fija, de otras especies del mismo, como la moral, los convencionalismos sociales y la arbitrariedad. El problema de la

fundamentación intrínseca puede ser planteado, como tal, *de igual manera*, frente a cualquiera de estas modalidades del querer y, por lo mismo, no sirve para indicar la característica *que las distingue unas de otras*.

Ahora bien, cuando Rousseau pretende describir la meta *ideal* del Derecho, refiriéndose a la *felicidad* de todos, su descripción de esta idea fundamental resulta incorrecta. Mientras el anhelo de felicidad se considere como *principio* de la pretendida *rectitud* de un querer, esta afirmación permanecerá en la órbita del *subjetivismo* y fallará el propósito de *objetividad* que el mismo Rousseau perseguía. El afán de felicidad, placer y alegría es siempre únicamente la *materia* de la experiencia humana, que debe ser encausada de un modo *formalmente recto*. No porque algo sea *subjetivamente agradable*, debe ser postulado ya como *fundamentalmente justo*. Esto debe hacerse de *otra* manera.

Este error fundamental de la *doctrina del placer*, lo comparte Rousseau con todas las tendencias *eudemonistas* (compárese Cap. 9). Conviene subrayar en este lugar, la diferencia que existe entre *el concepto y la idea del Derecho* y su importancia práctica, ya que precisamente en ese punto, tiene su núcleo esencial la doctrina del “*contrat social*”, que tanta influencia ha ejercido.

La consideración *categorial* define el *Derecho* como una especie del querer humano. Ella divide el campo del querer, como dirección peculiar de la conciencia, según notas generalmente condicionantes. El *concepto* del Derecho es, pues, una representación parcial.

La consideración *ideal* enfoca la totalidad de la vida posible del espíritu. La *idea* es la representación de una *armonía absoluta* de todas las vivencias posibles. Su postulación es indispensable para una investigación *científica*. Nos encontraríamos ante un *caos de datos*, si no existiera la posibilidad de su *ordenación unitaria*, y esta posibilidad debe ser *omnicomprensiva* porque en cada unificación *limitada*, la mirada inquisitiva debe posarse en las *particularidades* adyacentes. Por eso, todo querer que es definido *conceptualmente* como querer jurídico, debe ser examinado también desde este punto de vista, para comprobar si se orienta hacia la realización del pensamiento ideal de la *armonía plena* de todas las aspiraciones jurídicas posibles y si, por consiguiente, *coincide* con otras *aspiraciones jurídicas* dirigidas hacia *la idea del Derecho*.

De aquí se sigue que determinado querer vinculatorio puede corresponder exactamente al *concepto* partitivo del Derecho y, sin embargo, *no* estar orientado, en su contenido, hacia la *idea* del Derecho. Debe afirmarse, por tanto, la posibilidad del “*Derecho*” *injusto*.

Con el esclarecimiento de esta diferencia entre el *concepto* y la *idea* del Derecho debe desecharse como insostenible la doctrina de Rousseau.

CAPÍTULO NOVENO EL EUDEMONISMO SOCIAL

I.— Esta doctrina se desarrolló especialmente en Inglaterra. La exposición más importante de ella se debe a Jeremías Bentham (1748-1832); especialmente en: “*Principios Fundamentales de la Legislación Civil y*

Penal” (versión alemana de Beneke, 1830). El sucesor principal de Bentham es J. S. Mill (1806-1873): “*Utilitarianism*”, 1862.

Dichos filósofos subrayan que el placer y el dolor son las causas propulsoras de las acciones humanas y creen haber señalado con ello, la *legalidad* del querer humano. Las acciones son buenas o malas según que conduzcan a la dicha o a la desdicha. De aquí que el fin último del orden social sea la *utilidad de todos*. En tanto no se pueda alcanzar este fin, la ley suprema será lograr, cuando menos, “*la mayor dicha del mayor número*”.

La doctrina eudemonista predominó de manera general, en el siglo XVIII; también en Alemania. La filosofía wolfiana no se oponía a ella, puesto que no precisaba la finalidad del “*perfeccionamiento*” (Cap. 7). Fue Kant quien en la “*Crítica de la Razón Práctica*” (1788) destruyó el Eudemonismo con la sencilla afirmación de que la apetencia del placer y la repulsa del dolor tienen en sí, por necesidad, un carácter *meramente subjetivo*; de donde se sigue que no pueden abrigar la pretensión de ser, no obstante su *limitación personal*, la expresión de la *ley general* del querer, de la que dependa la *justificación fundamental* de todo deseo particular. Entre los filósofos del Derecho dignos de mención, sólo Hugo intentó más tarde, en su obra “*Derecho Natural*” (4a., ed., 1819), defender teóricamente el *Eudemonismo*, pero sin aducir para ello razones de importancia. Él fue también el último defensor teórico de la *esclavitud*. Sin embargo, *la doctrina del placer* ha conservado una enorme influencia práctica, a pesar de su completo fracaso en la Teoría.

II.— La falta de fundamentación teórica de *la doctrina del placer* resalta especialmente en el *Eudemonismo social* a que se ha hecho referencia.

1.— La consecución de la felicidad subjetiva de los distintos miembros de la comunidad es, desde luego, un problema casi insoluble. La felicidad interior que consiste en estar en paz consigo mismo, no puede ser lograda por el ordenamiento jurídico; y acerca de la llamada “*felicidad*” exterior, no coinciden las opiniones.

2.— Los utilitaristas proponen lo siguiente: debe crearse la mayor cantidad posible de la mayor felicidad posible y, enseguida, distribuirse entre los individuos con la mayor igualdad posible. Pero el sentimiento de la dicha no puede desprenderse del sujeto que la experimenta y repartirse entre otros.

3.— Sin embargo, la consecución del placer personal podría también postularse fundadamente como fin ideal para el legislador, si la ley suprema del recto querer del individuo fuese el fomento de su bienestar personal. Pero como esto último no es exacto, sino que la característica de un recto querer humano radica en el cumplimiento del deber, sin consideración al agrado personal del agente, resulta que la ley suprema de la sociedad humana no puede ser tampoco la “*felicidad*” de los individuos dentro de ella.

4.— Algunos hedonistas más modernos han mencionado una especie de “*felicidad normal*”. En su opinión, el fin del Derecho es proporcionar a cada uno, una existencia “*digna del hombre*”. Esto es correcto. Pero dicho término significa

lo mismo que “*digno de la razón*”. Se trata de un querer digno del hombre, en su cualidad de deber querer de manera *objetivamente correcta*. De este modo nos remontamos por encima de la felicidad meramente subjetiva.

III.— La exigencia política de *igualdad cuantitativa* descansa sobre el principio de la *doctrina hedonista*. Fue combatida en la Antigüedad por Platón y Aristóteles; reaparece en la Edad Moderna, en Tomás Moro (Cap. 3); asoma, después, en expresiones aisladas, en Pufendorf (Cap. 4) y Wolf (Cap. 7); se desliza en las obras de Rousseau (Cap. 8) y desaparece entonces de la *literatura filosófico-jurídica*, para asumir en la *Práctica política* un papel tanto más importante. En una formulación precisa aparece la exigencia mencionada en Babeuf (1795), quien sostiene que debe asignarse a cada uno, “*según sus necesidades*”, (no según su capacidad, ni según la materia total de las condicionalidades históricas correspondientes) una participación en los bienes externos. Desde entonces es frecuente la confusión de *igualdad y justicia* en disquisiciones políticas.

Desde el punto de vista *material*, los hombres son *desiguales* en todos sus aspectos. Esto se manifiesta en las condicionalidades de cada individuo, sobre todo también en las condicionalidades históricas que inevitablemente pasan a través de las generaciones. Con tanta menor razón puede, por tanto, inferirse de aquí la necesidad de la *igualdad material*, cuanto que la desigualdad social ejerce una influencia favorable, en el aspecto técnico, y es la que como fuente del estímulo, hace posible la *cultura material* (Cap. 7, al final).

Desde el punto de vista *ideal*, todos los hombres son ciertamente “iguales” ante Dios, o sea, *imperfectos*; aseveración que en sí, es puramente negativa. En cambio, el principio de que “ante la Ley todos son iguales”, sólo puede significar que cada uno debe ser tratado *conforme a Derecho y Justicia*. Si se rebasa este criterio *formal* y se exige igualdad *material* en el sentido de las Utopías (Cap. 3), no queda otra posibilidad de fundamentación, ni aún apoyándola exclusivamente en la fantasía, que la *doctrina hedonista*, con sus características inadmisibles (arriba II).

IV.— Sólo aparentemente encaja dentro del Eudemonismo, la invocación del *bienestar común*, “*salus publica*”, como fundamento de leyes buenas. La referencia a éste data de la Antigüedad y desde entonces ha sido frecuentemente repetida. También Bismark afirmó en su discurso del 21 de febrero de 1881, lo siguiente: “*Para mí sólo ha existido siempre una única brújula, una sola estrella polar hacia la cual dirijo la nave: salus publica*”.

La expresión citada enuncia el deseo de un criterio *objetivo* que pudiera liberarnos de los apetitos *meramente subjetivos* de los individuos. Con ello se exige, pero no se proporciona todavía, una descripción de la idea de posible *rectitud*, que satisfaga a la *Filosofía Jurídica*. Pero la mera referencia a la palabra “*salud pública*” no basta, en cambio, para indicar *cómo* ha de pensarse y encontrarse un punto de apoyo *generalmente válido* en el caos de las aspiraciones *puramente personales*.

CAPÍTULO DÉCIMO

EL DERECHO RACIONAL

I.— Éste comprende los ensayos que fijan, primero, *la esencia del Derecho* (compárese Cap. 4, I; también Cap. 8) y se proponen, después, obtener preceptos jurídicos fundados *en ella*.

Así Kant, en la “*Metafísica de las Costumbres*”, primera parte, 1797: “*El Derecho es el compendio de las condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede ser conciliado con el arbitrio de otro, según una ley general de la Libertad*”. De aquí deduce un sistema de Derecho Civil y Público desarrollado hasta en sus más pequeños detalles.

De igual manera Fichte, en su “*Fundamentación del Derecho Natural*”, 1796, (en tanto que “*El Estado Mercantil cerrado*”, 1800, ofrece un Estado ideal de estructura socialista). Acerca de Hegel, véase el capítulo 15, II.

II.— La oposición entre el *Derecho Racional* y el *Derecho Positivo* no debe referirse *al origen del contenido* de uno y otro, como si el primero fuese creado libremente por la razón, concebida como un poder mágico, en tanto que el segundo tuviese su fuente en la experiencia histórica. Desde el punto de vista de su *procedencia*, ambos son iguales: la *materia* proviene siempre de la experiencia. La *idea* no es creadora. La opinión de que pueden crearse nuevas instituciones jurídicas y organizaciones estatales por medio de la meditación “*racional*”, es engañosa y, en sí, metodológicamente falsa.

Se llama *razón* a la facultad del hombre de ordenar con arreglo a *principios*, la materia condicionada históricamente, esto es, de elegir *correctamente* entre dos posibilidades dadas.

Y el Derecho así encontrado, no pretende disfrutar de vigencia coactiva, por sí mismo e independientemente de toda autoridad instituida, sino que aspira a ser únicamente un *modelo ideal*.

III.— El error de aquellos intentos que datan del período de la Ilustración, radica en la manera de ejecutarlos, porque formulaban un Código Jurídico detallado, de contenido invariable. Esto no es posible, porque el contenido del Derecho regula la cooperación humana, cuya finalidad es la satisfacción de necesidades. Ahora bien, todo lo que se refiere a necesidades humanas y al modo de satisfacerlas, está sometido a una transformación continua. *No existe un solo precepto jurídico cuyo contenido positivo sea permanente.*

En vez de esto, sólo puede subsistir el problema de encontrar *un método formal, generalmente válido*, para guiar y orientar en dirección de lo *objetivamente recto*, la materia necesariamente cambiante del Derecho históricamente condicionado.

IV.— Semejante método debe buscarse y fundamentarse de la siguiente manera.

Debe esclarecerse el pensamiento fundamental, incondicionalmente unitario, de *todo* contenido jurídico *posible*, para *orientar* conforme a él, las aspiraciones dadas históricamente. Para ello es necesario retroceder al prin-

cipio sistemático del querer humano. Ésta es la idea de *la pureza de voluntad* (Cap. 2, IV; compárese Cap. 7, IV). Dicha idea debe aplicarse al querer *jurídico*.

Este último pertenece al querer *social o vinculatorio*, en el que los fines de un hombre son considerados como medios para los de otro y viceversa (Cap. 7, III).

Los problemas de la “*cuestión social*” que surgen con este motivo, nos son dados históricamente (véase arriba II). En cuanto a la *materia*, estamos ligados inevitablemente en los problemas de la Política, a *las condicionalidades históricas* de nuestra existencia. En este sentido, tiene razón la concepción *materialista* de la Historia (Cap. 15).

Por otra parte, no existe ningún motivo para abandonar los múltiples problemas sociales, como *meras particularidades limitadas* que brotaran unas junto a otras de manera silvestre y caótica, y en ciego devenir, actuarán como fuerzas de la Naturaleza. Nosotros podemos encauzar selectivamente la materia del acontecer histórico, en sus posibilidades dadas. Esto se pone de manifiesto en cualquier obra de carácter *tecnológico*. Ahora bien, si la labor selectiva ha de efectuarse desde el punto de vista de la *rectitud fundamental*, debe tomarse como base la idea de *la armonía incondicionada* de todas las particularidades posibles del anhelo humano. Conforme a esta idea de *la armonía absoluta*, que abarca al querer social, debe *juzgarse y orientarse todo anhelo particular*.

En la práctica social, este plan implica el repudio del *subjetivismo*. Las pretensiones *de validez meramente subjetiva* de uno de los socios, no deben ser *la ley suprema*

para el *querer vinculatorio*, al que se encuentran sometidos los demás socios. Debe prevalecer la idea de una *mutua e incondicional consideración*, el punto de vista de una *comunidad pura*, en la que el contenido de una voluntad no se tome como *simple medio*, sino que se aspire a formar una *comunidad de hombres libre-volentes*.

Ésta es tan sólo una *idea*, es decir, la orientación del pensamiento, que juzga una vivencia limitada según su coincidencia con *la totalidad* de las particularidades pensables. Ella es la representación de la *totalidad* de todas las vivencias posibles. La *totalidad* misma no es un objeto de la experiencia. La reflexión sobre ella plantea un *problema* e impone una *misión* que debe perseguirse siempre, aunque no pueda cumplirse nunca completamente.

Así, la *idea de la comunidad pura* no se realiza en el mundo sensible. Como todas las aspiraciones de los hombres son condicionadas y finitas en cuanto a su materia, no es posible conciliarlas entre sí, exhaustivamente, mediante su vinculación. Pero a pesar de ello, este pensamiento ideal es *la estrella orientadora* para el querer social que aspira a la *rectitud*.

Llamamos a su fórmula el *ideal social*. Ella es una *definición* del pensamiento fundamental que acompaña como pauta crítica a todo querer jurídico, si ha sido pensado consecuentemente. Cuando se caracteriza como *fundamentalmente justo* un contenido jurídico determinado o se le niega dicha cualidad, se afirma con ello, en última instancia, que este querer jurídico, en su posición dada,

se orienta hacia el *pensamiento de la comunidad* o se aparta de él.

Y dicho pensamiento fundamental es *el único* que puede abarcar todo querer social imaginable. Se distingue de cualquier otro fin de la regulación exterior de la cooperación. Todos éstos son limitados e históricamente condicionados. Si bien en la lucha política se llama “*ideales*” a semejantes fines (empleando indebidamente dicho vocablo), es, sin embargo, objetivamente incorrecto equipararlos lógicamente al pensamiento fundamental del ideal social, porque ninguno de ellos puede ostentarse como criterio válido *de manera incondicionalmente unitaria*, para todas las aspiraciones, sean cuales fueren y en cualquiera época y lugar.

Cuando se habla del ideal social, no se trata de una descripción de procesos jurídicos reales, ni de la interpretación del sentido de un Código o de otros contenidos históricos del Derecho, ni tampoco de ciertos postulados de reformas jurídicas, sino que con él se da una respuesta a la siguiente pregunta: ¿cuál es la nota lógicamente condicionante *del concepto de “Justicia”*? La *Justicia* es la orientación de un querer jurídico particular hacia *la idea de la comunidad pura*.

CAPÍTULO UNDÉCIMO

LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO

I.— Por ella se entiende una dirección peculiar de la *Filosofía Jurídica*, que apareció a principios del siglo XIX, en relación con la tendencia general de aquella

época: el *romanticismo*. Especialmente: F. K. Von Savigny (1779-1861) y Puchta (1798-1846).

La característica esencial de la concepción *romántica* de la vida es la creencia en los espíritus. Al lado del hombre existen espíritus que intervienen decisivamente en su destino, de manera favorable o nociva. La creencia en tales seres fue proyectada sobre el “*pueblo*” por la doctrina de que se trata. Su concepción última y decisiva consiste en que del mismo modo que el hombre es un ser animado, así también el pueblo, como conjunto, posee un alma propia, un fenómeno psíquico de totalidad, que si bien no es cognoscible, en sí mismo, científicamente, manifiesta, sin embargo, su realidad en el mundo de la experiencia, inspirando en los miembros de un pueblo ciertas convicciones comunes sobre diversos problemas. Cuando éstas se refieren a cuestiones “*jurídicas*”, *constituyen dichas convicciones el Derecho*. El legislador no tiene que hacer otra cosa que formular y redactar el Derecho ya *existente*.

El pretexto para la aparición de esta tendencia, lo dio la controversia literaria de Thibaut y Savigny (1814) acerca de si debía expedirse un Código Civil general para Alemania. Thibaut puso de relieve las deficiencias del Derecho Privado tradicional y apoyó por razones políticas la codificación unitaria, en tanto que Savigny se opuso a ello, partiendo de la concepción fundamental arriba desarrollada. Este último triunfó en aquel entonces. En términos generales, las consecuencias prácticas más relevantes de la Escuela Histórica del Derecho fueron las siguientes:

a) Repugnancia hacia la legislación, especialmente hacia los Códigos, y predilección por el Derecho consuetudinario considerado no como la modalidad técnicamente más perfecta de la fundamentación del Derecho, al servicio de la seguridad jurídica, sino como el mejor medio de conocer aquello que el “*espíritu del pueblo*” quiere jurídicamente; en la inteligencia de que la aplicación efectiva no conduce a la fundamentación, sino únicamente a la fijación del Derecho, esto es, de la convicción jurídica, porque el Derecho mismo surge al *principio* de la aplicación continua y no hasta el *final* de la misma.

b) Atención especial a la investigación *histórica* del Derecho positivo, no tanto por el interés práctico de la aplicación del Derecho, cuanto con el fin de conocer más a fondo el objeto verdadero de la investigación, o sea la peculiaridad del “*espíritu del pueblo*”.

c) Navegación de la justificación de una crítica objetiva del Derecho positivo desde el punto de vista de la idea orientadora de la Justicia. Sólo debe examinarse si un precepto jurídico técnicamente formulado, corresponde verdaderamente a la voluntad del “*espíritu del pueblo*”. En caso afirmativo, este Derecho será también *justo*, porque la actuación del “*espíritu del pueblo*” no debe ser juzgada en actitud despectiva y rebelde.

II.— La Escuela Histórica del Derecho parte de la representación del “*pueblo*” como un objeto “*corpóreo*”, con un “*alma*” propia. De acuerdo con estas ideas, Gierke ha hecho consistir “*la esencia de las asociaciones humanas*” (1902) en que son “*entidades reales corporales y espiri-*

tuales". Esto es insostenible en los dos aspectos de la cuestión.

Una corporación jurídica no es un cuerpo que ocupe lugar en el espacio. El concepto de una *agrupación jurídica* de hombres no puede ser definido, por tanto, mediante la característica de la extensión tridimensional. Más bien, dicha agrupación encaja conceptualmente dentro del pensamiento de la *vinculación de fines*. En ésta radica su peculiaridad esencial y no en su pretendida existencia como objeto corpóreo.

Lo mismo sucede con la representación de "*entes populares*" que son considerados en sí mismos, como seres "*animados*". Esto implica la proyección de la representación de la propia conciencia sobre el "*pueblo*". Semejante proyección se justificaría científicamente, si sin ella no pudiera ni siquiera pensarse el otro objeto. Esta circunstancia concurre tratándose de la representación de cada hombre, pero no respecto de la "*del pueblo*". La última subsiste, en efecto, como un conjunto de hombres vinculados jurídicamente, sin que sea necesario insertar aquí, como característica condicionante, el ente misterioso de un alma propia.

III.— Pero la afirmación de la existencia del "*alma popular*" como ser *permanente e invariable*, no es tan sólo mística, sino también contradictoria. Porque si el espíritu del pueblo ha de ser la *causa* de la aparición del Derecho en la experiencia histórica, dicho espíritu, como toda causa particular, tendría que ser, a su vez, *efecto* de otra causa y, además, como cualidad del "*pueblo*" que es *un objeto limi-*

tado de la naturaleza, sería un *fenómeno natural* cognoscible; pero conforme a aquella doctrina, el espíritu del pueblo no debe ser precisamente ni una ni otra cosa.

IV.- El “*alma popular*” no debe confundirse con los *rasgos nacionales* que pueden observarse como cualidades relativamente coincidentes de los hombres pertenecientes a determinados círculos.

El concepto de *nación* viene al caso cuando se trata de una convivencia vinculada que brota de un origen en lo general común. Dicho concepto se perfecciona mediante *la voluntad de destino común* que se manifiesta en distintas épocas y situaciones, a veces débilmente, otras con mayor fuerza. De aquí resultan cualidades relativamente coincidentes del vivir. Las cualidades nacionales de un pueblo se transforman ciertamente en el transcurso del tiempo, aunque determinados rasgos del carácter permanecen inalterables a través de amplios períodos históricos. También se cruzan constantemente las cualidades nacionales con influencias extranjeras, frente a las cuales conservan, sin embargo, por regla general, la importancia decisiva.

La justificación teórica de la idea *nacional* deriva de la necesidad de que existan ordenamientos separados, únicos en los que el Derecho se manifiesta realmente. Los hombres viven ineludiblemente en círculos concéntricos. La representación de la llamada ciudadanía mundial, entendida como una regulación jurídica sin ordenamientos separados, es una quimera. Sólo tienen validez incondicionalmente *general* para todos los hombres, *el concepto del Derecho y la idea de la Justicia*, como modos *formalmente*

ordenadores del querer. Éstos deben aplicarse y realizarse en los círculos limitados de la convivencia humana, pero de un modo que disfrute naturalmente de validez general. A la esencia del *concepto del Derecho* pertenece la categoría de la *soberanía*. Está la orientación teórica de un querer jurídico, conforme a la cual dicho querer *lleva, en sí mismo*, el fin de su determinación. En la aplicación práctica, la soberanía sólo aparece en los distintos ordenamientos jurídicos, ya que, como se ha indicado, sin éstos no tendría sentido real la aparición del concepto del Derecho. Sólo respetando este pensamiento determinante, puede justificarse una unión *internacional* en cuestiones limitadas. Ésta debe dejar intacta la posición total de la agrupación *nacional* en cuanto a su *soberanía*, del mismo modo que las obligaciones jurídicas de un hombre particular no deben afectar su significación como fin *autónomo*. La *renuncia* a la autonomía de una nación para lograr una paz a cualquier precio, es *teóricamente injustificada*.

CAPÍTULO DUODÉCIMO

EL DERECHO DEL MÁS FUERTE

I.— Desde antaño se ha intentado definir *el concepto “del Derecho”*, haciendo referencia a *la mayor fuerza* de un gobernante. Así se expresa Wieland en el “*Mercurio Alemán*”, 1777: el Derecho del más fuerte es “*iure divino*”, la fuente verdadera de toda autoridad. Según esta doctrina, no es el pueblo el que crea el poder supremo en un Estado, porque aquél, por naturaleza, es incapaz de gobernarse a sí mismo y, por tanto, no tiene ningún derecho natural para

ello. Kato, *“La Lucha por el Derecho del más fuerte”* (1894): “La lucha existe en todas partes, también dentro de la sociedad. El *“Derecho”* nace cuando los débiles vencidos reconocen el poder del más fuerte o cuando dos iguales en fuerza se otorgan un reconocimiento mutuo. Esto sucede del mismo modo dentro del Estado, que también entre diferentes Estados”. Esta afirmación, empero, ofrece *única-mente* una descripción *genética* de cómo puede surgir el *“Derecho”*, pero, en cambio, no resuelve, en verdad, el problema *sistemático* acerca de las características condicionantes *del concepto del “Derecho”*. En efecto, la diferencia entre *Derecho* y *poder arbitrario* no puede ser fijada conceptualmente por el rendimiento del débil sometido, porque en este caso, el mero poder, por sí mismo, seguiría siendo ilimitado. A la inversa, el reconocimiento de un querer social por los individuos a él sometidos, sólo proporciona el concepto de las *reglas convencionales*, como *simples invitaciones*, y pasa por alto la exigencia *autárquica* con la que aparece revestido el poder jurídico en la Historia (compárese Cap. 8, III; también Caps. 13 y 16).

II.— Por otra parte, se ha intentado derivar *del derecho del más fuerte, el criterio ideal* para juzgar de la bondad intrínseca de las instituciones estatales. Aquí debe mencionarse, ante todo, a Carlos Luis Von Haller (1768-1854). Su obra fundamental es: *“Restauración de la Ciencia del Estado o Teoría del estado natural-social en oposición a la quimera del artificial-burgués”*, 6 tomos, 1816-1825.

Según Haller, Derecho y Estado no son obra del hombre, sino que la Naturaleza misma establece entre los hombres diversas relaciones sociales, debido a la desigualdad de las

fuerzas y a las necesidades recíprocas. Esta creación natural se realiza conforme a la siguiente ley dotada de validez general: el poderoso gobierna; el débil es gobernado.

Haller apoya esta ley en la referencia a la Naturaleza inorgánica, en donde lo grande desplaza siempre lo pequeño; en la observación del reino animal, en el que la especie más fuerte domina a la más débil; y, por último, en la percepción de que el hombre sólo domina a los animales, en cuanto ha demostrado su superioridad, y a sus semejantes, únicamente cuando los supera en cualquier forma. A esta ley que rige toda la creación, corresponde una tendencia del hombre. Dicha ley es, en efecto, sencilla, sabia y caritativa.

Para el ejercicio del mayor poder rige, claro está, un deber natural. Éste es innato en todos los hombres y comprende la *Justicia* –“evita lo malo, haz lo bueno”– y el amor “no ofendas a nadie, sino ayuda siempre que puedas”. El soberano debe observarlo; cuando lo viola, pueden los súbditos lícitamente oponer resistencia con sus propias fuerzas, invocar la ayuda de terceros, y recurrir a la fuga o la separación.

El Estado está estructurado conforme a aquella ley natural. El padre manda sobre su mujer e hijos; el señor feudal sobre los vasallos y siervos y, por último, debe existir un poder superior e independiente, ya sea en la persona de un gran señor (Principado) o en una corporación (República).

Esta independencia no es un bien innato, sino adquirido y, por cierto, el más valioso de todos. Quien disfruta de ella, tiene la razón; pero estando fundada como denominación, en un poder superior, se sostiene o cae con éste.

III.— Luis Gumplovicz (en diferentes ensayos, especialmente en “*Estado de Derecho y Socialismo*”, 1881; “*Compendio de la Sociología*”, 1885) pretende partir para el estudio de la Sociedad, no del hombre sino del “*grupo*”. Los Estados se forman y existen debido a que tribus y clases más débiles son sometidas y dominadas por dinastías y razas más poderosas. El Derecho es la ordenación de la desigualdad. La observación enseña que es naturalmente necesario organizar la dominación de una minoría poderosa sobre una masa menos fuerte, que, por lo mismo, está condenada a la obediencia.

IV.— Estos intentos no advierten que “*el más fuerte*”, en este caso, no es el que tiene mayor *fuerza* física sino *social*. Pero el poder social no indica otra cosa que un modo especial de la regulación vinculatoria. Dicho poder es una *consecuencia* de esta última, bajo circunstancias condicionadas y, por lo mismo, no puede ser su *criterio incondicionado*.

CAPÍTULO DECIMOTERCERO

LA CONCEPCIÓN TEOCRÁTICA DEL DERECHO

I.— Las religiones paganas fundan regularmente la justificación de la actividad estatal y de las instituciones jurídicas en una autorización o disposición directa de los Dioses. También en el monoteísmo oriental encontramos esta idea, y a través de la Edad Media se conservó una concepción teocrática semejante del Derecho. En épocas más modernas, fue acogida esta doctrina, con énfasis especial, por de Maistre (1754-1821), principalmente en

la obra “*Du pape*” (3 tomos, 1817). El libro culmina en el pensamiento de que los Estados no descansan sobre la autodeterminación y legislación de los hombres, pues no son sino reproducciones visibles para fines inferiores, del supremo orden divino, sobre el que ha sido colocado el Papa. Sólo “*sous des restrictions terribles*” les es permitido a los hombres reformar la estructura del Estado, y únicamente con la aprobación del Papa deberían efectuarse modificaciones esenciales en las constituciones.

II.— Intentos como éste de atribuir a ciertas disposiciones jurídicas un carácter sagrado e inviolable, no pueden pasar por alto que el Derecho es un querer *humano*. Procede del desarrollo condicionado de la existencia humana, y desde este punto de vista debe comprenderse y justificarse. En rigor, una concepción religiosa elevada sólo puede admitir que existe una *misión* impuesta por Dios, y que con arreglo a ella deben los hombres encauzar bajo su propia responsabilidad, su querer jurídico.

III.— Especial atención merece Fr. J. Stahl (1802-1862). “*Filosofía del Derecho*”, 3 tomos, 3a. edición, 1854; —Discursos políticos y muchas monografías—; “*Los partidos actuales dentro del Estado y la iglesia*”, conferencias publicadas en 1863, después de su muerte.

Stahl enseña que el Derecho es la ordenación de la vida del pueblo para la conservación del orden divino del Universo. Está determinado por los mandamientos de Dios y fundado en la autorización de Dios (II, 194). Tiene fuerza obligatoria porque sirve para mantener el orden divino del Universo al que contribuye todo Derecho, aún el peor (II, 220). “*El Derecho nace de la conciencia de cumplir un man-*

damiento divino (y cuando falta la fe en Dios, una necesidad moral) al que estamos sujetos; no como una institución cualquiera, para protección útil del hombre” (II, 234). El Estado es una institución divina. Su prestigio se basa en la disposición divina, aunque no en una acción inmediata de Dios que haya quebrantado el orden de la Naturaleza. La autoridad, especialmente, deriva su poder de Dios; existe por la gracia divina. De acuerdo con esto, el principio correcto es: “*autoridad, no mayoría*” (III, 176 y sgs.).

Según Stahl, la sanción divina se refiere no tan sólo a la institución del Estado en general, sino también a su constitución especial. También a esta última, no obstante su particularidad, se atribuye como causa superior la providencia divina. Con el establecimiento de una constitución determinada, se desprende el Estado de la voluntad humana que lo ha creado y apoya su validez no en dicha voluntad, sino en la divina. “*Mientras no existe nada*”, tienen ciertamente los hombres la facultad de establecer esta o aquella Constitución; pero en cuanto esto ha sucedido y ha surgido un Estado, quedan ligados tanto ellos como “*sus descendientes*”, por las leyes del Estado ya fijadas, precisamente porque éste es un orden divino (III, 178).

IV.— La doctrina de Stahl pretende dar una justificación *sistemática* del Derecho. Pero la hipótesis mencionada de un estado histórico anterior, sin instituciones estatales definidas, destruye dicha justificación, llenándola de contradicciones, y confunde este problema con el del *origen* de un querer jurídico condicionado. El principio del prestigio divino de la autoridad no puede significar otra cosa, aun conforme a las premisas de Stahl, que la coacción jurídica,

dada históricamente, es susceptible, *como tal*, de una fundamentación que disfrute de validez general. Pero Stahl no da una respuesta satisfactoria a este problema. La afirmación de que aún el Derecho injusto sustenta el orden divino del Universo, flota en el aire, y no es adecuada para demostrar la ventaja fundamental del querer *jurídico* frente al puramente *convencional* (véase Cap. 17, IV).

Respecto del contenido del Derecho, la filosofía jurídica de Stahl pretende ser "*la Ciencia de lo Justo*" (I, 1). Pero no se precisa cómo ha de conciliarse con esto la rigidez incondicional de una constitución jurídica, una vez que ésta ha sido elegida por los hombres. No se comprende por qué al efectuarse una transformación o con motivo de nuevas posibilidades de cooperación, no ha de recurrirse también a otras disposiciones jurídicas, cuya justificación intrínseca en relación con el nuevo estado de cosas, ha de encontrar apoyo precisamente *en la Ciencia*. Además, es necesario formular el *método fundamental* de una argumentación convincente, sin el que la simple referencia a que también el Derecho y el Estado deben insertarse en la unidad del orden divino del Universo, no resuelve el problema planteado.

CAPÍTULO DECIMOCUARTO

LA DOCTRINA DE LA LIBERTAD

I.— Esta doctrina apareció primero como *Escuela del libre cambio*, en Francia, en el siglo XVIII. Fue desarrollada especialmente por Adam Smith, en su obra: "*Inquiry into the nature and of the wealth of nations*" (1776). Se impuso en el siglo XIX como *doctrina de Manchester* (Cobden, 1836).

La base de toda política es, según dicha doctrina, “*el libre juego de las fuerzas económicas*”, mediante el cual se establecerá, con necesidad intrínseca, una armonía de los intereses. La legislación estatal debe limitarse a eliminar los obstáculos anticuados que entorpecen la libre competencia, tanto en el interior, cuanto en el comercio internacional, e impedir la violación del Derecho (“*Laissez faire, laissez aller*”, –“*Estado policía*”–). La tendencia opuesta está representada (especialmente desde 1872) por la Economía ética o Socialismo de Cátedra.

II.– En una forma más general, sustenta esta tesis Guillermo Von Humboldt (1767 a 1835) en el libro “*Ideas para un intento de fijar las fronteras de la actividad del Estado*” (Cap. II al final). Opina que “*la verdadera razón no puede desear al hombre otro estado que aquél en que no sólo disfrute cada quien de libertad ilimitada para desenvolver por sí mismo su personalidad, sino en el que también a la naturaleza física no le impriman manos humanas más forma que la que cada individuo quiera darle, por sí mismo y voluntariamente, en la medida de sus necesidades e inclinaciones, tan sólo limitadas por las fronteras de su fuerza y su Derecho*”.

III.– La doctrina económica de la libertad pasa por alto que en la *sociedad* no puede existir una *libertad absoluta*. La existencia social de los hombres es una cooperación. Por tanto, sólo es posible, cuando un querer ordenador vincula los contenidos volitivos particulares como medios recíprocos; pues de otro modo quedarían puros individuos pensados aisladamente.

Frente a esto no basta tampoco el argumento de que el Estado tiene el derecho y el deber de “*intervenir*”, por razones “*morales*”, en el libre juego de la economía política.

En primer lugar, porque al invocar razones de orden *ético*, se omite dilucidar críticamente este concepto, en su relación con la cuestión *social*. (Compárese Cap. 7, III).

Además, porque no se señala la verdadera relación entre Economía y Derecho. El Derecho no interviene en la *Economía Política* como si ésta fuera una actividad que existiera como un “*organismo*”, al margen del Derecho, sino que la “*Economía Política*” sólo es concebible como *desarrollo de un ordenamiento jurídico determinado*. (Compárese Cap. 16, IV; 17, I). La economía unitaria, dirigida desde puntos centrales, y el abandono de las aportaciones sociales a la iniciativa individual, son solamente dos medios o caminos, *lógicamente equiparables*, de los que puede servirse la regulación jurídica de la cooperación. Sin la cooperación, sin la condición lógica de la *vinculación jurídica*, ni siquiera existirían los conceptos de la sociedad y de la economía social.

IV.— *La idea de la libertad* es inservible para el desarrollo del ordenamiento jurídico.

1.— Repugna al *concepto* del Derecho. Éste posee la cualidad de la *autarquía*. El querer *jurídico* vincula los contenidos teleológicos en una forma *permanente* que no depende de la aprobación de los sujetos en cada caso. Conservar en lo fundamental esta *regulación coactiva*, y darle, al mismo tiempo, como contenido, la *libertad abso-*

luta de los vinculados jurídicamente, equivale a plantear una contradicción insoluble.

2.— La idea de la *libertad absoluta* no sirve tampoco como *meta ideal* del querer jurídico, porque la “*libertad*” aquí aludida sería *externa*. *Erigirla en principio*, traería consigo la licitud fundamental de proceder en la actividad externa, conforme a contenidos volitivos *personales*. Entonces se convertiría en lo contrario del criterio que se busca para un querer *objetivamente recto*.

Pero si se pretendiera interpretar la doctrina de Humboldt en el sentido de que el derecho no debe coartar *innecesariamente* a los vinculados, sino dejarlos *hasta donde sea posible* en libertad, se habría introducido, en verdad, un criterio distinto, que exige ser precisado. Aquella libertad peculiar de significación meramente relativa y variable, sería *únicamente un medio condicionado*; por tanto, habría que decidir todavía, en cada caso especial, acerca de su modalidad y recta aplicación conforme a aquel otro principio que se encuentra por encima de él, y que condiciona la *recta* convivencia.

CAPÍTULO DECIMOQUINTO

EL ESTADO MAYORITARIO

I.— Entre algunos políticos prácticos prevalece abiertamente la opinión de que invocando “*la mayoría*”, se obtiene una concepción estatal de *validez general*, y que mediante dicha referencia quedan señalados *el concepto y el principio “del Derecho”*. Quienes así piensan, razonan de esta manera: en donde hay “*mayoría*”, existe también

“Derecho”; y lo que la “mayoría” decide, es *intrínsecamente justo*.

Puede comprobarse que semejantes concepciones se desarrollaron ampliamente en el curso del siglo pasado; pero si bien encontraron eco en la opinión popular (mezcladas, quizá, frecuentemente, con el postulado de igualdad material (Cap. 9, IV), en cambio, no fueron aceptadas por ningún autor serio de una teoría del Derecho y del Estado. Aun Rotteck, Dahlmann y otros políticos liberales de aquel tiempo, que tratan de la soberanía popular y de la democracia, adoptan posiciones muy distintas de la doctrina de la “mayoría” antes esbozada. Sólo en manifestaciones fugaces de la política diaria y en desarrollo de escasa importancia objetiva, vive y actúa dicha doctrina, ejerciendo un influjo nada despreciable desde el punto de vista cuantitativo.

En cambio, la pretensión de que la “mayoría” constituye la característica del *Derecho* y la *Justicia* ha sido rechazada y combatida precisamente por los pensadores más destacados y profundos, como por ejemplo: Platón (“*Políticos*”, Cap. 26 y sigts.) y Rousseau (arriba Cap. 8); también Goethe en sus *Epigramas* (No. 52 y 54) y Schiller en el “*Demetrius*”, así como Stahl (Cap. 13, III) cuyo lema es “*Autoridad, no Mayoría*”.

II.— La referencia a la “mayoría” no proporciona, en realidad, ni la característica del *concepto del Derecho*, ni tampoco la de la *idea de la Justicia*.

El *Derecho* es un querer vinculatorio de carácter *autárquico* (Cap. 8, III; compárese Cap. 17). Su *concepto* no se

agota en el *cómputo* de muchos votantes; es algo distinto de una *suma* de adhesiones particulares o de opiniones personales separadas de esta o aquella “*mayoría*”.

El pensamiento ideal de la *Justicia* no puede describirse de ninguna manera, como el deseo de cierta *mayoría numérica*, porque al hacerlo, se incurriría en una confusión entre *cantidad* y *calidad*. La misión fundamental de toda Política consiste en lograr *buenos* resultados. Ahora bien, no porque *muchos* opinen o deseen algo, ha de ser esto necesariamente *bueno*.

III.— La decisión de una “*mayoría*” cualquiera puede ser, a lo sumo, *un medio condicionado*. Pero entonces es preciso afirmar y demostrar que en *determinadas situaciones históricas*, que precisamente están a discusión, se obtiene *el resultado objetivamente óptimo*, cuando se computa sencillamente la mayoría de un grupo determinado de hombres. El *principio* democrático pierde, en este caso, su carácter de *principio*, porque en realidad, se aplica entonces *un principio enteramente distinto* para justificar *el medio* consistente en cierta mayoría; *principio* que aún no han formulado con claridad, quienes hasta ahora han postulado *la simple “mayoría”* como criterio *último*.

IV.— En todo caso en que se desea aplicar el *medio* de una “*mayoría*” *numérica*, es indispensable preguntar qué condiciones han de reunir los votantes cuya “*mayoría*” ha de decidir. Éstos tienen que ser determinados en alguna forma, y lo que es más, precisamente por instituciones *jurídicas*, históricamente condicionadas, de carácter posi-

tivo. Un derecho “*natural*” de participar en votaciones estatales no existe aquí, como en ninguna otra parte (Cap. 10, III); y entre la afirmación de que alguien corresponde al concepto fisiológico de “*hombre*” y la institución jurídica del sufragio activo y pasivo, no existe en sí la menor relación. Aquí también debemos concretarnos a indagar qué resultado probable de este o aquel sistema de votación, en el que participen tales o cuales votantes, merece la preferencia *precisamente en la situación histórica dada, conforme a la idea de una convivencia armoniosa*. Este problema se sustrae también en definitiva a una solución “*apriorística*” que tuviese validez general para todos los hombres y pueblos.

CAPÍTULO DECIMOSEXTO

LA CONCEPCIÓN MATERIALISTA DE LA HISTORIA

I.— Marx, “*Para la Crítica de la Economía Política*” (1859). Marx y Engels, “*El Manifiesto Comunista*” (1848). Engels, “*La Transformación de la Ciencia del Señor Eugenio Dühring*” (1878) y la edición especial de tres capítulos de esta obra, bajo el título: “*El Desarrollo del Socialismo: de la Utopía de la Ciencia*”.

La concepción materialista de la Historia parte del principio que la producción y además de la producción, el cambio de sus productos constituyen el fundamento de todo orden social; porque en toda sociedad histórica, el reparto de los productos y con él, la división de la sociedad en clases o estados, depende de lo qué y cómo se produce, y de cómo se cambia lo producido.

El hombre es, según esta doctrina, un ser dotado de instintos sociales que lo impulsan a vivir en compañía permanente con sus semejantes, y a los que obedece para poder sostener mejor la lucha por la existencia.

Por esto, en todo estudio de la sociedad, *lo fundamental* es conocer la especie de economía social.

Sobre todo, el Derecho de un pueblo está condicionado, según dicha doctrina, por la peculiaridad de las relaciones económicas.

A los fenómenos exteriores en el espacio corresponden, por tanto, en la vida social, los "*fenómenos económicos*". Estos últimos son, según el materialismo social, formaciones naturales. Surgen, se desenvuelven y transforman, y, por último, perecen, en procesos que deben investigarse a la manera de las ciencias de la naturaleza. Su conjunto constituye la *materia* de la existencia social del hombre; su aparición y desaparición representan las *transformaciones* de la misma. Todo estudio *científico* de la vida social debe remontarse, por tanto, *en última instancia*, a la investigación de las leyes de los fenómenos económicos.

Sin embargo, dicha doctrina no desconoce por completo la importancia decisiva de las "*ideas*", en el más amplio sentido de esta palabra; no niega, de ninguna manera, la aparición de metas ideales en las representaciones y aspiraciones humanas, ni pasa por alto, tampoco, el hecho de que tales ideas hayan sido con frecuencia y sigan siendo siempre, *los motivos inmediatos* de las transformaciones jurídicas que registra la Historia. Pero

opina que los fenómenos espirituales comunes en la historia de la humanidad, no son sino repercusiones de las relaciones económicas, “*efectos reflejos*” de los fenómenos económicos.

II.— Al desarrollar su doctrina Marx había partido de las ideas de Hegel. Consúltese la obra de éste: “*Fundamentos de la Filosofía del Derecho*” (1821) y, además, sus “*Conferencias sobre la Filosofía de la Historia*”, publicadas después de su muerte (por primera vez, en 1837).

Esta filosofía se apoya en los siguientes principios:

a) El fundamento del universo es la *razón*. Ella es sujeto *absoluto*. Lo absoluto es el espíritu que se revela a sí mismo. Sólo éste tiene existencia permanente y verdadera; de él debe deducirse todo; sólo a él le corresponde, conforme a su esencia, “*realidad*” (de aquí el principio de que lo que es “*racional*” es “*verdadero*” y viceversa).

b) La razón *se realiza a sí misma* en un continuo *devenir*. El Universo representa *un proceso evolutivo* (pero no en el sentido que le dio posteriormente la teoría de la descendencia) que es el *autodesenvolvimiento de lo absoluto*.

c) Este continuo transformarse de lo absoluto sucede en forma “*dialéctica*”. Cada concepto lleva ya en sí mismo, su opuesto. En un punto determinado tiene que “*trastocarse en su opuesto*”. Según esto, la evolución “*dialéctica*” se realiza de tal manera que “*un concepto se determina a sí mismo, pone en sí determinaciones y las vuelve a suprimir y mediante esta supresión, logra una determinación afirmativa y, además, más rica y concreta de sí mismo*” (Filosofía de la Historia, Introducción). Por

ejemplo, un principio es puesto como verdadero; a esta posición se opone la duda negadora; debe seguir una “negación de la negación”, y nos vemos obligados a buscar una tercera posición más elevada.

Este método debe aplicarse al Derecho y a la historia de la humanidad.

A la voluntad subjetiva del individuo se enfrentan los fines independientes del espíritu objetivo y ambos encuentran su síntesis dialéctica en el reino de la libertad realizada, que de esta manera se alcanza (*Filosofía del Derecho*, Cap. 4). “*El Derecho es algo de suyo sagrado, tan sólo porque es la existencia del concepto absoluto, de la libertad consciente de sí misma*” (obra citada, Cap. 30).

La historia universal se divide en cuatro períodos: el mundo oriental, el griego, el romano y el germánico. Corresponden a las edades del niño, del adolescente, del hombre y del anciano; edad esta última que significa la madurez perfecta del espíritu. La Historia Universal “*se ha desarrollado racionalmente*” (*Filosofía de la Historia*, Introducción). La “*verdadera Historia*” comienza con el Estado. El concepto de la Historia Universal se obtiene en la auto-posición dialéctica (“*in dem dialektischem Sich-setzen*”) del espíritu concreto de un pueblo, su decadencia que acaece por un saberse a sí mismo (“*durch ein Sich-wissen*”) y la aparición de otro pueblo histórico. “*Los principios de los espíritus populares son limitados debido a la particularidad de éstos, en la que radica su realidad objetiva y la conciencia de sí mismos, que tienen como individuos existentes. Sus destinos y hazañas en sus relaciones mutuas,*

son la dialéctica manifiesta de la finitud de estos espíritus, de la que surge el espíritu general, el espíritu del Universo, que es ilimitado, puesto que es él el que ejerce su derecho –y su derecho es lo más elevado– sobre aquellos espíritus, en la historia universal, concebida como tribunal universal” (Filosofía del Derecho, Cap. 340).

La filosofía de Hegel ignora *la problemática criticista*. No analiza *la posibilidad* de conocimientos generalmente válidos, ni señala *las fronteras* dentro de las cuales puede darse un conocimiento absolutamente verdadero. Sus afirmaciones *carecen de fundamento*.

Esto se manifiesta claramente en todos los aspectos de dicha doctrina:

a) El regreso a “*lo absoluto*” permanece oscuro. También el pensamiento de *lo incondicionado* debe ser puesto en relación con otros pensamientos; también él está sometido a la necesidad de *una ordenación regular* de la conciencia (compárese también Cap. 5, I). La unidad de esta ordenación o, en lenguaje antiguo, el pensamiento de la *legalidad*, es el último fundamento de la consideración teórica.

b) El concepto de la “*evolución*” sólo tiene sentido inteligible en relación con el problema de la aproximación de un estado a una *meta final*. Encaja, por tanto, dentro del marco de los conceptos de *finés y medios*; está subordinado a éstos y, por lo mismo, no tiene el carácter de una noción última y suprema.

c) La “*dialéctica*” como *método generalmente válido*, no está demostrada y es, además, oscura. Como carece de

fundamento crítico, sólo puede apoyar su validez en observaciones vagas de tales o cuales sucesos y consideraciones. El “*trastocamiento en lo opuesto*” (“*das Umschlagen in das Gefenteil*”) no proporciona ningún indicio acerca del “*punto determinado*” en que debe acaecer, ni tampoco indica con exactitud, si *la necesidad* de este suceso es *causal, final* o de otra índole.

Comparado con el *método crítico*, adolece el de Hegel de tres deficiencias innegables:

a) Ignora el análisis de los contenidos de la conciencia según *forma y materia*. La forma es *la manera condicionante* de determinar unitariamente algo dado; la materia es el *elemento de un concepto*, determinado por la forma (compárese Cap. 1, II). Solamente *las formas puras* de la ordenación de nuestra vida espiritual pueden constituir un *sistema cerrado*, porque el sistema es una unidad exhaustivamente ordenada. En cambio, la *materia* incompleta de las impresiones y aspiraciones no puede alcanzar nunca, *como tal*, la necesaria *perfección para ello*. La insostenibilidad de la formulación de un sistema de *contenidos materialmente condicionados* y el consiguiente abandono del justo derecho de *la investigación empírica*, contribuyó en su tiempo, de manera esencial y con toda razón, al derrumbe de la metafísica hegeliana.

b) No se ocupa de la distinción entre el problema *sistemático* y el *genético*. El estudio del *devenir* de una cosa se edifica sobre la *esencia* de ésta y presupone lógicamente dicha esencia. La *mudanza* de un objeto sólo concierne a sus ingredientes *inesenciales* que se añaden a la unidad

de sus determinaciones permanentes. Y no se obtiene un conocimiento claro, cuando *se mezclan* ambas direcciones de la investigación, la sistemática y la genética, en una misma concepción de un “*proceso evolutivo*”.

c) Se equivoca al fijar la relación entre *idea y realidad* de la vivencia que radica en el pensamiento de las *condicionalidades ordenadas*. La *idea* es la representación de la *totalidad incondicionada* de cuantas particularidades sean posibles. Dicha representación señala únicamente una *tarea* y da un *criterio* para la ordenación. Ella proporciona el *punto de vista* conforme al cual debe uno orientarse, pero precisamente por su *incondicionalidad*, no puede manifestarse nunca *íntegramente* en los sucesos *condicionados*. La “*realización*” de la *idea*, según la concepción verdadera de ésta, no puede lograrse nunca. Lo “*eterno*”, en la *peculiaridad del pensamiento designado con esa palabra*, nunca es “*actual*” (como lo afirma Hegel en el prefacio de su *Filosofía del Derecho*); señala únicamente la dirección en que debe orientarse lo actual, que es siempre condicionado y limitado, y el criterio conforme al cual debe ser juzgado.

III.— La aplicación particular más importante de la concepción materialista de la Historia se encuentra en el Socialismo Moderno (científico). Su razonamiento es el siguiente:

1.— La economía social de la época moderna está ya socializada, en gran parte, y seguirá socializándose cada vez más. Esto significa que la producción se efectúa en unidades económicas organizadas conforme a un plan

(fábricas, latifundios, comercio en gran escala, etc.) en las que son reunidos hombres para realizar un trabajo común. Estas unidades económicas crecen constantemente y al mismo tiempo, disminuyen en número. A pesar de ello, subsiste todavía el antiguo régimen jurídico que se fundaba en que los instrumentos de producción pertenecían al trabajador y que por lo mismo, concedía a éste el derecho al producto. Surge así un conflicto social entre la base económica citada y el *Derecho* que flota por encima de ella; conflicto que se manifiesta visiblemente en las crisis industriales y comerciales. La propiedad privada de los medios de producción ya no encaja en la nueva economía social; ha *envejecido económicamente*.

2.— La esencia regulativa de los fenómenos económicos modernos, esto es, la cooperación de muchos conforme a un plan, para lograr una finalidad calculada, se encuentra en conflicto con la anarquía de la producción en el mercado mundial. Es, pues, un proceso *naturalmente necesario* el que conduce a la desaparición de esta anarquía; lo cual sólo puede lograrse mediante la colectivización de los medios de producción.

IV.— La concepción materialista de la Historia es *incompleta* y no está *bien pensada*.

1.— Es *incompleta* dicha doctrina, porque emplea sus conceptos fundamentales como sociedad, fenómenos económicos, modalidad social de la producción, etc., sin precisarlos mediante características unitariamente condicionantes. La reflexión crítica sobre este tema demuestra que la investigación *social* es un estudio de la vinculación

de *fin*es humanos. La cuestión social no pertenece a la Ciencia de la Naturaleza, sino a la de los *Fines*.

La relación entre economía y Derecho no corresponde a la de subsuelo y súper estructura. Más bien *no puede concebirse* la “*Economía Social*” sin una modalidad jurídica determinada, conforme a la cual se desarrolla. Todo *concepto económico* supone ciertas instituciones jurídicas, con cuya supresión desaparecería aquél indudablemente. En cambio, no sucede lo mismo a la inversa. En este sentido, el Derecho es *la forma* (=modalidad lógicamente condicionante) y la economía, *la materia* (=pensamiento lógicamente condicionado) en la representación de la vida *social* del hombre. Ambas están contenidas en el concepto de la *cooperación*; aparecen por sí mismas y simultáneamente, pero se encuentran desde el punto de vista lógico, en la relación jerárquica arriba mencionada (compárese Cap. 14, III; también Cap. 17, I).

Los fenómenos económicos no son cosas naturales en el sentido de percepciones espaciales. Son *fenómenos de masas de una misma especie, en relaciones jurídicamente reguladas*. Se forman en el curso de una vida social históricamente dada. De ellos nacen tendencias encaminadas a la reforma del régimen jurídico que les sirve de base. Cuando semejantes tendencias tienen éxito, se forman al amparo del Derecho nuevo, otros fenómenos económicos de la misma especie; y así resulta una *rotación* *inacabable de la vida social*.

2.- La concepción materialista de la Historia no está *bien meditada*, porque no ha desarrollado consecuen-

temente el pensamiento *de la legalidad de la vida social*.

La legalidad indica la modalidad unitaria suprema, conforme a la cual se ordenan vivencias particulares. La comprensión *monológica* de las aspiraciones sociales no se obtiene simplemente por el conocimiento de su evolución, así como tampoco el conocimiento de la formación de un principio de las Ciencias Naturales garantiza *la verdad de su contenido*. También el error y las aspiraciones reprobables surgen con necesidad causal. Una reforma social está *científicamente* justificada cuando su contenido es necesario para poner en consonancia situaciones dadas con el pensamiento fundamental de la vida social: la idea de la comunidad pura (Cap. 10, IV).

Esto debe verificarse al analizar una concepción histórica críticamente fundamentada.

La *historia social* estudia el progreso de la modalidad de la cooperación humana; es, por tanto, una *historia de fines*. Cada fin individual puede ser explicado también por la Ciencia de la Naturaleza desde el punto de vista de su determinación causal. En cambio, la historia social *en conjunto* es una cadena ininterrumpida de aspiraciones humanas.

¿En qué sentido puede concebirse la historia de la humanidad como un proceso evolutivo unitario? ¿Qué es “*la historia*” del hombre?

Desde luego, ella no es un simple “*proceso natural*” que pudiera explicarse como efecto único de una causa determinada. Pero tampoco puede ser interpretada como un

devenir natural continuo, en el que *solamente* fueran perceptibles causas y efectos, porque ella debe reproducir el curso cronológico de las *aspiraciones* sociales, con referencia a fines y medios.

La afirmación de que toda Historia (conocida por tradición escrita) ha sido una historia de las “*luchas de clase*”, no resuelve de ninguna manera el problema. Esta proposición no dice otra cosa, que las tendencias a la conservación o reforma de un régimen social, han sido siempre *opuestas unas a otras*. Que en las sociedades ordenadas se efectúe esta lucha entre “*clases*” (independientemente de que por esta palabra se entiendan todos los grupos sociales o únicamente una parte cualquiera de ellos) deja nuevamente insoluta la cuestión de saber cuál de estas tendencias que luchan entre sí posee una ventaja fundamental.

Para contestar esta pregunta disponemos, como se ha expuesto, de un único criterio condicionante: de la idea de la pureza de voluntad (Cap. 2, IV), que por lo que se refiere a la vida social se presenta como el pensamiento ideal de una comunidad de hombres libre–volentes (Cap. 10, IV). Si se llama a la cooperación orientada hacia ella, el querer *común*, resulta que la *Historia de la Humanidad viene a ser el progreso del querer común de los hombres*. Sólo puede considerarse que un acontecimiento histórico particular está determinado *científicamente* cuando se reconoce su coincidencia o su contradicción con aquel pensamiento fundamental.

Una seguridad absoluta de que la humanidad continuará avanzando siempre por la senda del progreso his-

tórico, no existe. Pero conforme a la experiencia, debe confiarse en que *el anhelo de Justicia* se manifestará cada día con mayor fuerza y seguridad.

Claro es que, enseguida, resulta necesaria e importante distinción fundamental. La fundamentación crítica de *la Ciencia*, del mismo modo que ésta misma, sólo brinda *posibilidades* de obtener resultados objetivamente correctos. *Que se tenga que hacer uso* de estas posibilidades, escapa a la fundamentación teórica. Ella misma no puede dar respuesta a la pregunta: ¿por qué deben los hombres aspirar a la verdad y a la justicia? Este problema franquea la entrada a otro reino del pensamiento cuyo dominio corresponde al estudio del sentimiento *religioso*.

CAPÍTULO DECIMOSÉPTIMO

LA TEORÍA DEL ANARQUISMO

I.— El *anarquismo* implica la representación de una vida social, regulada de manera distinta que por el *querer jurídico*. Debe distinguirse de la “*anarquía*” que alude a situaciones irregulares dentro de una comunidad jurídica.

El primer representante sistemático del anarquismo es Proudhon (1809–1865). Entre sus numerosos escritos se destacan: “*Qu’est-ce que la propriété? Recherches sur le principe du droit et du gouvernement*”, 1840; “*De la creation de l’ordre dans l’humanité*”, 1843; “*Les confessions d’un révolutionnaire*”, 1849; “*Idée générale de la Révolution au XIX ième siècle*”, 1851; “*De la Justice dans la Révolution et dans l’Eglise*”, 1858. Proudhon admite

un orden *natural* para la convivencia humana. Las relaciones sociales, la producción económica y el comercio se desenvuelven, de suyo, según cierta legalidad que les es básica, y si se les dejara actuar libremente, eliminando toda influencia perturbadora, se establecería una armonía natural.

Dicha doctrina se refuta esclareciendo el concepto de *economía social*. Ésta no es otra cosa que la ejecución de un orden *social* y no puede siquiera pensarse sin la base condicionante de un querer *vinculatorio* (Cap. 14, III; compárese Cap. 16, IV).

II.— Stirner (1806–1856), “*El único y su propiedad*”. Este libro contiene el intento más serio de sacudir toda autoridad tanto en el Derecho, cuanto en la Moral y la Religión. El fin supremo es, para Stirner, la libertad absoluta del individuo, del “yo”, tal como casualmente existe. Dicha libertad no la alcanza ni el liberalismo que sólo erige a la mayoría en nuevo soberano, ni tampoco el socialismo que convierte a todos en mendigos frente al propietario único, que es la sociedad. Por ello debe extirparse el Estado y substituir por la “*asociación de los egoístas*”.

Al afirmar que el yo empírico es la ley suprema del querer, incurre Stirner en la contradicción ineludible en que queda aprisionado todo *escepticismo* radical. Atribuye validez *objetiva* a lo que sólo es *subjetivamente* válido. No renuncia a la *justificación fundamental* de una aspiración dada, porque entonces no sería posible ninguna consideración ni discusión acerca de la recta fijación de fines; pero encuentra aquella *en la casualidad*, tal

como sólo pueden ofrecerla las cualidades especiales de este o aquel hombre.

III.— El anarquismo actual se apoya en Proudhon y Stirner y trata de fusionarlos parcialmente. Se bifurca en dos tendencias:

1.— El anarquismo *comunista* que imagina comunidades libres en las que se conviva fraternalmente y no exista la propiedad privada. De sus filas surge “*la propaganda de la acción*”.

2.— El anarquismo *individualista* que piensa en comunidades meramente convencionales en las que existe propiedad privada. Espera la realización de su ideal mediante el progreso espiritual de la humanidad.

Estas doctrinas incitan de manera especial al estudio crítico de la relación que existe entre la organización *jurídica* y la *convencional* de la sociedad. Está a discusión si es posible justificar el carácter autárquico de la regulación *jurídica, como tal*, sea cual fuere su contenido (véase arriba Cap. 8, III; también Cap. 13, IV).

IV.— *El derecho del Derecho.*

Se ha intentado fundar la necesidad de una comunidad *jurídica* en que la coacción es *engendrada* ineludiblemente, ya que la aspiración hacia ella se manifiesta tanto entre los soberanos como entre los súbditos. Pero el Derecho es una modalidad del *querer* humano. Por consiguiente, sólo puede justificarse como *medio* necesario para un *fin* justo; así debe justificarse su exigencia de *autarquía*, es decir, de independencia del reconocimiento

de los súbditos, y su pretensión de *inviolabilidad*, esto es, de emancipación del capricho del soberano.

La coacción jurídica no es un medio indispensable para *la posibilidad de la Moral*, porque ésta rige *la vida interior* de los hombres (compárese Cap. 7, III). Tampoco se justifica el Derecho, *como tal*, porque eduque a querer con rectitud, pues el problema consiste precisamente en saber si se puede justificar *de suyo* la coacción jurídica, *sin consideración ninguna al contenido* de un Derecho determinado.

Hobbes enseña que sin Derecho existiría un “*bellum omnium contra omnes*” (véase Cap. 4, II; en el mismo sentido Kant, como consecuencia de la idea de la convivencia humana). Sólo que la impugnación de la coacción jurídica deja abierta la posibilidad de un orden *social* basado en la *arbitrariedad* o en *reglas meramente convencionales*.

El problema se reduce, por tanto, a esta interrogación: ¿la modalidad *jurídica* del querer social es una condición necesaria para *regular* la convivencia de los hombres? Esta pregunta debe contestarse afirmativamente.

En las reglas *convencionales* y en los *mandatos arbitrarios*, se deja todo, de acuerdo con el sentido de estas modalidades del querer, al *capricho subjetivo* de los vinculados o del vinculante. Por esta razón, no ofrecen una base adecuada para la estructuración *objetiva* de la sociedad humana. Ambas modalidades del querer actúan *casuísticamente* y, por lo mismo, no garantizan de una manera *general* la *estabilidad* de la vida social *como tal*, sustrayéndola a las opiniones meramente personales. El

error de la proposición anarquista de sólo reconocer, *en principio*, vinculaciones *convencionales*, radica precisamente en que presupone en los individuos particulares la capacidad causal, para la libre convención, y en que ésta no se presta de igual manera, para regular *cualquier* convivencia humana *imaginable*.

El querer *jurídico*, en cambio, ostenta con arreglo a su concepto, la cualidad de la vinculación *permanente*. Está capacitado para acoger en su seno *cualquier* enlace *imaginable* de los fines de *todos los hombres posibles*; elimina de la convivencia humana todo capricho subjetivo y garantiza la estabilidad de la vida social *como tal*. Sólo después de afianzar esto, es lícito pensar en la debida estructuración del *contenido* de un querer vinculatorio. De aquí que *el Derecho* en su peculiaridad de querer autárquica e inviolablemente vinculatorio, sea *el medio indispensable para realizar la posible legalidad* de la vida social. En esto radica su justificación *general* y así queda demostrado *el derecho del Derecho*.

CAPÍTULO DECIMOCTAVO

EL EMPIRISMO JURÍDICO

I.— Por *empirismo* se entiende aquella concepción fundamental que partiendo de “*hechos*” particulares cuya fijación “*no se basa en ningún supuesto*”, pretende trazar una imagen del Universo y obtener directrices generales para el conocimiento y el querer humanos.

Esta doctrina es contradictoria consigo misma y, por tanto, insostenible. Porque atribuir a una percepción la

categoría de un “hecho” significa *determinarla unitariamente de acuerdo con un procedimiento formal, sólidamente fundado*. No es posible fijar aisladamente un “hecho” particular, ni tampoco fundar *el método* que para ello se requiere, en *las particularidades* que precisamente han de ser ordenadas con arreglo a él. *La posibilidad de ordenar unitariamente* el mundo de nuestros pensamientos constituye, más bien, un *supuesto universal*. Su peculiaridad debe esclarecerse mediante la autorreflexión crítica, preguntándonos en qué formas constantes se da dicha posibilidad de una ordenación esencialmente armoniosa.

Lo que aquí interesa, es la jerarquía *lógica* que existe entre la *particularidad* y el *método fundamental* y no su prioridad *cronológica*. *El todo* es la *condición lógica* de cada *particularidad*, la que sólo adquiere el rango de un *hecho*, mediante su inserción en un esquema absolutamente fijo.

II.— Algunos tratadistas, siguiendo una tendencia meramente empírica, describen las características más salientes de grandes periodos históricos. Este método descriptivo lo aplican también a aquellas cuestiones jurídicas que han surgido en diferentes pueblos y que presentan rasgos relativamente semejantes. Así lo hace principalmente Montesquieu (1639-1755). Son dignas de mención sus “*Lettres persanes*”, 1721; descripciones satíricas de la situación que prevalecía en aquella época, especialmente en Francia, que un supuesto persa, de viaje por Occidente, hace en las cartas que envía a su patria. Además, “*Considerations sur les causes de la*

grandeur des Romains et de leur décadence”, 1734, y “*De L’esprit des lois*”, 1748. En esta última obra estudia Montesquieu una multitud de ordenamientos jurídicos, los compara entre sí, y subraya ciertas coincidencias. De este modo se eleva a observaciones de generalidad condicionada. Éstas conciernen tanto al contenido, cuanto al origen y al desarrollo de ciertas instituciones jurídicas y estatales. De manera especial analiza la relación de dependencia que existe entre las instituciones jurídicas y las formas básicas de gobierno así como la índole natural del pueblo y del país. La totalidad de estas relaciones constituye lo que él llama “*el espíritu de las leyes*”.

Empresas como ésta no llegan, sin embargo, más allá de afirmaciones *limitadas*. No pueden proporcionar conocimientos de *validez absoluta* acerca del derecho. Comparando *las peculiaridades* de varios Derechos, puede lograrse una apreciación más exacta de *las particularidades* precisamente; pero de este modo no se alcanza el conocimiento *de la legalidad* a que está sometido *todo Derecho*.

III.— La Jurisprudencia de los tiempos modernos ha seguido, con frecuencia, la corriente empírica general. Un esfuerzo serio en este sentido es el realizado por Adolfo Merkel (1836-1896) en su “*Colección de ensayos sobre Teoría General del Derecho y Derecho Penal*”, 1899.

En ocasiones se ha intentado contestar también los problemas *últimos* acerca de la esencia y el sentido del Derecho, apoyándose *exclusivamente* en juicios jurídicos *particulares* y en experiencias *condicionadas* de la Historia del Derecho.

IV.– Sólo que en toda norma “*jurídica*” y en general en toda noción referente a un querer “*jurídico*”, se presupone necesariamente el concepto del *Derecho*. Pensar *jurídicamente* significa reconocer a un contenido volitivo su carácter de querer *jurídico*. Por ello no es posible inducir *el concepto del Derecho* de una serie de “*hechos jurídicos*” colocados uno al lado del otro, porque cada uno de ellos está ya predeterminado por dicho concepto.

A la misma conclusión se llega cuando examinamos si un contenido jurídico determinado es *fundamentalmente justo*. Como criterio no sirve en este caso ningún fin limitado, perseguido por una institución jurídica particular. Sólo un *método formal* puede ser la pauta incondicionalmente unitaria para *juzgar con igual medida* la materia múltiple que nos ofrece la Historia (véase arriba Cap. 10, III y IV).

La afirmación de que semejante *método unitariamente condicionante* no pueda servir de pauta, es falsa. Si un juicio ha de ser “*verdadero*”, debe haber sido pronunciado con arreglo a un método afianzado críticamente, cuya observancia es la única que puede ofrecernos una garantía de la justificación objetiva de aquel juicio.

Por último, la objeción de que el pensamiento de semejante método orientador “*carece de contenido*”, no está bien meditada. En efecto, el “*contenido*” es la peculiaridad que distingue un pensamiento de otro; no hay pensamientos “*vacíos del contenido*”. Se incurre aquí en una confusión *del contenido* con sus elementos *materialmente condicionados*. Ciertamente existen pensamientos depu-

rados de estos últimos elementos, pero eso es precisamente lo que pretendemos obtener al investigar qué procedimiento nos permite emitir juicio de *validez general*.

Siempre es, pues, necesario preguntar por las *formas puras* del concebir y del juzgar, que para el jurista son inmutables y cuya misión consiste en acoger la materia siempre cambiante de las aspiraciones humanas, para que ésta quede ordenada de manera jurídica y justa. No podrá lograr esto quien se *limite a* observar particularidades ya inconscientemente ordenadas. También aquí necesitamos reflexionar críticamente sobre la posibilidad de ordenar de modo unitario los pensamientos jurídicos en general.

CAPÍTULO DECIMONOVENO

EL REALISMO EN EL DERECHO

I.— Kirchmann (1802-1884): “*La Inutilidad de la Jurisprudencia como Ciencia*”, conferencia, 1848; “*Los Conceptos Fundamentales del Derecho y la Moral, como Introducción al Estudio de Obras Filosófico-Jurídicas*” (2) 1873; “*La Doctrina del Saber*” (3) 1878.

Se afirma que la *inducción* es un método fundamental. Con su ayuda puede conocerse el contenido “*real*” y la transformación “*real*” en el desenvolvimiento del Derecho y de la Moral. Por abstracción pueden obtenerse de los hechos históricos, leyes. Según esto, la Moral no debe deducirse de un principio eterno o de la providencia divina. Más bien ha de atribuirse a mandamientos de los soberanos y de los pueblos. A ello se debe que sea siempre

mudable y diferente en todas partes. La mudanza está condicionada por tres circunstancias: el aumento del saber, el poder creciente sobre la Naturaleza y una transformación de la sensibilidad para las causas del placer. Esto rige tanto para el Derecho como para la Moral.

II.— Si el *realismo* aspira, en verdad, a ser una dirección relevante en el orden *teórico*, no debería pasar por alto que necesita basarse en un *principio*. Su doctrina supone evidentemente la existencia de *pensamientos unitariamente ordenadores*, pero se empeña en no reconocerlos, y en esto radica su peculiaridad.

Kirchmann habla, en efecto, de los conceptos generales del *Derecho* y de la *Moral*, e indaga “los conceptos fundamentales” de ambos. Por tanto, supone también él, con indiscutible necesidad, que existen *pensamientos firmemente determinantes*, cuya misión consiste en ordenar y domeñar la materia variable de la experiencia histórica. A las concepciones “*morales*”, aunque sean divergentes, las llama, sin embargo, a todas, “*morales*”. Las subsume en un concepto unitariamente determinante, precisamente allí en donde cree necesario subrayar *la variada aplicación* de este concepto.

Toda representación, lo mismo del percibir que del querer, existe como un todo *compuesto*. Hay en ella —pues de otro modo no sería posible un conocimiento claro— un método determinante que desempeña una función unificadora y, además, como segundo elemento, particularidades que pueden ser percibidas por los sentidos y que, sin duda, se encuentran ya ordenadas también unitariamen-

te de algún modo, puesto que no podrían ser pensadas como “*materia informe*”. Los dos elementos citados van *siempre unidos*. No es un milagro, como se ha pensado en ocasiones, que se reúnan, porque nunca se encuentran separados en la realidad sensible. Y nada tiene de prodigioso que nuestras experiencias sean complejas y que podamos disolverlas mediante el análisis crítico.

Según esto, frente a todo método *realista* persiste un problema peculiar, consistente en cerciorarse, mediante un análisis crítico, de cuáles sean los métodos unitariamente ordenadores del conocimiento científico. Esto se logra mediante una reflexión inquisitiva, dirigida hacia la posibilidad general de ordenar de manera radical la vida del espíritu (compárese Caps. 1 y 18).

Por el camino de la *inducción* no se alcanza, como es natural, este fin. El concepto del Derecho no puede obtenerse *inductivamente*, es decir, acumulando muchas experiencias “*jurídicas*”, para extraer de ellas el concepto común del *Derecho*, porque al hacerlo, se presupone ya, en cada caso concreto que se aduce, el concepto del *Derecho*, en su carácter de dirección determinante del conocer. Y no es posible tampoco esclarecer y describir *inductivamente* la idea de la Justicia, en su peculiaridad y con sus antítesis, porque toda *inducción* consiste en subordinar fenómenos concretos a géneros superiores. Se limita a la *materia que puede ser percibida por nuestros sentidos* y no puede suministrar las *formas puras* del conocer y de juzgar.

En cambio, debe subrayarse que entre *idealismo* y *realismo* no necesita existir ninguna oposición. Nuevamente

se trata aquí no de un “*una u otro*” sino de un “*tanto uno como el otro*”. Como lo hemos puesto de relieve, la *idea* no es creadora (Cap. 10). Necesita de la materia perceptible por nuestros sentidos, que le es suministrada en la vida social. Y esta materia condicionada por circunstancias históricas, debe elaborarse de la mejor manera posible, aplicando el método *realista*.

Quien sea puro sentimiento y fantasía, corre riesgo, especialmente en la política, de convertirse en un reformador iluso cuyas ideas tengan una *validez puramente subjetiva*. Por otra parte, la directriz de la *idea del bien* es indispensable para la elaboración cabal de la materia que ha de ser investigada de la mejor manera por el método *realista*. Quien prescindiera de dicha idea, se asemeja al marino que pretendiera navegar sin brújula ni timón.

Los errores que comete Kirchmann al resolver el *doble problema citado*, explican su posición equivocada en el asunto de la *jurisprudencia “como Ciencia”*. Formula tres objeciones: 1.— *La materia* del Derecho es siempre mudable. 2.— El *contenido del derecho* no se da tan sólo en el conocimiento, sino también en el sentimiento. 3.— Las normas jurídicas *positivas* son estatuidas por el hombre. Kirchmann sabía perfectamente que la peculiaridad de la “*Ciencia*” no radica en la *materia* elaborada, sino en el modo *formal* de elaborarla. En efecto, lo importante es saber si es posible un método *incondicionalmente unitario* para ordenar el contenido del querer *jurídico*. Kirchmann no abordó esta cuestión que exige ser contestada afirmativamente por medio de un análisis crítico.

III.— Ihering (1818–1892). Fue discípulo de Puchta (Cap. 11); pero más tarde impugnó la doctrina de la Escuela Histórica sobre el origen del derecho, especialmente en su conferencia sobre “*La Lucha por el Derecho*” 1872. En su obra “*El Espíritu del Derecho Romano en las Diferentes Etapas de su Desarrollo*” (desde 1852), describe en forma brillante, grandes períodos y características históricas del pueblo romano que tuvo especial vocación para el Derecho. En el tercer tomo interrumpió su exposición para darle un fundamento filosófico-jurídico. Se dedicó, a partir de 1877, a su obra “*El Fin en el Derecho*”, de la que aparecieron dos tomos, quedando después, igualmente interrumpida. El tema del libro se refiere a que el fin es el *creador* del derecho. Pero Ihering define el *fin* como “*causalidad psicológica*”. Esta definición es inadecuada, porque mientras consideremos las vivencias particulares desde el punto de vista de la categoría de la *causalidad*, permaneceremos en la órbita de la *ciencia de la naturaleza*, cuya misión consiste en ordenar los fenómenos *corpóreos*. Dicha ciencia investiga las transformaciones que acontecen, buscando sus causas en el *pasado*. El *fin*, en cambio, está situado *en el futuro* y determina el presente a través de los medios *que han de elegirse* para su realización. Pero el Derecho no es el *producto* de fines, sino que es *en sí mismo* una modalidad especial de la *fijación de fines*. Ihering no ha formulado una definición *conceptual* exacta del *Derecho*, que lo distinga de otras modalidades del querer.

IV.— Para desentrañar el *concepto fundamental* del Derecho, describe Ihering los intereses y los fines condi-

cionados que pueden presentarse en una sociedad. Intenta desarrollar una “*mecánica social*”. Por ella entiende las palancas que se aplican para poner en movimiento la voluntad. Éstas son, por un lado, la recompensa y la coacción, y de otra parte, el sentimiento del deber y el amor. Pero todo esto sucede con ayuda del Derecho, considerado como “*política de la fuerza*”. Ésta debe ser operada por el detentador del poder, quien obrando como “*el egoísta más desalmado e incorregible, debe reunir un tesoro de máximas para sacar de su poder el mayor provecho*”.

Según esto, las aspiraciones egoístas no son consideradas como la *materia* que ha de ser ordenada de manera *objetivamente justificada*, sino como la *ley suprema* de la vida humana y, por lo mismo, del derecho. Dichos deseos y anhelos *meramente personales* existen evidentemente como *materia* del querer, siempre y en todas partes. Como antes se ha hecho notar (II; compárese Cap. 2, III), deben tenerse en cuenta, con la mayor exactitud, al tratar de la cuestión social, y deben conocerse y fijarse con el mayor cuidado, *tal como existen*.

Pero no tan sólo porque *dichos anhelos existen*, están ya *intrínsecamente justificados*. Si nos limitáramos a reconocer su existencia contingente, no sería posible dominarlos *científicamente*; esto tendría tan poco sentido como aceptar las inclemencias del clima o las enfermedades del cuerpo, tan sólo porque surgen en el curso de los acontecimientos regulados por las leyes de la naturaleza y en procesos que obedecen a una necesidad natural. Para evitar este error, es indispensable la *ordenación unitaria* de los deseos infinitos y de las variadas aspira-

ciones. Pero esto *no* se logra mediante la referencia al punto de vista *meramente subjetivo* del soberano.

CAPÍTULO VIGÉSIMO

LA SOCIOLOGÍA

I.— La palabra “*sociología*” se ha hecho popular en los tiempos modernos, sin que esto haya redundado en beneficio de la claridad de los pensamientos que ella expresa. El americano Ward enumera en una obra acerca de este tema, no menos de doce acepciones completamente distintas de la palabra “*sociología*”. Su observación es acertada; dicha cifra pudiera, quizás, aumentarse. Entre dichas acepciones hay una que designa cierta modalidad de la “*sociología*” que con frecuencia ha figurado en primer plano: se trata de aquella dirección que se propone estudiar la cuestión social a la manera de la *Ciencia de la Naturaleza*. Debido a esta circunstancia, corre paralela a la Concepción Materialista de la Historia (Cap. 16), pero no depende necesariamente de la teoría de ésta. La “*sociología*” intenta formular una doctrina general “*de la sociedad*”. Por consiguiente, debe determinar, ante todo, exactamente, su objeto, o sea *la sociedad humana*. Y ya aquí se revela que son por completo inadecuados los métodos de la *Historia Natural*.

El estudio del problema social está sujeto a *condiciones epistemológicas diferentes* de las que rigen la investigación del *mundo corpóreo* que nos rodea. La ordenación unitaria de los pensamientos acerca de la convivencia humana trata del *contenido de aspiraciones* y no se agota en la observación de alteraciones causales.

Tampoco es posible determinar el concepto de la *sociedad* como lo ha propuesto Simmel, por medio de la categoría de la *acción recíproca*; porque esto equivaldría a estudiar una causación que obrara en sentido opuesto a otra causación procedente del *cuerpo* primeramente influido. En el estudio de la vida social, nos enfrentamos a la vinculación recíproca de los *finés* de los socios. Por esta razón *no* es posible trasplantar las leyes de la acción recíproca *de los cuerpos* a los problemas de la *Política*, del Derecho y de la vida *social* en conjunto. Si, por ejemplo, la Ciencia de la Naturaleza enseña que siempre que se imprime un movimiento, la acción y la reacción son, en todo tiempo, iguales entre sí, no cabe inferir de aquí ningún principio válido para la *Ciencia de la Sociedad*, porque el sistema de dicha ciencia debe *construirse independientemente*, como una modalidad *propia* del contenido de la *consideración teleológica*.

II.— Con frecuencia se ha intentado explicar el fin y el sentido del Derecho y el Estado haciendo referencia al *cuerpo humano*. Mientras se trate de simples alegorías —como en el relato de Menenius Agrippa— pueden tolerarse dentro de una investigación conducida conforme al método propiamente *sociológico*. Pero el lenguaje metafórico no siempre resulta inofensivo; su uso exagerado debe rechazarse de plano.

En los últimos tiempos, Steiner ha puesto en boga una doctrina de la “*división tripartita del organismo social*”. Según dicha doctrina, el organismo humano presenta tres “*sistemas*”: el de la cabeza, el del pecho o circulatorio y el metabólico. A éstos corresponden la vida económica,

la vida política propiamente dicha y, por último, todo aquello que se refiere a la vida espiritual. Steiner no pretende trasplantar a la Sociología conocimientos científico-naturales, pero afirma que lo importante es “*que el pensamiento y el sentimiento humanos aprendan a percibir las posibilidades vitales, estudiando el organismo natural, para que puedan aplicar, después, al organismo social, esta modalidad de la percepción*” (Steiner, “*Los Puntos Medulares del Problema Social*”, pág. 29). Ante todo, permanece aquí oscuro el concepto del “*organismo social*”. Un *organismo natural* es un cuerpo compuesto, cuyas diferentes partes se engendran y nutren mutuamente (compárese Kant, “*Crítica del Juicio*”, Caps. 65 y sigts.). Esto no sucede en un *mecanismo* como tampoco en una máquina. Steiner no explica lo que, dentro de su doctrina, ha de correr paralelo a esta distinción. El ejemplo que cita (pág. 49), o sea Austria después del año sesenta del siglo XIX, no aclara el punto. No se sabe *cuántos* “*organismos sociales*” debe haber, ni se percibe cuál es la característica unitariamente determinante que les atribuye dicho autor. ¿Sólo el Estado es un “*organismo social*” o lo son también ciudades y aldeas, una sociedad anónima, la familia, una fábrica, etc.? También faltan ejemplos para la afirmación de que cada uno de aquellos tres “*sistemas*” actúa con “*cierta independencia*” y debe desarrollarse de acuerdo con “*sus propias leyes y sus propias fuerzas*”. Steiner intenta contraponer el trueque de “*mercancías por mercancías*” al trueque de “*mercancías por derechos*” (Pág. 39 y sigts.). Esto es un error, porque en las relaciones sociales siempre y necesariamente hay

tan sólo trueque de “derechos”. El error citado proviene de una falsa determinación de la relación entre Economía y Derecho (Cap. 14, III). Tampoco se precisa, ni se aclara con ejemplos, cómo al lado de los problemas de la vida económica y jurídica, ha de existir una “*producción espiritual*” que, en la vida social, no influye desde luego en la cooperación. Por esto Steiner no logró alcanzar la meta que con razón él mismo puso de relieve, de retroceder a “*los pensamientos primarios*” que sirven de fundamento a todas las tendencias sociales (Pág. 57).

III.— Una acuñación especial de la llamada “*sociología*”, se encuentra en los estudios modernos sobre la misión que incumbe a la Jurisprudencia en lo que concierne a la interpretación y aplicación del Derecho, principalmente en los tribunales judiciales y en la esfera administrativa. Esta jurisprudencia “*sociológica*” pretende dos cosas. Por una parte, fija como meta de su esfuerzo, el Derecho *viviente*. El conjunto de reglas jurídicas formuladas se encuentra, a veces, en contradicción con la *realidad jurídica*. Hay instituciones legislativas que únicamente existen en el papel; y con frecuencia, el tráfico regulado jurídicamente se realiza según normas que sólo posteriormente se forman en su seno.

Pero esto no tiene importancia *fundamental*. La búsqueda del Derecho *viviente* presupone el llamado estudio dogmático del Derecho y sólo pretende corregirlo o completarlo *en sus detalles*, observando el mismo método.

IV.— Otra dirección de la consideración “*sociológica*” del Derecho pretende lograr el conocimiento del sentido y

valor de un Derecho dado mediante su consideración *económica*. Esto es un error. También aquí se parte de una representación deformada o equivocada de la relación entre Economía y Derecho (Cap. 14, III).

Mediante la observación de la *ejecución efectiva* de un ordenamiento jurídico, cuya ejecución se llama *Economía Social*, se puede ciertamente conocer si se han logrado o frustrado los propósitos de un legislador. Pero el sentido de aquella base legislativa exige ser fijado por sí mismo, conforme a un método propio.

Y si alguien pregunta escépticamente si estas normas jurídicas condicionantes son *fundamentalmente justas*, no puede evidentemente apoyarse este juicio crítico en la simple observación del desarrollo *real* de una vida social dada.

También aquí se manifiesta la necesidad de una directriz *ideal* que permita *fundamentar* desde el punto de vista de la *Justicia*, una decisión jurídica determinada. Si en vez de esto se remite simplemente al “*sentimiento social*” o a la consideración de “*intereses reales*” o inclusive a un método “*inductivo–real*”, se recurre a meras frases admitidas sin previo examen.

CAPÍTULO VIGESIMOPRIMERO

LA CORRIENTE DEL DERECHO LIBRE

I.– Magnaud, quien ha sido Presidente del Tribunal de Chateau–Thierry desde hace aproximadamente 40 años, es conocido en los países de habla francesa, por su jurisprudencia libre y personal. Leyret, “*Les jugements du*

Président Magnaud”, I (1900), II (1903). Magnaud parte de la afirmación de que la ley debe interpretarse en sentido “humano” y de que el Juez al pronunciar sus fallos, debe tomar en consideración la “*solidaridad humana*”. Esta concepción es aplicada por Magnaud en todos los casos que son sometidos a su decisión, tanto en materia civil como penal. Se aparta, por tanto según su criterio, de la ley expresa; pero de manera distinta que, por ejemplo, el Pretor romano, que si bien podía durante su ejercicio, aplicar válidamente con motivo de su actividad judicial, reglas distintas del “*ius civile*”, quedaba, sin embargo, ligado entonces por dichas reglas, fijadas en el edicto.

El jurista francés de que se trata, ha sido muy elogiado en su país como “*bon juge*”, pero no ha encontrado eco en las esferas judiciales. En el semanario “*Demain*”, 1908, No. 26 y sigte., expuso él mismo sus ideas. Pero esta exposición carece de valor científico tanto por lo que respecta al problema fundamental, cuanto desde el punto de vista de la práctica que procede casuísticamente.

II.— La corriente del Derecho libre se formó en Alemania, en los últimos años, aparentemente sin conexión con la actividad de Magnaud; pero llega esencialmente a las mismas conclusiones que su predecesor. Aunque los pensamientos fundamentales de esta dirección no siempre son expuestos por sus representantes con plena claridad, pueden, sin embargo, descubrirse en ella dos propósitos distintos.

El primero es *el postulado práctico* de que ninguna disposición técnicamente formulada de nuestras leyes debe-

ría tener carácter *obligatorio*. Su fijación en el articulado de un Código no tendría para el Juez, según esta doctrina, más valor que el de una simple indicación provisional y nunca decisiva. El Juez debería apartarse de ella en *todos* los casos en que no condujera a una decisión justa, y a todo postulante debería concederse el derecho de exigir dicho examen.

No es exacto afirmar que de esta manera se colocaría al Juez *por encima* de la Ley; porque precisamente se exige de la Ley que obligue al Juez a practicar aquel examen, y el Juez tendría entonces que realizarlo debido a que estaría sujeto a la ley que lo ordenara.

A la exigencia mencionada de los partidarios del Derecho libre pueden oponerse, empero, objeciones irrefutables, que dimanen de las circunstancias actuales. La supresión del carácter *obligatorio* de las disposiciones relativas a las formalidades de los actos jurídicos traería consigo, sin duda alguna, la desaparición de la letra de cambio, el cheque y otros títulos de crédito; produciría irremisiblemente una inseguridad peligrosa en el Registro de la Propiedad y en los Testamentos; tratándose de plazos y términos ni siquiera sería practicable, en muchos casos, una investigación absolutamente segura, como, por ejemplo, en la fijación de la edad, o al menos introduciría la confusión, como en el caso de la prescripción. En nuestro país, los postulantes y jueces no están acostumbrados en la actualidad, a *demostrar* metódicamente con arreglo a principios *fundamentales*, la decisión *justa*; primero hay que educarlos y prepararlos paulatinamente para ello. En lo que concierne a la imposición de

las penas, ha predominado desde el siglo XVIII, la exigencia de seguridad formalista, aún tratándose de consecuencias objetivamente insignificantes.

Se infiere de lo dicho, que un buen legislador debe aprovechar ambas posibilidades: Derecho rígido y Derecho flexible (compárese Platón en el “*Político*”). En las circunstancias actuales, no existe razón convincente para eliminar *sin excepción*, todas las disposiciones formalmente obligatorias.

III.— El segundo propósito de la corriente del Derecho libre es de índole *teórica*. Dicha doctrina pretende hacerse pasar como un *método* para encontrar el *Derecho justo*. Piensa alcanzar este fin, con sólo dejar al juzgador que busque “*libremente*” el Derecho.

Si con ello critica la sumisión servil a las “*concepciones dominantes*”, tiene razón, porque éstas casi nunca pueden ser fijadas *con precisión* y, además, queda siempre en pie el problema de saber si verdaderamente encierran la premisa mayor *justa*.

Lo mismo cabe decir de la referencia a la concepción “*popular*” del Derecho.

IV.— Por otra parte, no basta desde el punto de vista del método, la simple referencia al sentimiento jurídico “*libre*”, porque semejante sentimiento no es innato; sino que se forma en cada individuo de distinta manera, al influjo de innumerables factores. En él encontramos, desde luego, tan sólo experiencias amontonadas al caso, y partiendo *de estas exclusivamente* no nos elevamos más allá de decisiones de valor *meramente subjetivo*.

Quien atribuya validez *objetiva* a juicios jurídicos que pretende haber encontrado “*libremente*”, debería, en rigor, someter a un análisis crítico, *el método* de juicio *aplicado efectivamente por él*.

SOBRE LA LEY HUMANA EN GENERAL **(Santo Tomás 1-2, 95)**

*Domingo de Soto O. P.**

SUMARIO

*Artículo I. Si además de la ley natural es necesario que haya leyes humanas.-
Artículo II. Si toda ley humana procede de la ley natural.- Artículo III. Si las cualidades que han de tener la ley humana están acertadamente enumeradas en San Isidoro.- Artículo IV. Si es acertada la división que San Isidoro y los que le siguen hacen de las leyes y del derecho humano.*

* Nació en Salamanca, España, en el año de 1494, ciudad en donde inició sus estudios. Por falta de recursos económicos tuvo que abandonarlos, pero más tarde los reinició en Alcalá. De allí, fue a París para regresar a España en 1520. En unión de su amigo Hernando de Saavedra ingresó en la Orden de Santo Domingo; ganó la cátedra de teología en Salamanca, donde coincidió con Francisco de Vitoria, y publicó sus obras *Comentarios a la dialéctica de Aristóteles* y *De iustitia et de iure*. Colaboró con fray Bartolomé de Las Casas, en la defensa de los derechos de los indios. Murió en el año de 1570, en Salamanca, y su elogio fúnebre lo pronunció el poeta fray Luis de León, quien fuera su alumno.

ARTÍCULO I

Si además de la ley natural es necesario que haya leyes humanas

La tercera clase que hay de leyes son las humanas, acerca de las cuales ocurren mayores motivos de discusión. En primer lugar, pues, se pregunta, si además de la ley natural es necesario que haya otras leyes humanas. Por el lado negativo se alega en primer lugar que, como dijo San Agustín, “todas las cosas están suficientemente ordenadas por la ley eterna”. Esta ley eterna la participamos nosotros suficiente y abundantemente por medio de la ley natural. Por tanto las leyes humanas no son necesarias.

En segundo lugar, la ley, como queda ya dicho más arriba, es una medida de nuestros actos. Pero la razón no es la medida de las cosas, sino que la medida de las cosas es más bien su misma naturaleza, la razón no hace más que estudiarla, como afirma Aristóteles. Por tanto como las leyes humanas nacen de la razón, no pueden ser medida de nuestros actos, ni tener tampoco razón legítima de leyes.

En tercer lugar, una medida, como lo es la ley, debe de ser segurísima. Ahora bien, la razón humana no es capaz de formar certeza en aquellas cosas que hay obligación de practicar, por ser singulares y mudables, según la sentencia del libro de la Sabiduría: Los pensamientos de los hombres son inseguros, e incierta nuestra providencia. Por tanto la razón humana no puede ser causa de ninguna ley.

En cuarto lugar, puede argüirse asimismo por otro camino. En el caso en que nuestra razón pudiera ser una regla segura de nuestros actos, una Nación podría ser mejor gobernada de viva voz, que con el establecimiento de las leyes. Porque, a la verdad, siendo el juez una justicia viva, como dijo Aristóteles, sería mucho más fácil y conveniente recurrir a él, que no a la ley, que es una cosa sorda y muda. Porque como las acciones humanas sean una cosa singular, la ley humana no puede hacerse cargo de todas las cosas, ni darse cuenta de todas las circunstancias particulares, como con su prudencia no podría hacer un juez según veremos en la cuestión siguiente.

San Isidoro, en cambio, afirma lo contrario; y se menciona entre los Decretos, en donde se dice que las leyes han sido establecidas, para que con el temor que imponen se refrene la audacia de los hombres, y se ampare la inocencia contra los malos; para que éstos con el temor del castigo repriman sus osadías y los deseos de hacer daño a los demás.

La solución de esta cuestión se deduce fácilmente de la naturaleza misma de las cosas y de la natural condición humana. Y así se responde a ella con dos conclusiones. La primera es: Ha sido absolutamente necesario que además en la ley natural se promulgasen otras leyes por los hombres a causa de la diversidad de las cosas, sucesos y asuntos que suelen presentarse. Esta conclusión tiene dos fundamentos: uno la condición discursiva de nuestro ingenio, y otro la necesidad de las cosas. A la verdad, los hombres poseemos una capacidad innata para deducir conclusiones de los principios universales e indemostra-

bles tanto en el orden especulativo como en el práctico. Y lo mismo las de un orden que las de otro las deducimos de dos maneras diferentes. Unas, efectivamente, se deducen como necesarias, según ocurre en las matemáticas y otras, a causa de su inevidencia las deducimos sólo como inopinables, según la condición de cada ciencia, de igual modo, en el orden práctico, de los primeros principios deducimos como conclusiones necesarias los preceptos del Decálogo según queda dicho, y por esta causa estos mandamientos son de ley natural. Pero como nuestros actos se ocupan de cosas particulares, es necesario asimismo descender de los mismos principios universales a lo particular, para acomodarlos a las circunstancias de lugar y de tiempo. Y así como las reglas establecidas de este modo, no brotan necesariamente tan sólo de los principios naturales, sino que se constituyen con la ayuda de la razón, se llaman leyes humanas. De esta clase son las que se observan en las ventas y otros contratos, sin los cuales los hombres no podríamos vivir.

Pero tal vez alguno proteste aquí contra lo que Dios y la naturaleza determinan: ¿No hubiera sido mejor acuerdo que la misma ley natural descendiera a detallarnos todas las particularidades? Puede apoyarse esto en que la razón suele oscurecerse con las pasiones, y en cambio la ley natural siempre se nos muestra clara. A esto se responde que Dios ordenó todas las cosas conforme a nuestra manera de ser. Porque es condición natural a nuestra razón discurrir; y por esto el sapientísimo Dios y la sagaz naturaleza depositaron en nosotros solamente las semillas, que con el cultivo de la razón habían de dar su fruto.

Y esto ocurre lo mismo en el orden especulativo que en el práctico, tanto en las artes, como en las costumbres.

De aquí se deduce una segunda prueba de nuestra conclusión. Porque así como, por lo que se refiere al conocimiento especulativo, Dios dotó a nuestro entendimiento, al crearlo, con la luz de los principios, a fin de que con ellos discurriera por las diversas clases que hay de ciencia, e inventase las distintas artes que existe en la piedra, en la madera, en la lana y en otras materias que nos son útiles para vestirnos, protegernos, alimentarnos y recrearnos, de igual modo, dijo Aristóteles, Dios depositó en nosotros las semillas de las virtudes, para que después con nuestra educación y ejercicio se conviertan en mies. Y una de las cosas que principal y más eficazmente educa nuestras costumbres son las leyes humanas. De donde se sigue que además de la ley natural, que hace la siembra, son necesarias las leyes humanas, a fin de que la cosecha sea más abundante.

En tercer lugar comprueba la misma conclusión el hecho de que, aunque la ley natural es una regla universal de las costumbres, carece sin embargo de las sanciones que obligan a su cumplimiento, y que tan necesarias son a los hombres en el estado de la naturaleza caída en que se hallan. Por tanto a la ley natural es menester añadirle las leyes penales que le faltan. Así lo enseña Aristóteles, cuando dijo, que a unos hombres los hace buenos la naturaleza, a otros la costumbre y a otros la educación. Ciertamente que la naturaleza no está en nuestras manos, sin embargo, algunos por un don de Dios, nacen con tales disposiciones, que parece han sido

engendrados por el cortejo de todas las virtudes, otros, en cambio, se hacen buenos por las costumbres practicadas desde la infancia. Sin embargo, con la educación no todos pueden hacerse suficientemente virtuosos, sino sólo aquellos que ablandó ya de antemano la costumbre; como la tierra recién abierta tuvo necesidad del corvo arado, antes de depositar en ella la semilla. Por tanto para aquellos que son inclinados al mal y duros y rebeldes para el bien, es decir, para aquellos a quienes no atrae la honestidad del bien, es necesario que exista el temor, para que por la fuerza se aparten del mal, y de esta manera dejen a los demás tranquilos, y así mismos se pongan también en paz. Porque como dice Aristóteles, el hombre, así como cuando ha llegado a su perfección es el mejor de todos los animales, así también cuando se excluye de las leyes es el peor de todos ellos. Tener armas, es una crueldad injusta; más el hombre es conveniente que las tenga por una connatural prudencia, y así es necesario que haya leyes que orienten esta prudencia y castigo que la frene. Por esta causa precisamente hemos dicho en la cuestión primera que nadie puede establecer leyes más que el Estado, o quien le represente. Y por esta misma razón la naturaleza hizo al hombre sociable, es decir, inclinado a vivir en sociedad para poder ser en ella amparado por las leyes.

Después de todo lo dicho, a la primera dificultad se responde que, aunque la ley natural es una participación de la eterna, sin embargo la razón humana no puede penetrar toda la virtud de los principios naturales, a no ser por medio del discurso, como es su condición. Con una simple

mirada no puede ver como el ángel inteligente todo lo que se esconde en los principios universales, sino que tiene que deducir unas cosas de otras mediante el raciocinio. Y así también de la misma manera que la luz increada nos ilumina en lo especulativo, así también en las verdades prácticas nos ilumina doblemente la ley eterna. Primeramente proporcionándonos los principios universales, y después al deducir de estos mismos principios las conclusiones particulares por medio del discurso. Porque estas conclusiones, existiendo de una manera eminente en la misma ley eterna, no pueden darse a conocer de un modo suficiente por medio de la ley natural. Esto en cuanto a la fuerza directiva de las leyes. Y otro tanto puede decirse acerca de su fuerza coercitiva. La ley natural, hiere efectivamente, causa remordimiento y golpea las conciencias de los malhechores, y como dijo San Pablo, los acusa suficientemente con pensamiento, a fin de que los hombres sensatos, abatidos por el temor y horrorizados ante la fealdad del pecado procuren enmendarse. Pues dijo San Agustín: Has dispuesto, Señor, y así se cumple que todo ánimo desordenado lleve dentro de sí mismo el castigo. Y porque hay algunos tan hundidos en el abismo de los sentidos, que sólo se sienten doloridos con los que a estos mismos sentidos hiere, por esto fue necesario añadir a las leyes de los hombres castigados sensibles. A propósito de lo cual dijo San Pablo: Que para el justo no hay ley, es decir, que tiene suficiente con la ley natural, iluminada por la fe para apartarse del mal y sentirse movido a obrar el bien.

De lo dicho se deduce fácilmente la solución de la segunda dificultad. Concedemos, efectivamente, que la

razón no es la regla primera, porque lo es la natural, que es una imagen de la ley eterna; pero la razón humana establece las leyes humanas, ajustándose a este ejemplar.

Acerca de la tercera dificultad no podemos menos que reconocer que las leyes humanas no gozan de la misma certeza que las conclusiones especulativas, porque no se establecen sobre cosas necesarias, sino sobre cosas singulares contingentes, sujetas a variación. Más tampoco es necesario que toda medida goce de una certeza infalible: basta que sea segura cada una según la condición de su naturaleza. Y esta es la causa por la cual las leyes humanas no son inmutables como las naturales.

La cuarta dificultad es de mayor peso. Es la misma cuestión que tocó Aristóteles en el III de los Políticos, a saber: Si un Estado es mejor gobernado por el mejor de los hombres, o por la mejor de las leyes. Y defiende que gobierna mejor la ley que el hombre. Y lo recuerda asimismo en el V de los Éticos. Y de la razón de que es más fácil encontrar a uno, o unos pocos legisladores prudentes, que no muchos jueces.

Pues que para hacer las leyes bastan en cada época unos pocos; más para administrar la justicia son necesarios muchísimos. Además porque las leyes se establecen a base de largo tiempo de observación; pero los juicios han de resolverse en brevísimo tiempo; por cuya causa de error es más fácil en éstos que en aquéllos.

Pero la principal razón es que como las leyes se establecen acerca de las cosas universales y futuras y no se

refieran determinadamente a ninguna persona, se establecen sin aceptación algunas de las personas; más como el senador, o juez juzga a las personas en particular, puede dejarse mover en ello por el odio, o por la amistad, y sobre todo permitir ser sobornado con dinero. Por lo cual es preferible que en lo posible todas las cosas estén determinadas ya por la ley, y que el juicio de los jueces no se dejen más que aquellas cosas más insignificantes que con la ley no se pueden alcanzar. Y así dice que los que quieren ser gobernados por la ley, son gobernados por la ley y por Dios, de quien las leyes proceden; mas los que quieren que los presida un hombre, asocian a sí una bestia cruel, porque la ambición y la ira pervierten aún a los hombres más buenos, mientras se hallan constituidos en dignidad. Por tanto los jueces no deben de ser ellos las leyes, sino como dijo Aristóteles en el V de los *Éticos*, custodios fieles de la ley.

Y con esto se responde a cierta dificultad que el mismo Aristóteles se propone a sí mismo en el lugar citado, tomándolo de las artes.

Más conveniente es, dice, para la salud del cuerpo, que el médico cure a un enfermo, valiéndose de su observación propia, que no ateniéndose a las prescripciones que le señalen los libros. De esta manera, efectivamente, conocerá mejor las características particulares de la enfermedad. Pues según esto por la misma razón un Estado podrá ser más acertadamente gobernado por la prudencia particular de los hombres, ayudado por las circunstancias de cada caso particular, que no por las leyes establecidas de antemano. A esto se puede responder de

dos maneras. Porque en primer lugar se niega que la prudencia del médico pudiera hacer nada, si de antemano no estuviera instruida por la ciencia médica. La curación es más segura con la ciencia que sin ella. Además no puede ser tan frecuente que el médico tenga la intención tan perversa para dejar morir al enfermo como la puede tener el juez para sentenciar en favor de una de las partes, o en perjuicio de la otra. Y así es más peligroso dejar el arbitrio del juez al juzgar, que el arbitrio del médico la salud del enfermo. Sin embargo, cuando se duda de la fidelidad del médico, es decir, cuando se teme, o se sospecha que corrompido por el dinero, o por el odio atente contra la salud del enfermo, ha de observársele atentamente, a fin de que observe las prescripciones de la ciencia al pie de la letra. Y aun he de añadir que es peligroso que los médicos prefieran sus opiniones y pareceres a los de la ciencia y el arte.

Pero volvamos a los jueces. Sucede aquí en cuarto lugar que como dijo el Filósofo, la ley, al inculcar la virtud, aunque prohibía al hombre los placeres, no es a nadie molesta, ni odiosa, de la manea que lo puede ser un juez, quien puede incurrir fácilmente en sospecha de haberse dejado arrastrar por el odio, o por otro sentimiento. Por lo cual, como yo de aquí colijo, cuando los instructores y consejeros de principios no se atreven a corregir a sus patrocinados, procuran darles a leer las leyes y los ejemplos de la virtud, que no provocan la envidia, y en cambio instruyen en las costumbres.

Respondiendo a lo que queda de la dificultad, reconocemos que aquellas cosas pequeñas que no pueden ser pre-

vistas por la ley, se dejen al arbitrio del que juzga, según se determina en el Digesto. Porque no pudiendo abarcarlo todo con ley, se desdeñan algunas cosas, para no perjudicarlas a todas. A la manera de aquellos que, azotados por la tempestad, arrojan cierta carga entre las olas alborotadas, para salvar las que quedan en la nave. Por la cual el juez, además de la rectitud de ánimo, necesita de sabiduría y prudencia en alto grado, para que puedan aplicar con acierto los principios universales de las leyes a los casos particulares.

ARTÍCULO II

Si toda ley humana procede de la ley natural

El segundo artículo de la cuestión es: si todas las leyes humanas se derivan de la ley natural. En el sentido negativo puede alegarse, en primer lugar, que, como dijo Aristóteles, la justicia que establecen las leyes civiles es aquella que indiferentemente puede ser de ésta o de la otra manera respecto del principio. Mas todo lo que brota de la ley natural está ya establecido anteriormente a toda la ley humana. Luego no todas las leyes humanas se derivan de la ley natural.

En segundo lugar, el derecho positivo se divide así en oposición al derecho natural, según afirmaron Aristóteles en el lugar citado, e Isidro. Ahora bien, lo que nace de la ley natural, no puede dividirse en oposición a esta misma ley natural, sino que más bien es un brote suyo. Por consiguiente las leyes humanas no se derivan en manera alguna de la natural.

En tercer lugar la ley natural, como afirmó en el mismo lugar Aristóteles, obliga con el mismo rigor a todos los hombres; mas las leyes humanas carecen de esta condición, porque cada Estado tiene sus leyes propias. Por tanto no todas brotan de la ley natural.

En cuarto lugar, de todas las leyes nacidas de la ley natural se puede dar una razón natural. Más no de todas las leyes establecidas por los antepasados se puede dar esta razón, como dijo Juliano. Por tanto no todas las leyes humanas se derivan de la natural.

Sostiene en cambio lo contrario las palabras de Cicerón: temor a las leyes y la religión han sancionado las prácticas nacidas de la naturaleza y admitidas por el uso común de los hombres.

A esta cuestión se responde con cuatro conclusiones. Una de ellas es: Toda ley que establezcan los hombres, si es justa, se deriva de la ley natural. Más aún, tanto participarán de la rectitud y caracteres de la ley, cuanto participe de la ley natural. Esta ley, efectivamente, si no es justa, no es ley, como se verá más por extenso en el artículo siguiente. Y aún más como dice San Agustín, en tanto tiene fuerza de ley, en cuanto participa a la condición de la justicia. En vista de esto se arguye ahora de la manera siguiente: Lo justo y recto en las cosas humanas ha de medirse por la regla humana de la razón; y la regla de la razón como hace poco decimos, es la naturaleza de las cosas, la cual, como ejemplar que es, debe de ser tenida en cuenta en todos sus actos. Por tanto las leyes humanas, como hechuras que son de la razón, proceden

todas de la ley natural. Y nada obsta a esto que, como hemos dicho, las leyes humanas tengan que ajustarse a dos reglas, la eterna y la natural, porque ésta no es más que una participación de aquélla. Y así como el arquitecto traza según la forma concebida en su mente en la piedra, o en la madera las líneas de la casa, que labrando, o cortando ha de ajustarse después el oficial, así Dios imprimió en nosotros su ley eterna, a fin de que fuera como una señal cierta de sí mismo en nosotros. Por cuya causa al mismo tiempo que practicamos la ley natural, cumplimos también con la ley eterna. Por este motivo dijo Cicerón: La ley es la que distingue lo justo de lo injusto, al imitar aquella antiquísima ley natural gobernadora de todas las cosas, a que se ordenan las leyes de los hombres, que castigan a los malos y defienden y amparan a los buenos.

Segunda conclusión: Una cosa puede derivarse de la ley natural de dos maneras, o como conclusión deducida de los principios, o como determinación específica de algún género común. De principio: No hagas a otro lo que no quieras para tí, se siguen las conclusiones: No matarás, no robarás, etc. y del que dice: Toda virtud merece premio y todo vicio es digno de castigo, la ley humana determinó específicamente que el criminal y el ladrón fueran ahorcados y el hereje quemado. En este caso se especifica de qué manera ha de aplicarse a este caso particular el género común de castigo; del mismo modo que el artífice concreta en construcciones particulares la forma común de casa, de modo que una sea construida de una manera y otra de otra. Entre estas dos maneras de

derivación existe gran diferencia. La primera se hace por vía de silogismo, cuyas dos premisas son naturalmente conocidas, a saber: No hagas a otro lo que no quieras que te hagan a tí. Tú no querrías ser asesinado, ni despojado de tus bienes, ni sufrir injuria en tu mujer; pues tú tampoco matarás, ni robarás, ni adulterarás. Más la segunda derivación no se hace de este modo. Del principio de que todo malo debe de ser castigado, sigue lógicamente que si éste es malo, debe de castigarse.

Sin embargo no es el universal distributivo el que determina la ley positiva del segundo modo que hemos dicho, sino el universal genérico, que se aplica a sus especies. Como por ejemplo, si el malo ha de ser castigado, tal ladrón castíguesele con tal pena, lo cual no se deduce por un silogismo igual al del modo primero sino hecho según el juicio de los hombres, mediante el cual se impone un castigo proporcional a la culpa. La deducción se hace de esta manera: Todo malhechor ha de ser castigado; y el castigo que conviene al ladrón es la horca, y el que conviene al hereje es el fuego. Por consiguiente así deben ser castigados. Aquí la segunda premisa no nos es proporcionada por el conocimiento natural, sino que nos lo proporciona el juicio de los hombres.

De aquí se sigue la tercera conclusión: La derivación de la ley humana de la natural, hecha por vía de conclusión, no constituye nuevamente un acto cualquiera en la categoría de virtud, sino que es más bien una manifestación de la virtud que estaba oculta en los principios naturales. Pues que: No fornicarás, devolverás el depósito, etc., y todo lo que se prescribe en el Decálogo, eran ya actos de

virtud independientemente de todo raciocinio humano, aunque ocultes en los principios naturales, por expuestos más claramente, para que nadie pueda alegar ignorancia. Mas la segunda manera de derivación significa la introducción de nuevos actos en la categoría de virtud.

Porque por derecho natural no era una virtud matar al ladrón, o al hereje, porque semejante ley sólo afirmaba que debían de ser castigados; mas la ley humana hizo que fuera acto de virtud darles muerte.

Del mismo modo es como el principio general de ley natural, que ha de vivirse frugal y moderadamente, de manera que el cuerpo pueda servir más libremente al espíritu. Más de aquí no se sigue abiertamente que es menester abstenerse de comer carne, ni que solamente ha de comerse una sola vez al día. Pero la ley humana, pensando sobre el particular dedujo de qué modo había de observarse la templanza, y así determinó que la abstinencia de carne fuera un acto de virtud, a pesar de que antes no lo era. Igualmente teniendo en cuenta que se nos manda santificar al sábado estableció celebrar ésta, o aquella fiesta, y oír en tales días la misa. De lo cual se sigue que, como dijo Santo Tomás, las leyes humanas deducidas de la primer manera, reciben su fuerza de la ley natural, pero no las deducidas de la segunda. Y si quieres saber la razón de ello, ésta creo que ha de ser que las conclusiones se contienen actualmente en los principios, más las especies se contienen en el género solamente en potencia. Como se ve en los predicamentos. El género animal no contiene en acto todas las especies, pues de lo contrario un animal cualquiera sería todas las especies.

Y así aquellas leyes que se constituyen por contracción del género a la especie, no tienen más fuerza que la que reciben de la premisa menor establecida por la razón humana, a saber: Debe de vivirse con templanza pues ésta es la templanza que conviene a esta gente y en este tiempo: por consiguiente es necesario abstenerse de carne en la Cuaresma.

La primera de las dificultades, pues, queda resuelta por lo que acabamos de decir. Porque Aristóteles llamó justicia legal a aquella que es meramente civil, es decir, aquella que se deriva de la ley natural de la segunda manera. La cual por esto mismo antes de que fuera establecida no constituía virtud y por esto era indiferente que se hiciera de éste o del otro modo. Otra cosa ha de decirse de la segunda manera de derivación. Y así en el artículo 4o. dividiremos el derecho humano en Derecho de Gentes y Derecho Civil. Y en la misma forma se responde a la segunda dificultad, el derecho que se divide en oposición al derecho natural no es cualquier derecho humano, si no sólo el civil, que se deriva de la segunda manera.

A la tercera dificultad responde que el Derecho Natural, que según Aristóteles tiene la misma fuerza en todas partes, es el que se encierra en los principios. Porque el de las conclusiones, sobre todo el de las determinaciones específicas, él mismo reconoció en el mismo lugar que varían según las distintas naciones.

A la cuarta se responde que el jurisconsulto no niega en la ley citada que se pueda dar razón de aquellas leyes que se deducen de la ley natural a modo de conclusiones;

más no es conveniente exigir siempre razón de aquellas que se derivan del segundo modo como determinaciones específicas de los principios universales, puesto que han sido establecidas por el consejo experimental y prudente de los ancianos, sino que, a causa de esta misma experiencia y prudencia han de ser respetadas, como dice Aristóteles.

ARTÍCULO III

Si las cualidades que han de tener la ley humana están acertadamente enumeradas en San Isidoro

No es necesario que tratemos de averiguar las cualidades en que se funda la rectitud de las demás clases de leyes, o sea de la ley eterna, de la ley natural y de la divina; porque éstas por su condición innata son rectas y buenas. Pero sí lo es averiguar qué condiciones han de adornar a la ley humana para que sea buena, puesto que nuestra razón, de quien depende, suele engañarse. Estas condiciones las señala por orden San Isidoro. La ley, dice, ha de ser honesta, justa, posible, conforme con la naturaleza, acomodada a las costumbres de la patria conveniente al lugar y tiempo, necesaria, útil, clara, para que con su oscuridad no induzca a engaño, ordenada no al interés propio, sino al bien común. Y se cita a dist. 4, can. *Eritautem*.

Contra esto se alega que no se necesita tan larga serie de cualidades, puesto que ya en el cap. 3 había dicho más en compendio: Ley será solamente todo lo que constare por la razón, lo que sea conveniente a la religión y a la

disciplina, lo que sea útil para la salud común. Por consiguiente tan prolija enumeración es superflua.

En segundo lugar la costumbre es cosa distinta de la ley escrita, según opina San Isidoro. Por tanto la ley no puede tener la costumbre por cualidad.

En tercer lugar lo necesario puede considerarse de dos maneras: una en el sentido de que una cosa es necesaria porque es imposible que sea de otra manera; y acerca de esto no hay necesidad de ley ninguna. Sería efectivamente ridículo dar una ley diciendo que la que esté en estado dé a luz. Otra manera es en el sentido de que es necesario para conseguir un fin, y así se confunde con lo útil. Por tanto es una repetición decir que la ley ha de ser útil y necesaria.

En cuarto lugar, finalmente, se alega que alguna vez es injusto juzgar según el rito de la ley; por el contrario alguna vez es menester acomodarla equitativa y conveniente a los casos como una regla de Lesbia, según dijo Aristóteles. Luego en absoluto no es necesario que la ley sea justa.

Pero sostiene lo contrario la autoridad de San Isidoro.

A esta cuestión se responde con una conclusión única: San Isidoro señaló perfectamente todas las condiciones que ha de tener una ley para ser buena, primero en compendio y después más detalladamente. Porque dos cosas han de tenerse en cuenta en la ley, en atención a las cuales han de exigirse y apreciarse las buenas condiciones que ha de tener. La ley, efectivamente, es no sólo una forma concreta para orientar los actos de los hombres a

su debido tiempo, sino además una regla y medida a imagen de las leyes eterna y natural. Si se considera como una forma concreta que ordena los actos al fin es necesario que sea tal, que pueda guiar al fin, según afirmó el filósofo, del mismo que una sierra ha de tener tal forma, que la haga apta para cortar. Mas si le considera como una medida, o regla de los actos humanos, en este caso tiene que ser una expresión o imagen de la ley eterna y de la ley natural.

Pues bien, el fin de la ley humana es el bien de los hombres, según se afirma en el Digesto, es decir, el bienestar y la educación de las costumbres de los hombres, a fin de que puedan vivir feliz y tranquilamente. Por consiguiente la primera condición de la ley ha de referirse a la ley eterna, que es la fuente de toda rectitud. Y esto indica cuando dijo que ha de ser conforme con la religión, esto es, que sirva para dar culto a Dios, que es el primer fin de nuestros actos, como reconoció Platón.

La segunda condición que se atribuye a la ley humana se refiere a la ley natural que es otro ejemplar suyo. Y esto significa cuando añade: Lo que es conforme con la disciplina, porque la disciplina, como dijo Platón, consiste en la educación de los niños y en la formación de las costumbres. Convenir a la disciplina quiere decir lo mismo que regla establecida para ordenar las costumbres. Y esta disciplina ha de darse a los hombres ajustándola a su naturaleza.

Solamente falta, por lo que se refiere al fin que en tercer lugar la ley aproveche al bienestar y a la seguridad de

los hombres. Se entiende aquí por bienestar que el ánimo esté lo mejor dispuesto para librarse de las pasiones y costumbres que amenazan ser nuestra ruina. En este sentido dijo San Pablo: Ahora está nuestra salud más cerca de lo que creímos. A estas tres condiciones se reducen, como afirma Santo Tomás, el conjunto de las otras. Sin embargo, describe también las otras para mejor dar a conocer el carácter y hermosura de la ley, como suelen hacer los oradores. Ciertamente siendo la ley una regla de las virtudes, nada más natural en ella que ser honesta. Y como el verdadero honor de la virtud ha de venir del cielo, con la palabra honestidad explicó muy bien lo que había dicho, es decir, que había de ser conforme con la religión. Aunque también con la misma expresión se nos enseñe que no ha de ser torpe, es decir, que no ofenda las miradas, ni los oídos, como sucedía entre los miserables paganos con los ritos y ceremonias de sus templos, como por ejemplo, con la fiesta de las Bacanales, que se celebraban con borracheras y desnudeces obscenas de las personas ilustres y nobles con el mismo suplicio infamante de los ladrones.

Después para declarar las palabras que había dicho: conforme con la disciplina, lo cual, como hemos dicho, se refiere a la ley natural, añade: justa, posible, etc. Porque de tres cosas depende la disciplina humana; primeramente que sea conforme con la razón, conservando su línea en todas las cosas, que es en lo que consiste la razón de justicia. Y si arguyes que no es honesto nada que no sea justo, y que por tanto es una repetición inútil decir a la vez honesta y justa, se responde que si se toma lo justo

universalmente como equivalente a virtud, en este caso es lo mismo que honesto; sin embargo, la justicia como virtud especial, es una parte, es decir, una de las cuatro especies en que se divide la honestidad, como, siguiendo a Aristóteles, enseñó Cicerón. Honesta es lo mismo que virtud moral, se divide en las cuatro virtudes cardinales. Por tanto decir honesta y justa no es otra cosa más que especificar el género mediante las especies.

En segundo lugar la disciplina humana consiste en que esté al alcance de nuestras fuerzas, costumbres y usos, para poder seguir las prescripciones de la ley. Y a esto se refiere cuando dijo que había de ser posible según la naturaleza, es decir, según las condiciones de aquellos a quienes la ley va dirigida. Pero dirás: En la misma palabra justicia va incluida la posibilidad. Porque lo que no es posible, no puede ser justo. A esto se responde que, aun concedido que así fuera, fue necesario explicar en qué había de consistir la posibilidad de la ley, que consiste en que se ha de tener en cuenta la condición e índole de los ciudadanos. De donde se sigue que posible en este caso equivale a no difícil. Porque de dos maneras, dijo el Filósofo, se puede considerar una cosa imposible; una simplemente, y otra en el sentido de que no es bien, ni fácilmente factible. Y la razón de esta posibilidad ha de medirse teniendo en cuenta la condición de las personas, que San Isidoro llama naturaleza. Porque a los niños o a los débiles por la edad, o a los agotados por la vejez no han de imponérseles las mismas leyes, los mismos ejercicios y cargas en los trabajos que a los más fuertes y robustos. Tampoco a los seglares se les han de

exigir por ley tantos ayunos y obligaciones como a los religiosos.

En tercer lugar para la debida disciplina se requiere que la ley esté rodeada de todas las circunstancias. Estas circunstancias son el tiempo y lugar. Y por esto dijo que debía de ser conveniente al tiempo y al lugar conforme a las costumbres de la patria. Porque como la naturaleza de las cosas no puede cambiarse y esta naturaleza presenta en las distintas regiones diversos caracteres, y costumbres e indisposiciones, por esto las leyes han de adoptarse a las costumbres de cada región. Los germanos, por ejemplo, son menos temerosos de la muerte, y de suyo más crueles y feroces, debido a ello ciertos crímenes son allí castigados con suplicios atrocísimos, que no son convenientes para los españoles, a causa de su horror excesivo a ellos.

Las demás condiciones que siguen corresponden al fin de la ley humana, o sea, al bienestar de los hombres. La ley, efectivamente, debe apartar a los hombres del mal y excitarlos a la práctica del bien. Por cuanto a lo primero se dice que es necesaria, es decir, necesaria para evitar los males y daños con que nos pervertimos; por lo que se refiere a lo segundo se dice que ha de ser útil. Útil es lo mismo que medio apropiado para conseguir el fin. Y así necesario en el caso presente no se toma simplemente, pero difiere de lo útil en que tiene efectos diferentes. Por lo cual los legisladores han de tener muy en cuenta esto, para no abrumar a los súbditos con muchas leyes. Han de contesarse solamente con aquellas que fueren del todo necesarias, porque al ser muchas, las hace imposibles de practi-

car. De donde se sigue que pronto se convierte en telas de araña; con las cuales se cazan las moscas, pero no los leones. Quiero decir que la excesiva cantidad de leyes sólo sirve para que los buenos y pacíficos, que no tienen necesidad de leyes, vivan como aprisionados, y los obstinados y rebeldes dispongan de muchas leyes que quebrantan, para satisfacer mejor sus caprichos.

Además, al mismo fin de la ley le es sumamente conveniente que no sea oscura, para que no se convierta en lazo de los ignorantes; por el contrario debe de ser tan clara que no pueda pasar inadvertida a ninguno de los transgresores. Y por esto leemos en el mismo título *Deligibus et constitutionibus*: Las sacratísimas leyes, que ponen freno a la vida humana, han de ser fácilmente inteligibles para los hombres a fin de que todos conociendo claramente lo que prescriben, se aparten de lo que prohíben y practiquen lo que permiten.

Finalmente, para señalar con mayor claridad el fin de la ley, San Isidoro, como en resumen de todo, concluyó diciendo, que debía de ser establecida no en beneficio propio, sino en utilidad común de todos los ciudadanos. Porque así como entre rey y tirano no media más diferencia que la de ordenar aquél todas las cosas al bien común y éste en cambio al bien particular, así también esta misma diferencia media entre la ley buena y la ley mala. Más aún muchas miras, el peor y el más pernicioso de todos sería establecerlas por motivo de lucro. Es decir: o para que se enriqueciera el tesoro particular de los legisladores, o se aumentasen las riquezas de los palaciegos con las multas de los transgresores, o con las excesivas

dispensas. Muy bien dijo San Agustín que la ley injusta no es ley. Y elegantemente dijo Cicerón: Sabemos de cierto que las leyes han sido establecidas para el bienestar de los ciudadanos, para la defensa de las ciudades, y para que los hombres vivieran entre sí feliz y tranquilamente; y sabemos también que los que por primera vez establecieron semejantes ordenaciones en los pueblos, dieron muestras de que las habían escrito y promulgado para que éstos con tales leyes escritas y aceptadas, vivieran honesta y felizmente. Y estas ordenaciones que así habían sido escritas y determinadas, las llamaron leyes. De lo cual es justo deducir que aquellos que han dado leyes injustas a los pueblos, habiendo obrado en contra de lo que habían profesado y prometido, dieron cualquier cosa antes que leyes, para que pueda verse sólo la etimología de la palabra ley da virtud y fuerza para practicar la justicia y el derecho. Mas ¿qué necesidad tenemos de testimonios? La ley es una regla; y la regla si no es recta, pierde su carácter de tal; y la ley injusta no es recta, por tanto cualquier cosa puede ser menos ley.

En vista de lo dicho las dificultades primera y tercera puestas al principio, quedan ya solucionadas.

A la segunda se responde que la costumbre antes de que se escriba tiene fuerza de ley, como se afirma en el Digesto, pero se diferencia de la ley en que ésta tiene el consentimiento de la nación. Por tanto la ley ha de tener como condición que no pugne con las costumbres de la patria, a no ser que tales costumbres merezcan ser desechadas.

A la cuarta dificultad se responde que como los acontecimientos humanos están sujetos a tanta variedad, no pueden establecerse con tanta certeza las leyes, que alguna vez no haya necesidad de interpretarlas acomodándolas a la bondad y a la justicia. Porque también la misma ley natural, que ordena devolver el depósito, falla, cuando este depósito es pedido por quien intenta hacer daño con él. De la misma manera la ley que castiga al homicida con pena de muerte falla cuando uno mata a su mujer cogida en adulterio. Y así como lo dijo Aristóteles, en el lugar ya citado, estos defectos no están en la ley sino en los mismos sucesos humanos, que no pueden ser con certeza comprendidos. Y por esta causa la ley se compara muy propiamente con la regla de Lisbis. Era esta una isla en la cual las piedras, a causa de su dureza indomable, no podían labrarse a fuerza de golpes, para adaptarlas a la regla. Y por esto la regla, que no podía ser de hierro, sino de plomo, tenía, por el contrario, que adaptarse ella a la curvatura de la piedra, a fin de que a vista de la curvatura de la regla se encontrara, o se prepara lugar apto en la pared para colocarla. De donde se sigue que acomodar la ley o por necesidad según las normas de la bondad y de la justicia a las cosas. Aristóteles no lo repite por vicio, sino digno de alabanza, a causa de la mutabilidad de las cosas humanas. Pero reprueba con razón la regla de Lesbia fuera de los casos de necesidad. Por ejemplo, cuando la ley se cambia de arbitrio de los gobernantes, o por otras causas no se ajustan a las costumbres a la ley, sino que se interpreta torcidamente la ley para corromper las costumbres.

ARTÍCULO IV

Si es acertada la división que San Isidoro y los que le siguen hacen de las leyes y del derecho humano

En este último artículo de la cuestión hemos de ver finalmente si son acertadas las divisiones que se hacen del derecho humano. Por la parte negativa se alega que tanto San Isidoro, como las leyes civiles dividen el derecho humano en Derecho de Gentes y Civil, como se ve en el Decreto de Graciano; y en el Digesto, en donde a continuación del derecho natural, que se contrapone al humano, se coloca la división del de Gentes y Civil. Pero parece que el Derecho de Gentes pertenece más al natural, que al Civil, ya que su conclusión es de derecho natural. Por cuyo motivo el mismo San Isidoro, que había dicho que el derecho natural era común a todas las naciones, añade que el Derecho de Gentes se llama así, porque casi todos los pueblos se sirven de él. Por consiguiente la división no es apropiada.

En segundo lugar se alega que también se divide la ley en sacerdotal y militar, en conformidad a sus distintos oficios. Por consiguiente, como los oficios y empleos en un Estado sean casi innumerables, esta división debía de extenderse indefinidamente.

En tercer lugar se alega también que el Derecho Civil se divide en leyes de Senado, en leyes del pueblo y en otras semejantes. Mas estas leyes parece que sólo se diferencian materialmente, es decir, sólo se diferencian en

que son muchos o pocos sus autores, y no en la razón formal de mandar. Mas la división material no puede ajustarse a una regla fija, porque puede extenderse hasta lo infinito, como sería si dijeras: Leyes de los atenienses, leyes de los lacedemonios, leyes de los romanos. Por tanto la división de San Isidoro no está conforme a las reglas del arte.

Y del mismo modo se rechaza aquella otra división de las leyes en ley de Cornelio, de Julio, de Sempronio y otras que toman sus nombres solamente de los diversos autores. Esta división no es conforme a las reglas del arte.

Lo contrario, sin embargo, sostiene tanto Isidoro como la autoridad de los legisperitos.

La presente cuestión se resuelve con una conclusión única, que es: El derecho humano, para que sea una misma cosa con la ley humana, se divide según las reglas del arte, de cuatro maneras: Un género cualquiera ha de dividirse en tantas partes cuantas son las que le constituyen esencial, o también formalmente, y no según lo que accidentalmente lo constituye. Por ejemplo, animal como comprende el alma, que por su razón intrínseca, es racional, o irracional, y se divide esencialmente en racional, e irracional, y no en blanco y negro, como el color. Pues bien. En la naturaleza de la ley humana entran esencialmente cuatro elementos; por tanto puede dividirse en otras tantas especies.

Lo primero que esencialmente le compete a la ley humana es que se deriva de la ley divina, según se dijo en

el artículo segundo. Y esto puede ocurrir de dos maneras, o por vía de ilación o por determinación de la voluntad. Atendiendo, pues, a estas diferencias el derecho humano primeramente se divide en Derecho de Gentes y Derecho Civil. Porque Derecho de Gentes es todo aquello que los hombres han deducido mediante raciocinio de los principios naturales.

Lo dicen claramente los ejemplos. Recordemos el principio natural de que la vida humana debe de apoyarse y sostenerse en la paz y la tranquilidad. Sacando de aquí la premisa de que el estado de naturaleza corrompida, viviendo en común, ni se viviría en paz, ni se cultivarían con fruto los campos, los hombres se dijeron que era más conveniente dividir las propiedades. De la misma manera y del mismo principio dijeron también la ley de la esclavitud, porque era el único medio que había para librar de la muerte al enemigo en la guerra. Asimismo, sacada otra premisa, que es, que los hombres, como seres sociales, no podían vivir sin ayudarse mutuamente, dedujeron de igual principio todas las leyes de venta, depósitos, hipotecas y otros cambios, pactos y contratos como se dice en el Digesto con los cuales la sociedad humana se fortalece y se sostiene.

En cambio todo lo que fue constituido como especie por determinación del género hecha por la voluntad, se llama Derecho Civil. Porque cada ciudad y cada estado estableció para sí estatutos particulares. Por ejemplo, por principio natural de que a Dios se le ha de dar culto por medio de sacrificios, han sido prescritos sacrificios diversos, como de bueyes y de machos cabríos; y, como dijo

Aristóteles, que se ofreciera a los dioses una cabra, pero no dos ovejas. Mas los sacrificios de la antigua Ley han sido instituidos por Dios, y nuestro sacrosanto Sacrificio de la Eucaristía lo fue por el mismo Redentor, que se hizo víctima y sacrificio por nosotros. Las leyes penales, que establecen diversos castigos para toda clase de malhechores, pertenecen también, como decíamos, al Derecho Civil. Así, pues, el derecho natural fue impreso en nuestras almas sin necesidad de raciocinio alguno. El Derecho de Gentes se derivó del natural por deducción, después de determinado examen y sin necesidad de convenio humano. Y el Derecho Civil ha sido establecido por la voluntad de los hombres, dijo que el Derecho Civil es aquel que por motivos divinos, o humanos, se dio a sí mismo particularmente cada pueblo, o cada ciudad.

Una dificultad, sin embargo, se presenta aquí digna de tenerse en cuenta. De lo dicho parece seguirse ciertamente que los mandamientos del Decálogo son de Derecho de Gentes, ya que, como más arriba se vio, se deducen como conclusiones de los principios naturales. Mas esta consecuencia es falsa. Porque en cuanto a su raíz se considera de derecho natural, y en cuanto a su explicación e imposición se considera de derecho divino, ya sea el contenido en la Antigua Ley, ya en el Evangelio. A esto, sin embargo, se responde que todo el Derecho de Gentes, por razón de origen, se considera de derecho natural o, aunque por la manera de la ilación y por el modo de establecerse se denomine Derecho de Gentes. Y por esta razón ningún inconveniente habría en que antes de la ley escrita el Decálogo se considerase según el

segundo modo como de Derecho de Gentes, si bien por la evidencia de su procedencia inmediata tan sólo se le denominase como derecho natural. Porque es tan claro el Decálogo que linda con los principios del derecho natural. Mas porque aquellos mandamientos fueron escritos por el dedo de Dios en dos tablas a causa de la ignorancia de los hombres, se consideraron como de derecho divino. No porque sean sobrenaturales, sino porque fueron expuestos por Dios.

Con lo dicho queda resuelta la primera dificultad, porque se concede que el Derecho de Gentes es natural, de tal manera que a la vez se admita que es también distinto de él por la manera de derivarse, sobre todo cuando la conclusión está muy lejos de sus principios.

La segunda condición de la ley humana es ordenarse al bien común. Y según este orden la ley se divide según los diversos cargos y ministerios que realizan servicios destacados en bien de la comunidad, como es ley de los sacerdotes, que cuidan del culto de la religión, ley de los militares, que defienden el orden público; y ley de los magistrados, que están al frente de la administración de la justicia. De aquí, sin embargo, no se sigue que esta división haya de extenderse a todos los empleados que hay en la nación, según se argüía en la segunda dificultad, porque los demás no son funcionarios públicos que sirvan al bien común, sino que sirven a sus necesidades particulares.

En tercer lugar es condición de la ley humana que sea establecida por aquellos que se hallan al frente de la administración pública de la nación. Más como ya se dijo,

siguiendo a Aristóteles en su *Política*, hay muchas especies de gobiernos. Una especie es el de la aristocracia, esto es, el gobierno de los nobles, por lo cual las leyes por ellos impuestas se llaman Decretos del Senado o Consejos de los prudentes, etc. La segunda especie de gobierno es la oligarquía, o sea el gobierno de unos pocos y de los más ricos, de donde nace el derecho pretorio, que también se llama honorario. El tercer régimen es el de la democracia, esto es, el gobierno del pueblo, cuyas leyes se llaman plebiscitos. Además se distingue otra clase de gobierno, que es el tiránico, el cual, por ser una corrupción del gobierno, no origina ninguna clase de leyes.

Otro cuarto régimen creado es el reino, que ha dado origen a otra especie de leyes, que se llaman Constituciones del Príncipe, a las cuales se refiere el título del I libro del *Digesto*, cuya primera ley es: Es ley lo que agradó al Príncipe. De éstos parece que Aristóteles ha formado otro, que tal vez él juzgó el mejor. Y de él nacieron, como dijo Isidoro, las leyes que fueron establecidas por los mayores en unión con el pueblo.

Con lo dicho queda satisfactoriamente contestada la tercera dificultad. Porque la diferencia de estas leyes no se basa solamente en el número de legisladores, sino también en la diversidad específica del régimen. Y así la razón de esta división es distinta a la que divide las leyes en romanas, atenienses y lacedemonias, etc. Porque esta división no es específica, sino totalmente numérica.

La cuarta condición de la ley es ordenar las costumbres de los hombres y frenar los ímpetus del espíritu. Y según

esta razón las leyes se han dividido en la ley Julia, sobre el adulterio, en la ley Cornelia, sobre los asesinos, en ley Aquileya y otras, que aunque recibieron sus nombres de sus autores, no sólo se diferencian en esto, como se decía en la cuarta dificultad, sino también por la diferencia específica de los actos, para los que han sido establecidas. Por tanto, todas las dificultades quedan resueltas. Y basta con lo dicho para explicar las divisiones del derecho. De ellas se hace copiosa mención en el Digesto sobre el origen del derecho, además de los lugares citados.

III
CIENCIA Y DERECHO

LA CIENCIA MODERNA

*Miguel Villoro Toranzo**

SUMARIO

Introducción.- 1. Un nuevo campo de la ciencia.- 2. Concepto cuántico del ser.- 3. Un nuevo método: la inducción.- 4. La moderna ciencia política: a) Nuevo campo de la ciencia política: las realidades políticas.- b) Concepto más realista de la perso-

* Nació el 21 de septiembre de 1920 en Barcelona. Realizó simultáneamente la carrera de leyes en la Escuela Libre de Derecho, y la maestría en filosofía en el recién fundado Centro Cultural Universitario, antecedente de la Universidad Iberoamericana (UIA). Fue doctor por la Facultad de Derecho de la UNAM. Una vez que obtuvo su título de abogado, entró a la Compañía de Jesús. Durante muchos lustros, impartió las materias de Introducción al Estudio del Derecho, Teoría del Derecho, Filosofía del Derecho, Metodología del Derecho y Deontología Jurídica, en la Escuela Libre de Derecho, en el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana y en el doctorado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Recibió numerosos reconocimientos, entre otros: la Medalla al Mérito Universitario, UIA, 1980; la Medalla de la Orden de Honor Docente, del Instituto Mexicano de Cultura, 1981; Maestro Emérito de la UIA, 1986. Falleció el 28 de septiembre de 1990.

na y del Estado.- c) Nuevos métodos en las ciencias políticas.

Introducción

Las investigaciones y adelantos científicos de Leonardo da Vinci (1452–1519), Nicolás Copérnico (1473–1543), Galileo Galilei (1564–1642) y Juan Kepler (1571–1630), por no mencionar a Gassendi, a Boyle y al gran Newton (1643–1723), señalan la hora del nacimiento de la moderna ciencia natural con sus métodos exactos.

Se encuentran ya claramente distinguidas en escritos de Leonardo da Vinci las tres fases del método que Galileo describirá sumariamente después de haberlo practicado y que recibirá su forma perfecta con Claudio Bernard (1813–1878): observación, hipótesis explicativa de forma matemática y verificación experimental. Lo más interesante reside, sin embargo, en el nuevo concepto de ciencia contenido tras ese método. Podemos señalar sus propiedades:

1. Un nuevo campo de la ciencia

Se fija un nuevo campo de la ciencia: el reino de los fenómenos y procesos naturales. “La ciencia del ser se resuelve en ciencia del acontecer. No se pregunta ya cómo emanan los accidentes de la sustancia: se indaga más bien la dependencia con que, a la luz de la experimentación, aparecen entre sí relacionados los diversos factores de un proceso observado. Se substituye así el concepto de sustancia por el concepto de función, o la esencia por la ley física”. El mundo sensible de Platón va a ocupar el

primer plano del interés y –al revés de Platón– el mundo de las ideas sólo interesará como reflejo del primero.

2. Concepto cuántico del ser

Un nuevo concepto del ser, el concepto cuantitativo–mecanicista o si se quiere dinámico–casual reemplaza el tradicional concepto cualitativo e idéntico. Importará más conocer el *quantum* –la cantidad– que el *quale* –la calidad esencial– de los seres, las fuerzas y medidas aplicables a todos los seres independientemente de su esencia que las propiedades distintivas resultantes de la misma. Se ordenarán consiguientemente los seres en virtud de su dinamismo causal, y ya no en razón de ser de la calidad de sus esencias. El mundo sensible es considerado como un acontecer regulado por fuerzas cuánticas (tales como la energía, la gravedad, la atracción de los cuerpos) que discurren por cauces rigurosamente necesarios. La Física absorbe a la Metafísica; y absorbe también a la Teología y a la Ética, puesto que la gran máquina del mundo marcha ahora por sí sola.

3. Un nuevo método: la inducción

En la ciencia antigua predomina la deducción, que es un razonamiento que pasa de lo universal a lo particular, o, en el caso límite, de lo universal a lo igualmente universal. Así de la noción del hombre “animal racional” se puede concluir que yo, que soy hombre, soy animal racional; o también que los hombres son superiores en dignidad a los demás animales porque son racionales. De la esencia de un objeto se concluyen sus propiedades necesarias. En alguna forma la conclusión está contenida en

la premisa: “dignidad humana está implicada en la racionalidad; todos los hombres están comprendidos en la definición del Hombre”.

La inducción procede en forma inversa: intenta obtener de los casos particulares observados una ley general válida también para los no observados. Galileo la emplea en forma genial y la presenta estructurada en tres fases: 1) Por el método resolutivo, se propone una hipótesis explicativa del proceso causal cuantitativo de los cuerpos. Por ejemplo: los cuerpos no caen según la medida de su interna esencia sino según la medida de una fuerza extraña que obra desde fuera sobre ellos, por ejemplo el tiempo. 2) Por el método constitutivo, se procura aislar el factor escogido hipotéticamente de los demás factores que también pueden influir en el proceso casual. Sobre un cuerpo que cae, no actúa sólo la fuerza de la gravitación, sino también, el roce del aire o el plano de deslizamiento, o el viento, o las fuerzas de atracción del campo circundante. Numerosos experimentos convencieron a Galileo que el espacio recorrido en la caída (s) está en relación con la duración de la misma (t), y no con los otros factores. Más aún, que el espacio recorrido en la caída crecía con el cuadrado del tiempo. Obtuvo así una fórmula que se puede expresar matemáticamente: ($s = t^2 \cdot 3$); por último, se proclama como ley universalmente válida la conclusión o ley hallada, que fue verificada –nótese bien– en un limitado número de casos. Sólo nuevas experiencias podrán desmentir el hallazgo; o también la demostración de que los experimentos que lo fundan fueron incorrectos.

Francisco Bacon de Verulam (1561-1626), luchó, con

gran ruido de trompetas, por extender el método inductivo a todas las ciencias, incluso a la Filosofía. Propone las tablas de presencia, de ausencia y de grados o comparación, que equivale a las fases de la inducción de Galileo. Su impacto, con todo, fue mucho más poderoso. Esto se debió a que Bacon, más que un científico, fue un implacable crítico del pensamiento antiguo. La moderna ciencia política resentirá su influencia.

4. La moderna ciencia política

Las propiedades de la moderna ciencia natural tiene sus equivalentes en la moderna ciencia política. Unas y otras son el producto de la mentalidad moderna que aparece en el Renacimiento. Pero hay una diferencia importante en el modo como se encuentran en las ciencias naturales y en las ciencias políticas. En las primeras, están en forma consciente y –como veíamos en el ejemplo de la ley de la caída de los cuerpos de Galileo– se usan como método de investigación. Tratándose de las ciencias políticas, hay que hablar más bien de una actitud inconsciente y no de un método consciente. En las obras de los pensadores políticos del siglo XVI se halla latente un nuevo concepto del hombre y del Estado, pero su formulación es todavía tímida y, las más de las veces, queda oscurecida por los brillantes ropajes de las libertades literarias y conceptuales que se toman los humanistas.

La moderna ciencia política es obra de humanistas. Esto significa que, si por una parte se inspirará en las ciencias de la naturaleza para lograr mayor precisión y realismo en sus estudios, por otra queda bañada en la

ensoñación literaria del mundo clásico que se empeña en reconstruir. Realismo e Idealismo se entremezclan en la cosmovisión renacentista del siglo XVI. Los siglos siguientes se encargarán de hacer crecer esas simientes en el Empirismo y en el Racionalismo. Veamos por de pronto las características de la ciencia política moderna en oposición a la medieval.

a) Nuevo campo de la ciencia política: las realidades políticas

Hasta el Renacimiento, las teorías políticas se enraízan profundamente en la Filosofía. Del concepto filosófico del hombre como ser esencialmente social se concluyen sus deberes en la sociedad; de la idea de la sociedad como realidad necesaria para el pleno desarrollo del individuo se pasa a considerar las condiciones del Estado justo, a discutir las diversas formas de Estados y hasta a proponer Estados ideales. La ciencia política de la Antigüedad y de la Edad Media nos ofrece ante todo valoraciones filosóficas y religiosas. Esto hay que decirlo hasta de autores que, como Aristóteles o Santo Tomás, merecen el calificativo de realistas. Su realismo consiste en construir sus doctrinas filosóficas de frente a la realidad, es decir, tomando en cuenta las realidades en las que se aplicarán sus valoraciones. El Realismo del Derecho Romano no es una excepción a lo que podríamos llamar la primacía de lo filosófico. Los juristas romanos, como todos los demás juristas anteriores al Renacimiento, hubieran estado de acuerdo en aceptar la definición del Derecho que se puede proponer como común a toda la Antigüedad y Edad Media; el Derecho es lo justo, lo cual es una noción de carácter filosófico.

Los grandes cambios políticos del siglo XV y primera mitad del XVI –desintegración de la unidad de la Cristiandad medieval en nacionalidades, ruina de la sociedad feudal y aparición de las monarquías absolutas, guerras de religión, descubrimientos y conquistas fuera de Europa– marcan el nuevo enfoque de la Ciencia Política. Primero habrá que conocer las realidades políticas y sólo después vendrá el ordenamiento racional y filosófico de las mismas. La discusión de los principios filosóficos pasa a un segundo plano y está condicionada por la urgencia de los problemas sociales. En quien es más evidente este cambio de enfoque es en Maquiavelo. Las siguientes son palabras del ilustre florentino:

...he tenido por más conducente buscar la verdad real de las cosas que los desvaríos de la imaginación en lo relativo a ellas; porque muchos imaginaron repúblicas y principados que no se vieron ni existieron nunca. Hay tanta distancia entre saber cómo viven los hombres y saber cómo deberían vivir ellos que el que, para gobernarlos, abandona el estudio de lo que se hace para estudiar lo que sería más conveniente hacerse, antes procura su ruina que su conservación. En efecto, el príncipe que quiere en todo hacerse profesión de bueno, cuando de hecho está rodeado de gente que no lo son, no puede menos de caminar hacia su ruina.

La primacía de la experiencia inmediata de la vida y del estudio de los problemas de la realidad se encuentran hasta en las “utopías” de los humanistas. La Utopía de

Tomás Moro (1480-1535) acusa grandes parecidos con la República platónica, pero su enfoque es diferente.

Platón construye su mundo ideal como conclusión necesaria en su filosofía; en cambio, lo que busca Moro es una solución al problema muy real de la desigualdad en la distribución de las riquezas, que hacía patente en el siglo XVI la aparición de la burguesía. El mismo idealismo de Tomás Campanella (1568-1639), quien predica en su *Civitas solis* un verdadero comunismo, responde a una preocupación realista: poner un límite a los excesos de individualismo que tantos daños había acarreado al siglo XVI. Compárese esto con el comunismo de Platón, que no tiene otra razón de ser que la extensión a las masas de la educación filosófica, y, a través de la misma, hacer posible el gobierno de los filósofos.

Más adelante veremos cómo las realidades políticas están en el centro de las preocupaciones de Juan Bodino y no son extrañas ni a la Escuela de Bourges ni a la Escuela Española del Derecho Natural.

b) Concepto más realista de la persona y del Estado

Ni la ciencia política ni ninguna otra ciencia que tenga por objeto al hombre pueden llegar a un concepto cuántico del ser. Ni el hombre ni el Estado pueden ser medidos matemáticamente. Por consiguiente siempre se encontrarán en la ciencia política apreciaciones cualitativas, de raigambre filosófica, sobre el hombre y sobre el Estado: el hombre es un “animal racional” o un “viviente político”, para la tradición aristotélica, y, para el Marxis-

mo; es a la vez producto de la naturaleza material y sujeto de la historia, impulsado por sus necesidades económicas. El Estado es un hecho exigido por el orden natural, para la tradición occidental, o una superestructura de un sistema económico, para los marxistas. Pero, si no se puede cuantificar a la persona y al Estado, si se puede estudiarlos tal como se presentan en la realidad. Y eso es lo que va a hacer la ciencia política moderna.

Escribe Francisco Bacon: “Hay que agradecer a Maquiavelo y a los escritores de su clase el que digan abiertamente y sin disimulación lo que los hombres tienen costumbre de hacer y no lo que deben hacer”.

En el Renacimiento, se descubre y estudia al hombre como un ser con intereses, pasiones y ambiciones concretas. Maquiavelo nos habla de su maldad: “Puede decirse hablando generalmente, que los hombres son ingratos, volubles, disimulados, que huyen de los peligros y son ansiosos de ganancias”. Y Hobbes considera al hombre —al que comparaba con un lobo— como prisionero de sus sentidos e instintos naturales, igual que los animales.

Esta consideración más realista se refleja también en la doctrina del Derecho Natural. Ya no se va a exigir a los hombres, para que conserven sus derechos civiles, perfecciones de realización dudosa. Contra el pensamiento medieval, Francisco de Vitoria proclama “que ni el pecado de infidelidad ni otros pecados mortales impiden que los bárbaros sean verdaderos dueños y señores, tanto pública como privadamente, y no pueden los cristianos ocuparles sus bienes por ese título”.

El nuevo tipo de hombre descubierto por el Renacimiento todavía es católico, pero vive su religión más como una tradición que como una convicción profunda; para él los artículos de la fe y los dogmas ya no están en el centro de su vida cotidiana. Ha descubierto, en el mundo que lo rodea, un orden lógico y una belleza que antes no sospechaba. Ha observado más de cerca a sus semejantes y comprobado sus móviles egoístas, pero ya no quiere condenarlos a la hoguera, sino que se resigna a verlos desgarrarse por un pedazo de poder o para obtener un placer ilícito. Es más realista en sus observaciones de las cosas del mundo y bastante más escéptico en sus creencias metafísicas.

En forma parecida se transforma el concepto del Estado. El orden perfectamente estratificado de la sociedad feudal había sido concebido por el pensamiento medieval como un orden natural querido por Dios. Por una ficción jurídica se consideraba a la autoridad imperial como heredera del Imperio Romano y, en cuanto tal, como investida de un poder supranacional cuya tarea consistía en mantener la paz y el orden en toda la Cristiandad, en tanto que incumbía a la Iglesia del cuidado de los medios que conducen a la vida celeste. Parecía confirmar esta universalidad política el hecho que, durante la Edad Media, no existían Estados en el sentido moderno. En el Renacimiento –y en estrecha relación con los progresos del poder de los reyes en algunos Estados– se va elaborando la doctrina del Absolutismo, según la cual se destaca la independencia soberana de cada Estado respecto a los otros. Juan Bodino será su más sobresaliente expositor.

De nuevo comprobamos respecto del Estado un enfoque más realista. El Estado es un conjunto de fuerzas políticas que hay que organizar no sólo con criterios metafísicos sino sobre todo de acuerdo con fórmulas prácticas de compromisos utilitarios. “No solamente el hecho es fuente de derecho –escribe Mesnard en su exposición de la doctrina de Bodino–, sino que relaciones de hecho pueden transformarse fácilmente en relaciones de derecho”. Habrá que estudiar al Estado primero como hecho político, histórico y sociológico, antes de ver en qué forma se le puede ordenar conforme a Justicia.

Pero si el hecho se expresa frecuentemente en derecho, no ocurre menos que la verdadera relación entre uno y otro es la finalidad consciente mediante la cual el Derecho prosigue su trabajo incesante en el interior de una situación dada; y la realización concreta de la justicia, el paso del Estado de hecho al Estado de Derecho. Es porque el derecho es la razón, y únicamente la razón puede unir voluntariamente a los hombres y organizarlos entre sí. Por consiguiente, la justicia es más que un ideal, es una fuerza concreta que ordena las voluntades, las pliega a sus propósitos y sólo así llega a realizaciones duraderas y coherentes.

c) Nuevos métodos en las ciencias políticas

El resultado natural de los enfoques más realistas fue una mayor importancia del Derecho Positivo y del Derecho Comparado, y una mayor atención a las realidades sociológicas y a la Historia del Derecho.

La posición extremista en este sentido es el empirismo a ultranza de Nicolás Maquiavelo (1469–1527). Para él, lo importante es saber cómo actúan los hombres y no cómo deberían actuar. El hombre y el Estado no son más que un mecanismo de fuerzas, cuyos elementos en juego son pasiones humanas. La utilidad política debería absorber sin escrúpulos toda consideración de carácter moral: se debe imponer el Derecho por temor hasta lograr que los súbditos “se abstengan, más por necesidad que por voluntad, de obrar mal”. La fórmula de Maquiavelo apunta más a una sociología de las fuerzas políticas que a una política entendida en la forma tradicional.

Juan Bodino (1530-1596) presenta en su obra *Les Six Livres de la Republique* (1576) la exposición más madura de la teoría política del siglo XVI. Su método es empírico y comparativo. Lo expone en las siguientes palabras: “Queremos recoger las leyes de los antiguos dispersas aquí y allí, porque es en la Historia donde está contenida la mejor parte del Derecho Universal y, lo que es más útil para la apreciación juiciosa de las leyes, es de ella de donde podemos aprender las costumbres de las naciones, los fundamentos del Estado, sus desarrollos, sus formas, sus revoluciones y su fin. Tal es el principal objeto de este método”. Sociología e Historia servirán, por primera vez en forma sistemática, a la apreciación del Derecho. Carlos de Montesquieu (1689-1755) aplicará este método con mayor perfección en el *Espíritu de las Leyes* (1748), por el que educará políticamente al pueblo francés.

En conclusión se puede afirmar que, gracias a la aportación de conocimientos de carácter sociológico e históri-

co, la ciencia política deja de ser una ciencia predominantemente filosófica y es concebida como ciencia de realidades humanas. Es un paso adelante de enormes consecuencias. El Derecho, concebido por entonces como parte de la política, no tardará en desprenderse a su vez de la misma, enriquecido por el mayor conocimiento de su elemento histórico. Sin prescindir de los principios filosóficos del Derecho Natural, la ciencia política en el Renacimiento se asienta firmemente en lo real concreto. El florecimiento así alcanzado prepara el nacimiento de las tres corrientes que hasta hoy dividen el pensamiento filosófico-jurídico: el Empirismo, un rejuvenecido jusnaturalismo (que tiene en los teólogos españoles del siglo XVI sus sistematizadores) y el Racionalismo.

CIENCIA JURÍDICA

*Ernesto Eduardo Borga**

SUMARIO

Introducción.- 1. Escepticismo jurídico.- 2. El racionalismo jurídico.- 3. El empirismo jurídico.- 4. La superación de las formas extremas.- 5. La realidad jurídica.- 6. La ontologización del Derecho.- 7. Diversas direcciones del pensamiento jurídico contemporáneo.

Introducción

Cuando aludimos a la ciencia jurídica va implícito y sin disputa en su significación, que el conocimiento que

* Nació el 22 de abril de 1913 en la Plata, Argentina. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, miembro del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social de Buenos Aires, miembro y profesor del Instituto de Jurisprudencia de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de la Plata. Profesor titular interino de Filosofía del Derecho de la misma Universidad. Fue Vicepresidente de la Cámara de la Plata, asesor de menores en el Departamento Judicial de la Capital de la provincia de Buenos Aires, y autor de numerosas obras de Economía y de Filosofía del Derecho.

se dirige a lo específicamente jurídico tiene la dimensión y dignidad del saber que, metódicamente logrado, alcanza sólido fundamento y, por ende, validez objetiva.

Pensamos que todo ello es posible y el jurista cuya convicción al respecto todavía no ha debilitado ninguna duda, aborda su tarea con justificada alegría, poseído de esa confianza que nos inspira una indiscutible base lógica sobre la cual se afirma toda conceptualización de un fenómeno particular de la realidad jurídica o un conjunto de ellos.

Lejos de toda desesperación escéptica, es ésta una convicción común que alienta en general en la conciencia de todos los juristas, con mayor o menor intensidad, con iguales o distintas razones.

Pero, como en todo saber, tan pronto descendemos a los últimos estratos de su fundamentación; cuando llegamos a los principios sobre los cuales se estructura la unidad sintética de la ciencia, afloran discordancias, contradicciones e incompatibilidades que debilitan aquella confianza inicial y se impone como inexcusable una tarea de revisión de los supuestos del saber jurídico.

La unidad del conocimiento se hace impostergable, y esta necesidad se manifiesta después de haberse alcanzado tal conocimiento, pues como decía Stuart Mill: “A semejanza de la muralla de una ciudad, de ordinario se ha levantado no para servir de receptáculo a los edificios que pudieran erigirse después, sino para circunscribir a los que ya existen”; porque tales reflexiones sobrevienen cuando la ciencia ha alcanzado cierta madurez.

Es que se trata de la filosofía de la ciencia, esto es, reflexión sobre las reflexiones directas ya logradas de los fenómenos jurídicos, es reflexión de segundo grado,¹ que opera apareada a la ciencia y después que ésta ha concluido su tarea, es una nueva luz que ilumina el conocimiento logrado, cuando en él se hace la oscuridad de la contradicción.

Es, pues, misión de la filosofía de la ciencia que ha de dar cuenta de la índole y carácter de la experiencia que se conoce y de la estructura de una conciencia sobre el particular, dando así como base de todo conocimiento, un objeto único e irreductible a todo otro.

No es, pues, tarea de filosofía general, aunque sí debe requerir de ella contribución imprescindible y tomar sus resultados y orientación.

La filosofía de la ciencia jurídica ha de darnos, pues, cuenta del saber y fundamento de su objetividad a través de una vía metódica adecuada; superando con ello contradicciones, incompatibilidades y discordancias, haciendo consciente la necesidad de un planteo teórico general, que cobrará particulares determinaciones según el estado de la ciencia, abierta siempre a las perspectivas de una creciente y progresiva perfección.

Porque como lo han señalado tan atinadamente los lógicos² la ciencia es totalidad infinita, abierta a perfección constante; no puede, pues, cerrarse a las nuevas

1 Larroyo, F., y Ceballos M., *La Lógica de la Ciencia*, p. 23, núms. 1, 2 y 57, 7a. ed., Porrúa, México, 1981.

2 Larroyo y Ceballos, *op. cit.*, pp. 32 y 35.

posibilidades que abren la perspectiva de su enriquecimiento paulatino, porque, como dice el historiador de la ciencia, cuanto más conocemos más grande es la superficie de contacto con lo desconocido,³ lo que Husserl, el lógico genial, concreta al expresar que el conocimiento es una serie infinita de aproximaciones al objeto que permanece como una incógnita,⁴ lo que verifica la acertada observación de Rickert:⁵ “la física siempre descubre lo penúltimo”, lo que Mounier⁶ corona al decir que el hombre no conoce la verdad, sino, y mal, un núcleo de verdades.

Es que, como expresa Husserl:⁷ “Cuando una ley o una teoría probable resulta insostenible como consecuencia del aflujo de nuevas instancias empíricas, no concluimos que la fundamentación científica de esta teoría era necesariamente falsa. La teoría antigua era la “única justa” en la esfera de la experiencia antigua: en la esfera de la experiencia ensanchada lo es la nueva teoría que hay que fundamentar; ella es la única adecuada en el estado actual del conocimiento empírico”.

Es que las teorías generales, frente al ensanchamiento de la instancia empírica a la cual dirige su atención el científico, pierden el carácter de tal para quedar arrinconadas como teorías particulares, vale decir, relativizán-

3 Dampier, W. C., y Dampier, W., *Historia de la Ciencia*, Aguilar, 1931.

4 Husserl, E., *Investigaciones Lógicas*, trad. de M. García Morente, Revista de occidente, Madrid, 1929.

5 Rickert H., *Ciencia Cultural y Ciencia Natural*, Biblioteca de Ideas del Siglo XX, trad. del alemán de M. García Morente, Espasa Calpe, Buenos Aires, 1937.

6 Mounier, E., *Introducción a los Existencialismos*, 2a. ed., Revista de occidente, 1951.

7 Husserl, E., *op. cit.*, t. 1, p. 259.

dose, pasan a ser parte integrante de una nueva teoría general que las comprende además del conocimiento de la nueva instancia empírica, como lo muestra Rousseau.⁸

De ahí que no podamos afirmar que la historia de la ciencia sea la historia de sus errores, sin más; sino que es la historia de la relativización de las teorías generales, y comprensiva, además, de sus errores.

La insuficiencia de la teoría frente a la afluencia de nuevas instancias empíricas, hizo que manifestáramos en nuestra tesis doctoral: “A las direcciones contemporáneas de la filosofía jurídica, cuya renovación como una exigencia del espíritu y la razón, apunta por primera vez en Rodolfo Stammler, corresponden, como conquistas definitivas, la reclusión del positivismo en los límites de sus posibilidades y haber arruinado su pretensión de ser escuela dominante y modo exclusivo de expresión del pensamiento en la teoría de la ciencia jurídica”.⁹

La ilegítima reducción de toda realidad a sólo realidad sensible, que el positivismo kantiano llevó hasta sus últimas consecuencias; la consideración de la existencia humana como una cosa entre las demás cosas, la lógica aristotélica como única e inexcusable, condujo a la negación de toda dignidad científica a la jurisprudencia, y fue máxima expresión de esta desesperación escéptica el alegato de J. H. Kirchmann,¹⁰ pronunciado en 1848.

8 Rousseau, P., *La Conquista de la Ciencia*, p. 265, Destino, Barcelona, 1949.

9 Borga, E. E., *Ciencia Jurídica o Jurisprudencia Técnica, Exordio*, p. 5. Buenos Aires, 1943.

10 Kirchmann, J. H., *La Jurisprudencia no es ciencia*, trad. y prólogo de Antonio Truyol y Serra, 1949.

1. Escepticismo jurídico

Es provechoso recordar, aun cuando más no sea que brevemente, la principal argumentación de Kirchmann, toda vez que de posición negativa tan extrema hemos de partir para mostrar precisamente la perspectiva de una fundamentación del saber científico.

Apunta el fiscal berlinés que es evidente el retraso en que la jurisprudencia ha quedado respecto de las demás ciencias, en virtud de la constante mutabilidad del Derecho, frente a la invariable inmutabilidad de los fenómenos de la Naturaleza. “El sol, la luna, las estrellas brillan hoy como hace milenios de años; la rosa sigue floreciendo hoy como en el paraíso; el Derecho, en cambio, ha variado con el tiempo. El matrimonio, la familia, el Estado han pasado por las formas más variadas. El Derecho, es pues, un objeto inestable, huidizo; cambia, pasa por las más diversas formas”. Según Kirchmann, esto trae otros inconvenientes no menos graves, pues la ciencia avanza lentamente a través de continuados esfuerzos, sus leyes son el resultado del trabajo secular y colectivo de sus cultivadores. La ciencia no sufre perjuicio por la lentitud de su marcha, pues “la tierra gira hoy alrededor del sol del mismo modo que hace miles de años; los árboles crecen y los animales viven hoy como en los tiempos de Plinio. Si tras largos esfuerzos se ha llegado a descubrir las leyes de su naturaleza y de sus fuerzas, esas leyes valen tanto para el presente como para los tiempos primitivos y seguirán siendo verdaderos en todo el porvenir”, lo cual no ocurre con el Derecho, pues cuando se ha logrado la comprensión de algunos de sus objetos, han

desaparecido o se han transformado en otros, arribando así la ciencia siempre tarde, no logrando captar el presente.

Por lo demás, llega a decir que así como en las demás ciencias los errores que se cometen dejan intacto su objeto de conocimiento –diga lo que diga Ptolomeo, la tierra gira alrededor del sol–, en la jurisprudencia, los mismos transforman y adulteran el objeto mismo.

De idéntica manera, la jurisprudencia vive y se nutre de las imperfecciones de su objeto; pues tanto mayor es su labor cuanto mayores deficiencias, confusiones y contradicciones traigan los materiales legislativos: “los juristas, a través de la ley positiva, se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera carcomida”, al extremo que en tanto “la ciencia toma como objeto suyo lo fortuito, ella misma se convierte en puro azar; tres palabras rectificadoras del legislador bastan para convertir una biblioteca entera en basura”.

Después de esto parecería que no quedan sino los restos humeantes de una pretendida ciencia jurídica. Sin embargo, la situación no es desesperada, y la tarea ha de comenzar con la ordenación del material de derribo.

Su clasificación se hace inexcusable, al menos en esta reseña, que no puede excederse de los meros contornos orientadores, por las limitaciones propias de la obra enciclopédica, por lo que hemos de referirnos brevemente al racionalismo y empirismo jurídico, como concepciones tendientes a una fundamentación del saber jurídico.

2. El racionalismo jurídico

Dirige su atención, articulando en ello el objeto de la ciencia jurídica, a las normas, cuya índole ideal en cuanto expresión del pensamiento, excluye todo contacto con la conducta humana, cuya intuición, como algo real, ignora.

Ubicado así el objeto en el dominio exclusivo de la razón, prescindiendo de toda experiencia, acentúa la dogmatización de lo jurídico en su normatividad, cuya emanación encarna en la expresión del legislador epónimo, o en la revelación de la voluntad divina.

De este modo, el racionalismo dogmático formal y constructivista, ha perdido todo contacto con la realidad, la que niega; para poner de relieve el aspecto ideal del derecho, haciendo tema suyo por sobre todos los demás la idea del Derecho, como ocurre en el jusnaturalismo.

En el racionalismo, al decir de Stammler: “El concepto y la idea del Derecho se interpretan ahora como dictados por la razón, a la cual deben sujetarse en sus manifestaciones positivas”. La confusión de estos dos problemas, cuya separación exigía el método crítico debidamente aplicado, tuvo la culpa de que no se resolviese ninguno de los dos. Y fue al mismo tiempo lo que dio lugar al vano empeño de trazar un llamado Código de la razón, con instituciones precisas y articulado definido: otro intento más de realizar el absurdo de un “Derecho ideal”, cuyas normas concretas hubieran de tener un alcance universal y absoluto, lo cual se ofrece en numerosos autores culminando este tipo de racionalismo en el más alto exponente

del idealismo alemán: Hegel, que estructura en su Filosofía del Derecho, dentro de una concepción histórica determinada, un compendio de instituciones cuya vigencia pretende universal y absoluta.

Pero el racionalismo ofrece otras formas en nuestro tiempo, ya que dirigiendo su atención a las normas, conforme a la orientación de la filosofía contemporánea del Derecho, hace tema central de sus especulaciones: la norma y al destacar su índole ideal como pensamiento, lejos de toda experiencia, aspira en su formalización a una verdadera matematización del Derecho, tal cual como puede apreciarse en la obra de Schreier.¹¹

Esta tendencia del pensamiento jurídico cobra particular expresión en los países de Derecho escrito, pues en aquellos en que predomina el Derecho consuetudinario, como en los anglosajones, el pensamiento jurídico ofrece una característica distinta, sin dejar de mostrarse racionalista también en un determinado sentido, como lo muestra acertadamente Loevinger.¹²

3. El empirismo jurídico

En oposición al racionalismo, el empirismo jurídico se mantiene apegado a la consigna de mantener contacto con la realidad, toda vez que habrá de derivar sus verdades de la experiencia, y en ella habrá de verificar su verosimilitud.

11 Schreier, F., *Concepto y Formas Fundamentales del Derecho*, Losata, Buenos Aires, 1942.

12 Loevinger, L. J., *Una Introducción a la Lógica Jurídica*, trad. y prólogo de José Puig Brutau, Bosch, Barcelona, 1954.

No se desecha, pues, la intuición como punto de partida del conocimiento; pero a renglón seguido este tipo de empirismo se muestra totalmente retaceado, ya que no va a admitir otro tipo de realidad que la realidad sensible, y, por ende, el contacto con la realidad sólo se opera por la intuición sensible; como si se tratara de una experiencia natural, cuya existencia está determinada por leyes universales según el concepto de Kant nos legó de la Naturaleza, y, en consecuencia, el conocimiento se ofrece a través de un acto gnoseológico típico: la explicación, que dada la índole del objeto natural, se reduce a explicación causal.

De este modo el empirismo jurídico hace de la experiencia jurídica una mera experiencia natural, y para alcanzar la explicación de los fenómenos jurídicos, siguiendo el modelo de la causalidad, del fenómeno o dato que se ofrece al conocimiento, se remite a otro hecho, como ocurre cuando se alude a la intención psicológica del legislador, como un hecho cuya existencia se liga, así, a la ley y al fenómeno que se conceptúa.

El empirismo se convierte tan pronto en sociologismo al considerar al fenómeno jurídico como fenómeno social al que ha de tratar como una cosa más, accediendo a ella como a todo fenómeno natural por explicación causal y a través del método inductivo; o también se hace historicismo al remitirse al sentido del Derecho que fue, como ocurre con Savigny respecto del Derecho romano, proyectándolo hacia el futuro, sin otra razón que lo justifique que simplemente por el hecho de haber sido; postergando así la creación y recreación con sentido de presente que articula

con la gravitación del pasado que fue y del futuro que todavía no es, pero que se anticipa en la vida humana, que el fenómeno jurídico arrastra pletórico de historicidad.

El empirismo, al convertir así un fenómeno cultural en un fenómeno natural, no puede lograr su propósito de aprehender la experiencia jurídica y cae en el caso de la desesperación escéptica que vimos alcanza su máxima expresión en Kirchmann, quien precisamente no advierte que se trata de una experiencia distinta que la natural y por ello reniega del carácter inestable del Derecho, precisamente porque sólo pone su atención en lo que el Derecho tiene de contingente, es decir, su aspecto dogmático, sujeto a cambios, sea por la obra directa de la comunidad que cambia sus costumbres y sus usos o por obra del legislador que modifica las leyes a su voluntad. Ha despreciado en la consideración los elementos constantes en que, como veremos, se muestra el ser del Derecho: la valoración en tanto que hecho del hombre con sentido de presente existencial y la normatividad como una forma específica de determinación.

Pero al escepticismo no sólo se llega por este camino, sino también por el historicismo, tanto por erigir como la manifestación histórica suprema del Derecho, un determinado ordenamiento jurídico –como ocurre en Savigny con el Derecho romano– como cuando se trata de atenerse a la constante manifestación de los fenómenos jurídicos, según también se pretende por Savigny, al oponerse a la codificación en la célebre disputa con Tibaut. Según el primero, era inexcusable atenerse a la costumbre, a la que el pensamiento, si quiere lograr adecuada conceptua-

ción, ha de aparearse de este modo, siguiéndola en su individualidad cambiante, termina por sucumbir en un caos de hechos deshilvanados y sin coherencia lógica.

Es que el historicismo y la escuela histórica –en el otro aspecto señalado– son dos modos diversos, pero igualmente viciosos para la concepción, el primero porque es un trasplante sin justificación alguna del pasado al futuro, en un gesto irracional de admiración preñado de entusiasmo romántico que niega el eterno presente de nuestra existencia, y el segundo, si bien se apega a lo individual de lo real manteniendo con ello firme contacto, desconoce el planteo teórico general del conocimiento, y con ello, termina por mostrarse impotente teóricamente para alcanzar dominio sobre lo real, siendo el científico arrastrado por la constante fluencia de los hechos en desordenada expresión multitudinaria y con ello queda proclamada la invalidez de toda teoría ligada jurídicamente a manifestaciones determinadas de una época.

4. La superación de las formas extremas

El racionalismo es dogmático, alejado de la realidad, termina por imponer los cánones de la razón, forzando el dato de la experiencia en un sometimiento incondicional a sus dictados. Envanecido por las deducciones de que es capaz la razón en otros sectores del saber –la matemática y la lógica– en el terreno de lo jurídico fantasea en el mundo de la quimera y la utopía. El uso de las ideas se torna tan arbitrario que en la construcción más sutil y perfecta, aflora de pronto echando todo el armazón abajo, el fisgón de la ideología.

A su vez hemos visto que el empirismo se torna escepticismo en su irracional impulso romántico, o su manifiesta impotencia teórica para abarcar como un todo la realidad que conoce en un planteo teórico general, como ocurre en la escuela histórica. Si lo ensaya, lo hace bajo la forma natural, tergiversando el dato y cometiendo un error metodológico que desde el inicio desvía el pensamiento del auténtico ser de lo jurídico, que asienta su base en la existencia humana.

Por ello, la filosofía jurídica de nuestro tiempo ha tratado de mantenerse –advertida como está, según pudimos decirlo en nuestra tesis por “la experiencia del pensamiento y la razón misma”– equidistante de estas dos corrientes, a fin de poder fundar el conocimiento jurídico sobre bases capaces de dar en la conceptualización el auténtico ser del Derecho y, por ende, una metodología adecuada.

En tal sentido, ha debido plantearse con necesidad el problema que, según Kant, preocupaba tanto a los juristas, que aún en su tiempo, buscaban afanosos resolver: qué es Derecho.

La renovación de la filosofía jurídica, bajo la consigna de la filosofía general de volver a Kant, debía rendir sus frutos al respecto.

Dentro del neokantismo, Windelband y Rickert se esforzaron por destacar lo cultural distinto de lo natural, como dos determinaciones distintas de la realidad, según el punto de vista desde el cual se las examina. Así cobró particular relevancia el hecho del hombre, como expre-

sión de su vida biográfica, como hecho histórico, en cuanto el hombre, en tanto que hombre, en esencia, es sólo historicidad, y así la cultura, como aquello que el hombre produce o cultiva, según valoraciones, se diferenció de la Naturaleza, que conforme a las ideas de Rickert, es lo que nace por sí, oriundo de sí y entregado a su propio crecimiento.

Pero si la distinción material se ofrece, como acabamos de verla, la formal es todavía mayormente significativa, ya que en ella ha de afirmarse la distinción metodológica, y es precisamente el punto de partida de las especulaciones neokantianas de Rickert, ya que el mismo Kant había fijado con el concepto universalísimo de Naturaleza el límite preciso de lo natural, caracterizándolo como “la existencia de las cosas en cuanto que es determinada por leyes generales”.

La cultura como expresión de la vida histórica, como hecho del hombre en su libertad, que ha de ofrecernos creaciones originales a cada momento, se caracteriza ahora de modo opuesto al de la Naturaleza que ha de conocerse conforme a su modo de ser, generalizando; y así lo histórico se lo ve como singular en su peculiaridad individual y con ello se asienta el principio metodológico del conocimiento individualizador.

Concordantemente con ello, Dilthey enderezó su atención a la vida humana y pudo así proclamar como bases metodológicas inexcusables: A la Naturaleza se le explica y a la cultura se le comprende. La Naturaleza es la experiencia de necesidad que se muestra constante y unifor-

me dentro del ciego mecanicismo de la causalidad, a través de la cual se logra su explicación; en tanto que la cultura, ligada a la actividad del hombre, que actúa siempre valorando, en atención a sus determinaciones en la libertad y frente a múltiples posibilidades de entre las cuales ha de elegir siempre una, que es la que articula su resolución, en cuanto valioso, es preciso captarlo en su sentido al cual asimos en nuestras vivencias, todo lo cual llamamos comprensión.

De aquí, y siguiendo el camino señalado por la fenomenología, siendo la vida un momento inmanente de la existencia, no había más que un paso a la filosofía de la existencia, cuya articulación temática es obra de nuestro tiempo, aunque podemos decir, con Mounier, que no hay filosofía que no sea existencialista, aun cuando haya cobrado tal denominación en nuestro tiempo aquella que hace tema fundamental suyo el de la existencia del hombre como una reacción “de la filosofía del hombre contra el exceso de la filosofía de las ideas y de la filosofía de las cosas” volcada al mundo o a los productos del espíritu.

Desdeñando el ala mundana de esta corriente de la filosofía y el parloteo insignificante de los atolondrados irreflexivos que hablan de existencialismo, haciendo inexistencialismo, debemos decir que esta corriente del pensamiento abre amplia perspectiva para las ciencias jurídicas y sociales, en cuanto interroga de modo directo y total por ese grande *profundum* que es el hombre y cuenta, entre sus antecedentes remotos de gran jerarquía; a Sócrates con el imperativo “Conócete a tí mismo”; a los estoicos que proclamaban el dominio de sí mismo; a San

Agustín con su angustiosa interrogación “*qui ergo sum, Deus meus? quae natura mea?*”; a Pascal, que señaló la omisión de quienes demasiado preocupados por las ciencias, apenas si se inquietaban por el hombre; a San Bernardo, como paladín del cristianismo de conversión, y, ya refiriéndonos a quien puede señalarse como titular de la escuela existencialista; a Soren Kierkegaard, el filósofo danés que frente al sistema absoluto de Hegel opuso la existencia absoluta.¹³

A través de esta corriente del pensamiento filosófico que aborda el problema de la existencia buscando en el hombre mismo, íntegro, sin retaceos, desviaciones ni unilateralizaciones de ninguna índole, es posible que se pueda encontrar el camino de la superación de la era que se ha calificado también como la de los gigantes nucleares y los pigmeos morales.

Y con ello mostrar cómo la razón y la vida no se excluyen, sino que son algo inescindible, echando así las bases para la mejor comprensión de todos los problemas sociales y jurídicos.

5. La realidad jurídica

En circunstancias tales, henchidas de comprensión histórica, pudo muy bien revalorarse la actitud de Savigny con respecto a la ciencia del Derecho, y sin corresponderle el mérito de la ontologización del Derecho como se ha expresado, puede, sí, atribuírsele el de haber señalado con energía hacia el plano de la realidad en que podía

13 Mounier, E., *Introducción a los Existencialismos*, 2a. ed., Revista de occidente, 1947.

encontrársele, del momento que proscribía, conforme a los dictados de la escuela, la ubicación que le atribuía el racionalismo.

Savigny no hizo una clara explicitación ontológica, adecuada a la experiencia jurídica, que destacara sus caracteres peculiares dentro de la realidad en que ubicara el Derecho. Dentro de las limitaciones propias de la escuela histórica, y confundida con los arrestos románticos que le eran inherentes, pudo advertir, no obstante, que el Derecho es medularmente historicidad, como expresión de la existencia del hombre.

Si bien se valió de la opaca expresión “espíritu del pueblo”, ubicó frente al racionalismo dogmático al Derecho en el plano de las creaciones humanas, y marcó su mayor acento en tal sentido, al preferir la costumbre al Derecho legislado.

Su acierto, mérito y desmérito lo describe brevemente Stammler, al decir: “La escuela histórica empieza a dar fe de vida de una manera clara en 1814, al publicar Savigny (1779–1861), su jefe indiscutible, el famoso opúsculo: “Sobre la capacitación de nuestra época para empresas de jurisprudencia y legislación”. En cuanto a la formación del Derecho, se sigue de aquí que el Derecho consuetudinario se debe preferir siempre al legislativo, ya que en él se refleja de un modo más fiel el espíritu del pueblo. En la investigación del Derecho y de sus normas, será la Historia la que decida, puesto que sólo de la marcha de la Historia se puede deducir de un modo seguro cuál es el espíritu que anima a un pueblo. Y –finalmente, y esto es

lo que más nos interesa a nosotros—, del postulado fundamental de esta escuela se desprenda que no tiene razón de ser el problema de la filosofía del Derecho tal como lo hemos planteado, al menos en su segunda parte, en la que se refiere a la idea del Derecho. Lo único que podrá ocurrir —de admitirse estas doctrinas— será que el legislador no sepa entender debidamente, o que formule de modo confuso lo que le dicta el espíritu del pueblo; una misión ideal, a la que el Derecho humano deba responder, no puede admitirla en modo alguno la escuela histórica”.

Queda, pues, como mérito de Savigny el haber advertido el lugar en que el Derecho se produce y se crea; pero con ello no alcanzó un claro planteo ontológico, es decir, una delimitación y caracterización precisa del objeto. Y no podía hacerlo, ya que la escuela histórica, que tenía en general el mérito de atenerse a la realidad histórico individual del hecho del hombre, era incapaz de un planteo teórico general, y con ello la investigación y la ciencia misma se diluía en la fluyente y multitudinaria expresión de los hechos, denotando con ello una manifiesta impotencia teórica. El mismo Savigny trató de escapar a la vorágine de los hechos concretando su atención en el Derecho Romano.

6. La ontologización del Derecho

Dentro de las especulaciones filosófico-jurídicas contemporáneas que pretenden aclararnos qué es Derecho, como primer problema de la filosofía de la ciencia jurídica, corresponde a Giorgio Del Vecchio —como lo afirmé en mi tesis doctoral— la gloria imperecedera de haber onto-

logizado el Derecho, en una fecunda explicitación, que nos muestra el objeto jurídico en unidad inobjetable, superando dualismos y antinomias que perduraron hasta su claro enfoque del problema.

Del Vecchio emplaza, como Savigny, el Derecho en el mundo de la cultura, como hecho del hombre. El Derecho es obrar humano; pero no se detiene aquí, como aquél. Su enfoque neokantiano del problema le abre una perspectiva que la escuela histórica no le brindaba a aquél, y sin caer ni en racionalismo ni en empirismo, y lejos de todo apresto irracional y romántico del entusiasmo historicista, realiza una analítica de la conducta humana que culmina en el triunfo más notorio de su autor.

En el concepto del Derecho y la Naturaleza, primero, y luego en su Filosofía del Derecho, los capítulos primero y segundo de la parte sistemática, el desarrollo de sus ideas supera una antinomia que lastraba toda la teoría jurídica anterior al respecto: la división de las acciones en internas y externas, según que se refieran a la moral o al Derecho; demostrando que toda acción tiene un elemento interno y otro externo, cualesquiera fuere el punto de vista desde el cual se la valore o califique; ya que en ninguna falta la vivencia de su autor ni la expresión característica de su exterioridad, como hecho físico, incluso, por ejemplo, en el acto de pensar.

El Derecho como expresión del obrar humano, debe distinguirse de la moral, ya que constituyen dos modos distintos de apreciación de la conducta humana; y ello ha de operarse desde el punto de vista determinado de un

ideal con arreglo al cual se caracteriza esencialmente el modo de obrar.

En el caso de la moral: omitir, ya que de entre las múltiples posibilidades que se ofrecen al hombre para hacer, en su intrínseca libertad, cómo poder ser y llegar a ser, éste prefiera una, la que ha de articular su decisión –puesto que la resolución no es más que una posibilidad elegida, como ha dicho Heidegger–: frente a todas las demás que *post fiere* u omite definiendo jurídica este modo de calificación de lo moral como un omitir; ya que la acción como resolución conlleva sólo una de aquellas posibilidades elegidas, con omisión de todas las demás, con las cuales se coordina, operando en el mundo subjetivo del hombre en el que evidentemente predomina el elemento interno –intención– de la acción, aunque no deje de estar presente también el elemento externo.

El Derecho, en cambio, se caracteriza como un impedir, puesto que ha de delimitar la esfera de libertad de cada sujeto entre los sujetos, y las acciones que se coordinan son ya las de varios sujetos, trasladándose la interferencia de las acciones del mundo subjetivo al intersubjetivo; de tal manera que se hace inexcusable y se muestra así en la realidad jurídica, que cada uno actúe en la esfera de su libertad jurídicamente delimitada, con exclusión de todo impedimento, para la libre realización de su acción. Por ello el Derecho se caracteriza como un impedir.

La explicitación de Del Vecchio tiene, sí, los caracteres de una verdadera ontologización. Ha señalado el lugar, la ubicación de la realidad jurídica: el obrar humano. Lo ha

distinguido como peculiar del obrar de todo otro modo, aun del más próximo y con el cual más se le confundía: la moral. Con esto une a la delimitación precisa la determinación de los caracteres esenciales del Derecho y con ello la unidad de un fin cognoscitivo común: el objeto de la ciencia jurídica, que ha de ser principio de su metodología y con ello perspectiva de unidad de todo el pensamiento jurídico, toda vez que a él habrán de estar referidas todas las verdades de la ciencia, metódicamente fundadas. Así se articula, sobre el caos de la experiencia jurídica cotidiana histórico-individual, una experiencia científica y, con ello, la piedra angular de un planteo teórico-general.

Por ello, Del Vecchio caracterizó ontológicamente el Derecho, dando respuesta a la pregunta qué es Derecho, como “coordinación objetiva de acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina con exclusión de todo impedimento”; donde la coordinación normativa, según una valoración ética, de ética intersubjetiva, como pudo caracterizarla, se opera con respecto a las acciones de varios sujetos que se ofrecen en interferencia y excluyendo todo impedimento para que la libertad sea; con lo cual cobra brillo y actualidad aquella expresión genial de Hegel, que veía el Derecho como el reino de la libertad realizada.

Frente a la fluyente y constante manifestación de lo jurídico como algo histórico-individual, de lo que se ofrece cotidianamente a la intuición, logra Del Vecchio la unidad de una experiencia y con ello la unidad posible del conocimiento jurídico; ya que al mostrar el objeto jurídico en su determinación esencial como irreductible a todo

otro, ofrece firme apoyo a una conciencia objetiva de lo jurídico y con ello la dimensión científica del saber de los juristas, en sistemática unidad.

Pero esta sistematización a la cual ofrece cabida la explicitación ontológica de Del Vecchio y que atiende a las líneas ideales mentales del saber —a las formas—, puesto que está referida al encadenamiento formal de las verdades, a la arquitectónica del saber de los juristas, no alcanzó en Del Vecchio una explicación similar a la del objeto.

El aporte se debe a otro eminente jurista que, aflorando al plano de la filosofía de su ciencia, operando como jusfilósofo, mostró precisamente la peculiaridad de la forma de lo jurídico, como objeto de conocimiento y por ende, en tanto que expresado en juicios, la particular diferencia de la conceptualización, que a diferencia de la tradicional que se ofrece como entitativa, en cuanto muestra la identidad del predicado con el sujeto, se ofrece como conceptualización imputativa, en cuanto el predicado se expresa como la imputación de un consecuente a su antecedente bajo la forma de la copulación del debe ser, como característica de la normatividad.

Este mérito corresponde a Kelsen, a través de cuya teoría pura se opera una purificación metódica doble, en uno de cuyos aspectos se destaca esta forma del deber ser, como mera forma peculiar de lo normativo y, por ende, necesaria.

Desde el supuesto fundamental que articula toda coordinación posible de las normas, la norma hipotética fundamental “obedece al legislador originario”, pasando por

las normas generales hasta las individuales, que toman firme contacto con la experiencia jurídica en su expresión histórico-individual, la coordinación de las normas referidas a acciones humanas entre varios sujetos, cobra por su lado formal la imponen de solidez de una hermética estructura piramidal, que se muestra desde la cúspide hasta la base con la rigidez propia de las más puras expresiones de lo ideal, en escalonada validez de normas que en contacto con la experiencia por la base, a través de las normas individuales, capta los casos individualizados en su intrínseca juridicidad, en una constante integración del ordenamiento jurídico según las exigencias de las creaciones originales de la libertad.

De este modo la teoría pura se ofrece desde el punto de vista del pensamiento normativo, como una morfología jurídica de las acciones interferidas entre varios sujetos.

No podemos extendernos en mayores detalles en esta nota, que sólo pretende dar noticias de las perspectivas de la ciencia jurídica de nuestro tiempo a través de los resultados generales de la filosofía jurídica, que labora afanosamente por fundamentarla. Por ello omitimos consideraciones de detalle¹⁴ con respecto a los problemas que la teórica jurídica ha planteado sobre la norma, como uno de los temas principales de sus especulaciones, cuyo carácter de juicio en cuanto su clasificación, por la relación se refiere, divide la teoría según se estime: categórico, hipotético o disyuntivo.

14 El lector podrá recurrir a la copiosa bibliografía que citamos al efecto en las anteriores notas bibliográficas.

Con respecto a estas dos últimas disputan la teoría pura de Kelsen y la teoría egológica de Cossío, advirtiéndose que en la de este último se opera una integración de lo normativo jurídico en su expresión formal que supera la distinción de norma primaria y secundaria de Kelsen, para mostrar así la unidad del esquema formal en un sólo juicio disyuntivo, que se integra en su forma con la endonorma y la perinorma, según aluda al cumplimiento de la prestación debida o a la sanción con motivo del incumplimiento.

La segunda purificación en Kelsen, referida a lo que considera elementos perturbadores para una clara comprensión de lo jurídico, recae sobre las valoraciones en Derecho, principalmente ligadas a apreciaciones de tipo político o religioso, cuya exclusión llevan al autor a eliminar el elemento valioso del Derecho.

Conforme al planteo que hemos visto realiza, Del Vecchio, y de acuerdo a lo que nos anticipara la filosofía de la cultura por obra de Windelband y Bickert, como hecho del hombre, ha de destacarse en primer término y fundamentalmente la inmanencia del valor en la conducta.

Y la filosofía jurídica también ha tenido en ello especulaciones que acentuando este elemento, han ofrecido esclarecedoras orientaciones al respecto. En tal sentido, pueden citarse las obras de Lask, Radbruch,¹⁵ Schap,¹⁶ Sauer,¹⁷ etcétera.

15 Radbruch, G.

16 Schap.

17 Sauer.

En cuanto se refiere al pensamiento de Cossío, que originariamente dedicó preferente atención al aspecto formal apegado como estuvo a la teoría pura, pudo libertarse de su influencia notoria en su primer momento, integrándose al incluir la valoración¹⁸ y cabe admitir al respecto que la teoría egológica ofrece una ponderable explicitación de la experiencia jurídica y de la esfera de los valores en Derecho, haciendo prolijas distinciones entre la ideología de ideales reales e ideales puros, aun cuando no se ha referido a las opiniones de intereses que tanta gravitación tienen en el obrar humano y que en definitiva integran su manifestación histórico-individual, debiéndose considerar en la purificación metódica de este aspecto estimativo.

La filosofía de la ciencia jurídica ha dado así vista en sus lineamientos generales la perspectiva de unidad y fundamentación del saber jurídico, referido a una experiencia en general en la que se destacan elementos constantes y variables, esto es, necesarios y contingentes.

Sobre aquéllos, vale decir, sobre lo que como necesario muestra el ser constante del Derecho, que se ofrece en su forma como deber ser y en su contenido constante como una estimación o deber ser existencial, según también lo muestra Cossío, se hace factible fundar el conocimiento y con ello la ciencia, ya que, según lo sabemos desde Platón, *episteme* es precisamente el haber buscado, el saber fundado, por oposición a *doxa*, que es la mera opinión.

18 Ver mi comentario a “La Valoración Jurídica y la Ciencia del Derecho”, de Cossío, en *Revista Jurídica*, Buenos Aires, núm. 18 noviembre de 1941, p. 2B6.

La ciencia jurídica se nutre con las aportaciones de la filosofía de la ciencia jurídica a través de una actividad especulativa, con representantes conspicuos en los principales países del mundo, debiendo agregar a los nombres ya citados, sin ánimo de dar una lista completa, pero destacando algunos de los que han realizado obras importantes, en Francia: Francois Géný, Leon Duguit, Georges Ripert, Georges Gurvitch, etcétera; en Alemania: Max Weber, Adolf Reinach, Eugen Ehrlich, Herman Kantorowicz, etcétera; en Italia: Norberto Bobbio, Icilio Vanni, Giuseppe Magliori, Capograssi, Castiglia, etcétera; en España, Luis Recaséns Siches, Luis Legaz y Lacambra, Luna Peña, etcétera; en Estados Unidos de Norteamérica: Benjamin N. Cardozo, Jerome Hall, L. J. Loevinger, Edgar Bodenheimer, Roscoe Pound, etcétera; en Latinoamérica se destacan los nombres de Miguel Realer, Francisco Campo, García Máynez, Luis Nieto Arteta, Alfredo Fragueiro, Martínez Paz, Ramón Alsina, Jaime Perriau, Enrique Aftalión, Rómulo Vernengo, Ernesto Ure, Imaz, Vilanová, Julio Cueto Rúa, Miguel Herrera Figueroa, etcétera.

Con las aportaciones fundamentales de la filosofía jurídica, que cuenta con una pléyade de cultores mucho más extensa de la que acabamos de mencionar, la jurisprudencia ha podido erigirse en ciencia autónoma, dejando de ser una mera exégesis de los textos legales o de usos y costumbres, para alcanzar la jerarquía de una teoría, y con ello ha logrado la dignidad de la ciencia.

Además, y en razón de tratarse de una ciencia ontológica, según la distinción que recuerda Husserl –nomoló-

gicas y ontológicas—, en razón de referirse el conocimiento jurídico a una unidad empírica, es posible que aparezcan teorías divergentes o, como dice el autor citado, “incluso totalmente heterogéneas”; pero ello no le quita a la ciencia la posibilidad del conocimiento en general, ya que las condiciones ideales de dicho conocimiento remiten a leyes que se fundan puramente en el contenido del conocimiento —y respectivamente en los conceptos categoriales a que este contenido se halla subordinado—, que son tan abstractas que ya no contienen nada del conocimiento considerado como acto de un sujeto cognoscente. Estas leyes y respectivamente los conceptos categoriales con que están construidas, constituyen precisamente lo que en sentido objetivo ideal puede entenderse por las condiciones de la posibilidad una teoría en general.¹⁹

7. Diversas direcciones del pensamiento jurídico contemporáneo

De aquí que el pensamiento jusfilosófico contemporáneo se diversifique en múltiples direcciones que coinciden, ello no obstante, en la inexcusable necesidad de una revisión de los supuestos del saber del jurista, de los fundamentos de la ciencia jurídica, para afianzar los conocimientos logrados por ella en la investigación particular, como lo mostraba Stuart Mill haciendo el parangón con la muralla de una ciudad.

La diversidad y la integración de las teorías es el destino propio de todo cuanto en torno a la totalidad infinita

19 Husserl, E., *Investigaciones lógicas*, t. 1, p. 243, trad. de M. García Morente y José Gaos, Revista de occidente, Madrid, 1929.

que es la ciencia, está subordinado a las necesidades de su propio crecimiento. Al comienzo hemos destacado, como se ve por lógicos historiadores de la ciencia, filósofos de la misma y filósofos generales, este constante crecimiento, y debemos decir también que las teorías generales, a medida que se ensancha la experiencia y se extiende el horizonte de conocimiento, lo advirtió Husserl, devienen teorías particulares, que se imbrican dentro de una teoría general adecuada a la totalidad de la nueva experiencia entrevista.

En el orden del Derecho, todo cuanto se revele del hombre en la explicitación de su existencia que con tanto afán aborda la filosofía general de nuestro tiempo, ensanchará el área de la experiencia jurídica y dilatará el horizonte del conocimiento jurídico. La índole histórica de la experiencia jurídica, como expresión de la historicidad humana, reactualiza el planteo de Del Vecchio sobre el tema fenomenológico, propuesto no como una mera historia monumental de lo jurídico, sino como la inexcusable necesidad de que el jurista hunda su planta en el histórico acontecer de todos los tiempos, y alcance clara visión de la realidad que conceptúa, a través de un claro entendimiento de la superposición de culturas, su desarrollo y decadencia, en cuanto gravita como pasado sobre el presente del hombre, cuya plena comprensión ha de alcanzarse en íntimo y vivo contacto de los hechos, pasados y presentes, con clara conciencia de la anticipación de futuro que en ellos esta imbricada, de modo que no se pierda contacto con la realidad tal cual se propone en el realismo jurídico de nuestro tiempo, pero sin caer por ello en el sociologismo.

DOGMÁTICA JURÍDICA

*Juan Carlos Gardella**

SUMARIO

1. Significados de la expresión “dogmática jurídica”.- 2. El método dogmático de la Escuela Francesa de la Exégesis.- 3. El dogmatismo de la “Begriffsjurisprudenz” alemana.- 4. La crisis de la ciencia dogmática del Derecho tradicional.- 5. Significado actual del dogmatismo: a) Concepto; b) Diferencias con la concepción tradicional del dogmatismo; c) Comparación con la Teología y Geometría; d) La posición neo-escolástica.- 6. Significado del término “dogmática” en el Derecho político actual.

* Profesor titular de Filosofía del Derecho, y director del Centro de Estudios e Investigaciones en Derechos Humanos; investigador del Consejo de Investigación de la Universidad Nacional del Rosario. Fue exbecario de la Fundación *Alexander von Humbolt* en la entonces República Federal de Alemania, así como profesor e investigador en la Universidad de Colonia de dicho país.

1. Significados de la expresión “Dogmática Jurídica”

En el vocabulario jurídico actual la palabra *dogmática* tiene varias significaciones importantes que conviene diferenciar. Establecer esos distintos significados, implica inevitablemente hacer referencia al problema de la ciencia jurídica, es decir, al problema planteado entre los jusfilósofos acerca del objeto, método y límites de las disciplinas del Derecho (Epistemología jurídica). Si, a nuestro juicio, estos problemas no son los más importantes de la filosofía jurídica, y están lejos de agotar su contenido, no por eso desconocemos la trascendencia de los mismos, sobre todo en cuanto al papel que la Filosofía, como *scientia reatrix*, debe ejercer sobre todas las ciencias, mostrán-doles a cada uno su objeto propio y evitando invasiones recíprocas.

Aunque distintos, los significados del *dogmatismo* tienen una base común, que puede mostrarse señalando su origen y relaciones etimológicas. Todas las significaciones hacen referencias a *dogma*, término que viene del griego *Dogma*, y cuyo significado fundamental es el de *doctrina*, o más exactamente, *doctrina fijada*. Veremos cómo cada uno de los sentidos de *dogmática jurídica* toma su punto de inserción en este significado del *dogma* como *doctrina fijada*, desarrollándolo después en diferentes formas.

Sin grandes discrepancias entre los autores, se ha establecido con cierta claridad el conjunto de factores que influyeron en la aparición de la ciencia jurídica al modo

moderno, al comienzo del siglo XIX. Resumiendo brevemente, señalemos: 1º la separación entre Moral y Derecho, operada a fines del siglo XVIII por Manuel Kant, quien llevaba a su culminación un proceso iniciado siglos antes en el pensamiento jurídico moderno; 2º la lucha contra el Derecho natural, emprendida por el Historicismo jurídico, quien lograba absorber toda norma jurídica en el Derecho positivo que, así, aparecía revestido de la inviolabilidad que otrora ostentaba el Derecho natural (*ontologización del Derecho positivo* la han llamado Carlos Cossío y Legaz y Lacambra); 3º la laicización del ambiente científico-jurídico, producida dos siglos antes en el saber científico-matemático-natural, y que consistió en el apartamiento progresivo del Magisterio que mantuviera la Iglesia católica durante toda la Edad Media (una de las tantas manifestaciones del paso del teocentrismo medieval al antropocentrismo moderno); 4º la asunción y unificación del Poder Legislativo por parte de los Estados nacionales, quienes comenzaban a enfocar sus funciones con una amplitud y energía desconocidas hasta ese momento, al menos en el Derecho privado, con el cual se provoca la supervaloración del *Derecho estatal*, característica del siglo XIX.

El saber científico sobre el Derecho apunta en Alemania con la Escuela Histórica (Savigny, Hugo, Puchta), y en Francia con la Escuela de la Exégesis (Duranton, Demolombe, Aubry, Rau, Troplong, Mercadé, Taulier). Las dos corrientes discrepan en puntos de vista fundamentales, pero coinciden en afirmar la posibilidad y necesidad de una ciencia dogmática del Derecho.

2. El método dogmático de la Escuela Francesa de la Exégesis

El pensamiento francés, impulsado por una ideología de seguridad jurídica, deseaba presentar como indiscutibles las conquistas de la Revolución y del Iluminismo. Por eso atribuyó carácter dogmático al cuerpo legal que pasaba por ser la obra magna del racionalismo francés: el Código Napoleón. Aquí encontraremos el origen de la Escuela de la Exégesis, que Bonnacase, en un estudio clásico, caracteriza así: 1º culto al texto de la ley; 2º predominio de la intención del legislador sobre el alcance literal de los textos legales en la elaboración de Derecho positivo; 3º doctrina jurídica profundamente estatista; 4º contradicción inherente a la doctrina de la Escuela, resultante de la creencia simultánea, de sus defensores, en la omnipotencia del legislador y en la noción metafísica del Derecho; 5º respeto a las autoridades y predecesores.

Algunos representantes de la Escuela utilizaron el método analítico, otros el sintético. El primero es llamado comúnmente exegético, reduce la exposición y elaboración de la ciencia del Derecho civil, únicamente al Código civil y al orden riguroso de sus normas, finalizando en un *comentario* de los textos legales codificados. El segundo método es llamado dogmático. Lo vemos aplicado, por ejemplo, en la gran obra de Aubry y Rau sobre el Derecho civil. El jurista dogmático estima que el primer momento de la ciencia jurídica lo constituye el Código, quien limita así el enfoque del científico del Derecho, obligado a situarse dentro de sus normas, pero en el segundo momento se olvida de las divisiones y ordenamiento de

los textos, y buscando la intención del legislador (real o presunta), hace una construcción original, presentando en forma nueva la vida social que el legislador había codificado. Este método se llama también científico o racional, y culmina en obras que se han llamado *tratados*, en contraposición a los *comentarios*.

Bonnecase, siguiendo una idea ya expuesta por Glasson, niega la propiedad del calificativo *dogmático* aplicado a este método jurídico. Se fundamenta en el significado filosófico del *dogmatismo* utilizado para designar una posición de la Teoría del Conocimiento, aquella que sostiene la posibilidad de conocer el ser en sí mismo y de demostrar la verdad partiendo de ciertos principios inmutables y evidentes. Esto hace decir a Bonnecase que el dogmatismo no es un método jurídico, sino una doctrina relativa al conocimiento. “En ese sentido todos los partidarios de la Escuela de la Exégesis aceptaron el dogmatismo; lo hemos visto en lo que concierne a la noción de Derecho, que consideraban como una noción metafísica y que, en cierta forma, aceptaban confiadas. Pero el dogmatismo no tiene nada que ver con el método de exposición y elaboración de una doctrina jurídica, cuyos elementos constitutivos debe principiarse por plantear. Desde ese punto de vista sólo se puede tratar del método analítico o exegético y del sintético. El decano Glasson comprendió bien lo anterior...”

Por nuestra parte, pensamos que aquel nombre no puede explicarse, sin duda, en el sentido filosófico que quedó expuesto, pero sí con el significado de *doctrina fijada* que es, indudablemente, el que estaba en la mente de

un Demolombe, por ejemplo, cuando se refería al *método dogmático*. Nos apoyamos en el sentido etimológico del vocablo, que proviene del griego *Dogma*, como más arriba señalamos. Recordemos el texto de Demolombe que se ha hecho famoso: “Mi divisa, mi profesión de fe, es la siguiente: Los textos ante todo. Publico un curso del Código Napoleón. Tengo, pues, por objeto, interpretar, explicar el Código Napoleón mismo, considerado como ley viva, como ley aplicable y obligatoria, y mi preferencia por el método dogmático no me impedirá tener siempre, por base, los artículos mismos de la ley”. Aquí se toma la palabra *dogmática* en el sentido de *doctrina fijada indiscutible*. Significa construcción doctrinaria que prescinde de los textos legales hasta cierto punto, pero sin romper la vinculación con los mismos.

A esto se agrega un matiz muy propio de la Escuela de la Exégesis: la ley es indiscutible, sobre todo, para el juez; al dictar sentencia, el juez no hace más que buscar en el texto legal la solución del caso concreto, sin poder, según se dice actualmente, *crear Derecho*; la sentencia es, para esta Escuela, un paso mecánico y no vital, desde la ley al caso concreto.

Carlos Cossío ha caracterizado con gran pulcritud la experiencia jurídica, distinguiendo en ella tres elementos: estructura lógica (proposición jurídica: Dado A debe ser B), valoración jurídica, contenidos dogmáticos; estos últimos son los elementos empíricos contenidos en las referencias de los textos legales (por ejemplo, el hecho de matar a alguien, en el art. 79 del Código penal argentino), cuyo substrato es la conducta humana en su interfe-

rencia intersubjetiva. La Escuela de la Exégesis, y también la *begriffsjurisprudenz* alemana, según veremos en seguida, limitó la ciencia jurídica al conocimiento de los contenidos dogmáticos independizados de su substrato egológico (conducta humana en interferencia intersubjetiva).

Para cerrar esta reseña sobre la Escuela de la Exégesis, anotemos que bien pudo haberle el nombre de *dogmática* atribuyendo a dicha palabra, con sentido algo peyorativo, el significado de excesivamente tajante o absoluta en sus afirmaciones. Es que, habiendo olvidado la fuente de toda renovación y originalidad (la conducta humana en interferencia intersubjetiva), tenía que terminar deteniendo no sólo el progreso del Derecho, sino también el progreso de la ciencia jurídica. Otorgaba demasiado valor al criterio de autoridad y profesaban respeto excesivo hacia los *Maestros* de la Escuela. La tacha de *dogmática* tiene, respecto de esta Escuela, el mismo sentido irónico que, en la misma época, los adversarios de la Escuela clásica de Economía le imprimieron al calificativo *ortodoxa*, que se refería al rigor excesivo de sus afirmaciones. Recordemos la famosa anécdota que relatan todos los autores: cuando Du Carroy, que era un joven jurista, combatió el concepto de causahabiente que enseñaba Toulrier, éste le reprochó y dijo que “no era más que un joven profesor que daba esperanza, pero cuyos conocimientos no estaban aún bastante maduros por la meditación profunda y la larga experiencia de las cosas que son las únicas que forman al verdadero jurisconsulto”.

3. El dogmatismo de la “*Begriffsjurisprudenz*” alemana

Savigny, que orientó la filosofía del Derecho en un sentido historicista, dio origen a una dirección científico-jurídica que no tenía nada de historicista; después de los primeros maestros (Savigny, Hugo, Puchta), el pensamiento jurídico se orientó insensiblemente hacia una sobrevaloración del elemento dogmático del Derecho, surgiendo la “jurisprudencia conceptualista” (*begriffsjurisprudenz*).

Para Savigny, la historia del Derecho romano era un simple medio colocado al servicio del conocimiento dogmático y sistemático de ese Derecho. La labor dogmática del jurista consistía en pulir los conceptos utilizados por los jurisconsultos romanos, buscar su exacta definición determinando sus elementos integrantes. Pero además se trataba de utilizar la abstracción y generalización (instrumentos lógicos) para, ejerciéndola sobre el material legislativo, entresacar las instituciones, construyéndolas correctamente y sistematizándolas, y, asimismo, abstraer las doctrinas generales. Esa tarea culminaba en *las construcciones*.

La Escuela de los Pandectistas (Brinz, Bekker, Regelsberger, Windscheid, etc.) fue más allá: cortó toda relación entre la vida y los elementos dogmáticos del Derecho, sistematizando éstos en construcciones realizadas mediante la lógica tradicional (lógica del ser). Las exageraciones de esta tendencia originaron la llamada *jurisprudencia conceptualista*, orientada hacia un puro formalismo jurídico desvinculado totalmente de la vida social, y que fueron

sagazmente criticadas por Ihering. El mismo Ihering editó los Anuarios de Dogmática del Derecho Civil (*Jahrbucher fur die Dogmatik des bugerlichen Rechts*), que se componía en su mayor parte de contribuciones a la jurisprudencia analítica. Se ha dicho, empero, con razón, que tanto Ihering como Bentham “estaban separados de la jurisprudencia analítica propiamente dicha por su firme convicción de que el Derecho no puede existir en completo aislamiento y que debe ser siempre puesto en relación con alguna finalidad o propósito”.

4. La crisis de la ciencia dogmática del Derecho tradicional

A fines del siglo XIX y comienzos del actual se inicia una crisis profunda en la ciencia dogmática del Derecho, coincidiendo con el período de transformación general por el que atravesó la cultura de Occidente durante esos años. Todos los sectores de la cultura europea se replegaron sobre sí mismos para examinarse críticamente. Cada ciencia sintió la necesidad de establecer sus límites y examinar los supuestos sobre los que se basa. Los cambios profundos en la realidad social debían traer inevitablemente cambios en la legislación y en la ciencia del Derecho. Se pide a la ciencia jurídica que contribuya a crear un orden más justo y más cercano a la realidad social. De allí el reproche de “alejamiento de la vida” que se hace a la ciencia del Derecho tradicional.

a) Esta crisis se inicia con la crítica contra la concepción tradicional de la ciencia dogmática del Derecho, en Alemania por Ihering y en Francia por Géný. Para

Ihering, las conclusiones a que había llegado la dogmática del siglo XIX eran, en general, unilaterales. Dirigió sus armas contra *begriffsjurisprudenz*, aquella construcción impecable desde el punto de vista de la lógica tradicional (del ser), pero sin conexión ninguna con otra realidad que no fuera la contenida en los *textos*. Contra ella, Ihering afirma que un método puramente dogmático, no basta para estudiar el Derecho. El Derecho, dice Ihering, es un *interés* jurídicamente protegido, por eso los derechos no existen para realizar la voluntad jurídica abstracta, sino para garantizar los intereses de la vida, ayudar a sus necesidades, realizar sus fines.

En Francia, Géný, contra el dogmatismo de la Escuela de la Exégesis afirma que el Derecho *tiene fuentes reales*, además de las formales; así introduce la teoría de los elementos experimental y racional del Derecho. Por eso, la ciencia jurídica rebasa los límites de la mera técnica jurídica. Con Géný surgió la Escuela Científica en su segunda fase (la primera comenzó a desarrollarse ya cuando imperaba la Exégesis alrededor de la revista *La Thémis* y su fundador, el jurista Jourdan).

Dice Bonnacase, siguiendo a Géný, que “texto y objeto social son, pues, los dos factores que hay que tener en cuenta al interpretar las leyes. El primero es un elemento fijo, constituido por una fórmula, cuyo sentido literal debe ser proporcionado al intérprete por la lengua del Derecho, so pena de tener que declarar inoperante la obra del legislador. Parecería que ese elemento, tomado en sí mismo, debería inmovilizar el Derecho positivo en su parte legal y quitarle toda elasticidad. Pero, en reali-

dad y felizmente, se reduce a una fórmula abstracta que encierra un objeto social, el cual como elemento móvil, conduce al jurista infaliblemente a las aplicaciones diversas y sucesivas de que esta fórmula es susceptible. La ley adquiere así su grado máximo de flexibilidad; por su parte, el intérprete está seguro de no desnaturalizarlo, de no sobrepasar sus justos límites, teniendo cuidado, cosa relativamente fácil, de asegurar que cada una de sus soluciones corresponda, rigurosamente, al objeto social perseguido por la fórmula legal... si la ley, en sus dos elementos tangibles, tales como los acabamos de considerar, no proporciona la solución buscada, no le queda a aquél sino resignarse y acudir a otras fuentes del Derecho positivo, ya que, de lo contrario, impediría o deformaría la evolución jurídica, y como consecuencia, el progreso social... Esto es lo que no comprendió la Escuela de la Exégesis, al redactar su profesión de fe, por la sencilla razón de que redujo el Derecho positivo a las fuentes formales, y de una manera general a la técnica jurídica. Descuidó mucho los elementos racional y experimental del Derecho...”.

b) El dogmatismo del siglo XIX niega la relación entre las normas jurídicas y la vida social, como así también entre dichas normas y su aspecto axiológico o, más bien, lejos de negarlos, pretende absorberlos en el orden jurídico estudiado. De allí que se pretendiera que los *textos* encerraran toda la vida social posible y fueran intrínsecamente *justos*. Más allá de los textos (es decir de los elementos dogmáticos mentados por ellos) no existía ni Justicia ni Sociedad.

Por eso fue oportuna la *purificación* que impuso Kelsen a la ciencia jurídica. La primera purificación kelseniana separa el Derecho de la Moral (y, en consecuencia, los elementos dogmáticos dejan de ser expresión necesaria de la Justicia); la segunda purificación kelseniana separa el derecho de la realidad social (y, en consecuencia, los elementos dogmáticos dejan de ser expresión necesaria de la vida social). De este modo, el aspecto dogmático del Derecho reconquista su autonomía, sin negar la posibilidad de otras investigaciones sobre el Derecho, desde otros puntos de vista. La concepción kelseniana, bien entendida, se muestra así como el comienzo de la superación de la crisis de la ciencia jurídica y como intento de delimitación exacta de su objeto propio. *La Teoría Pura* de Kelsen, ¿es ciencia dogmática del Derecho? Si empleamos el dogmatismo en el sentido del siglo XIX (estudio de un orden jurídico particular en los elementos que lo singularizan frente a todo otro orden), la *Teoría Pura* no es dogmática jurídica, porque *es general*. Si empleamos el término dogmatismo en otro sentido (estudio del Derecho que es, frente al Derecho que debe ser), diremos que la *Teoría Pura* es una disciplina dogmática, aunque de carácter general. El significado actual del *dogmatismo*, une los dos sentidos (estudio de un orden particular desde el punto de vista del Derecho que es y no del que debe ser); así entendido, la *Teoría Pura* no es dogmática, pero sí podemos decir que está en la base de toda ciencia dogmática del Derecho. Después de Kelsen queda planteado el problema de la Ciencia Dogmática del Derecho con los elementos expulsados por la purificación kelseniana: vida social y valores

jurídicos. Carlos Cossío, Recaséns Siches, García Máynez, Legaz y Lacambra, etc., en diferentes formas, cada uno a su modo, intentaron establecer esa vinculación.

c) El dogmatismo jurídico tradicional responde a la concepción positivista de la ciencia, según la cual el aspecto *científico* de un objeto agota las posibilidades de su estudio; en el Derecho, el positivismo se negará a investigar más allá de lo dado (los elementos dogmáticos) y se reducirá a un estudio de los textos legales, excluyendo la posibilidad de trascender ese plano dogmático. En este sentido ha escrito Bonnecase que “sabemos que la Escuela de la Exégesis consideró que el sistema legislativo en vigor se bastaba a sí mismo, y esto, indudablemente, es una forma de positivismo jurídico”. Empero, nos parece discutible el carácter de positivismo integral de la concepción dogmática del siglo XIX que, ya dijimos, no negaba la existencia de un *orden justo*, sino que precisamente, lo absorbía en el orden positivo. Más bien, parece responder a la etapa de desarrollo porque pasaron las ciencias físico-matemáticas con la concepción galileocartesiana, mientras el positivismo integral se habría logrado recién con las ideas de Kelsen.

Después del derrumbe de la concepción positivista de la ciencia (si consideramos, siguiendo a Bonnecase, que la dogmática del siglo XIX responde a ella), surgió el concepto actual de *dogmática jurídica*.

5. Significado actual del dogmatismo

a) *Concepto*.— En la actualidad se distingue filosofía jurídica y ciencia del Derecho, significando la primera

expresión el estudio del Derecho en general, mientras la segunda significa la investigación del Derecho en sus aspectos particulares. Distinción precisada por Manuel Kant (1724-1804) y ampliamente difundida a partir de él. La hallamos en Del Vecchio, quien asigna a la filosofía jurídica el estudio de tres temas (lógico, fenomenológico y deontológico), dejando a la ciencia jurídica las modalidades particulares del Derecho. Del Vecchio utiliza como sinónimos *Ciencia del Derecho* y *Jurisprudencia* y es seguido en esto por Recaséns Siches. García Máynez se refiere a la *Jurisprudencia Técnica*. Pero esta discrepancia terminológica no afecta la uniformidad de la opinión de los autores en cuanto al carácter que ha de atribuirse a esa disciplina y a su posición respecto de las disciplinas filosóficas. Se señala como esencial en la ciencia jurídica su *dimensión dogmática*. Esto ha de quedar como hallazgo definitivo de la Epistemología Jurídica actual: necesidad de delimitar el campo científico y filosófico del Derecho, mediante el carácter dogmático del primero. Pero esto en dos formas distintas: Kelsen sostiene que el dogmatismo de la ciencia jurídica es su única dimensión (la esencia de la ciencia del Derecho radica en ordenar el material legislativo dado con los conceptos formales que aporta la *Teoría Pura* eliminando todos los juicios de valor y cualquier dimensión existencial de las normas). En cambio, para Cossío, Recaséns Siches, Legaz y Lacambra, García Máynez, de diferentes maneras, el dogmatismo es una dimensión de la ciencia jurídica, a la cual se agregan otras dimensiones (axiológica y existencial). Esta es la substancia de la disidencia entre Kelsen

y los demás autores. No se crea que hay aquí una mera cuestión verbal: *llamar* ciencia del Derecho a una disciplina puramente dogmática o *llamar* así a una disciplina dogmática a la cual se agregan una axiología positiva y una investigación existencial. Por ejemplo, en Carlos Cossío no hay una *yuxtaposición* del criterio dogmático más el axiológico, más el existencial, sino una *síntesis* de esos elementos, en el sentido de que el aspecto dogmático no puede ser comprendido correctamente si se lo independiza de los otros. Como se ve aquí está en juego el problema de la autonomía de una disciplina puramente dogmática del Derecho.

El dogmatismo de la ciencia jurídica significa:

1° Que el jurista, como tal, como científico del Derecho, debe limitarse a recibir el ordenamiento positivo que estudia, como algo *dado*, e indiscutible en su vigencia. Diremos con Recaséns Siches, que el actual pensamiento jurídico ha destacado con acierto que la ciencia del Derecho, la ciencia que se ocupa del contenido de determinado Derecho positivo (presente o pasado) es una disciplina meramente reproductiva y con carácter dogmático. Se limita a reproducir, explicando y sistematizándolo, los materiales suministrados por las fuentes del Derecho vigente, sea escrito o consuetudinario. El dogmatismo de la ciencia jurídica no implica negar la posibilidad, más aún, la necesidad, de que el jurista no ya como tal, sino como filósofo, proceda a la crítica axiológica de las normas que, en tanto jurista, aceptó dogmáticamente. En la filosofía jurídica actual se ha desarrollado una rama novísima; la Axiología o Estimativa jurídica, que trata de

elaborar un saber riguroso en materia de valoraciones, superando el prejuicio kantiano que identificara lo formal con lo necesario y lo material con lo contingente. De esa manera, el material empírico que el jurista recibe dogmáticamente de un ordenamiento positivo, y que, como jurista, no puede valorar, sería susceptible de ser valorado con criterios rigurosos, a la luz de una disciplina superior. A su vez, Carlos Cossío, yendo más allá, sostiene que el jurista, como tal, debe introducir juicios de valor en su saber, pero ello a la luz de una Axiología positiva y no Axiología pura.

2º Que el jurista, cuando actúa como tal, utiliza una serie de conceptos cuyo fundamento último no puede, en tanto jurista, explicar, debiendo recibirlos también como “dados” a indiscutibles. Diremos con Recaséns Siches, que no debe entenderse esa función dogmática como si se tratara de una copia fotográfica. La mente del jurista cuando estudia un derecho positivo determinado, no es totalmente pasiva, porque proyecta sobre el material legislativo una serie de conceptos formales (relación jurídica, norma, imputación, etc.) que integran la esencia de lo jurídico. Estas ideas, enseñanza común entre los jusfilósofos contemporáneos se explican si se tiene en cuenta que son la aplicación de la doctrina kantiana del conocimiento al campo del saber jurídico. Desde Kant se distingue en el conocimiento dos elementos: el *material* que proviene del mundo exterior, y el *formal*, que adopta la mente humana al conocer; al encontrarse ambos surge el conocimiento. Aplicado esto al Derecho: el jurista encuentra *dado* un ordenamiento positivo (elemento material) y

proyecta en él toda la serie de conceptos jurídicos fundamentales que le permiten comprender el Derecho. Del encuentro de ambos surge el conocimiento jurídico. En este saber, el jurista como tal, recibe dogmáticamente el material empírico que proporciona el ordenamiento estudiado y los conceptos jurídicos formales con los que ordena dicho material. Una disciplina más alta, la Teoría Fundamental del Derecho, uno de los capítulos de la Filosofía Jurídica, no se conformará con aceptar en forma dogmática esos conceptos, y buscará su fundamento último.

b) Diferencias con la concepción tradicional del dogmatismo. La ciencia jurídica parece haber superado su crisis adoptando un nuevo concepto de *dogmática* es, pues, importante no confundirlo con el concepto tradicional.

En primer lugar, nos parece que una diferencia esencial entre uno y otro, radica en el carácter incompleto que se asigna al aspecto dogmático hoy, frente al carácter exclusivo que le atribuía el concepto tradicional. Hoy en día, en una u otra forma, los juristas se resisten a limitarse a un estudio puramente dogmático; quieren trascender ese plano, sea que se considere que haciéndolo así dejan de ser juristas y juegan como filósofos, sea que se considere que el jurista *como tal* debe introducir los aspectos existencial y axiológico en su ciencia (Cossío).

En segundo lugar, la dogmática jurídica quiere conocer cómo es el Derecho, sin enseñar cómo debe ser creado, porque esta función de crear normas jurídicas (sean leyes, sean las sentencias judiciales), debe hacerse mane-

jando juicios de valor y teniendo en cuenta en forma inmediata la realidad social para la que se legisla. Esto quiere decir que la Dogmática Jurídica, o la dimensión dogmática de la ciencia jurídica, tiene una finalidad teórica o especulativa, pero no práctica (al menos en forma inmediata).

En cambio, la concepción tradicional, la de la Escuela de la Exégesis por ejemplo, sostenía que el aspecto dogmático contiene todas las posibles consecuencias prácticas encerradas en los textos legales; del estudio dogmático se pasaba inmediatamente a su publicación; de otro modo: la dogmática tenía una función práctica. Según esta Escuela, no existía cuestión que no pudiera resolverse apelando a los textos legales, y la solución que surgiera de ellos sería siempre *justa*. De allí que el juez debiera siempre someterse al imperio de los *textos legales y su* función fuera concebida como mera *aplicación* de la ley. Dice Bonnacase: “Es verdad que los textos de la ley mal concebidos o retrógrados pueden ejecutarse con el auxilio de la fuerza pública, pero constituyen un desafío a la ciencia del Derecho civil, si no se admite que, paralelamente y al margen de ellos, el Derecho continúa viviendo y desarrollándose. La Escuela de la Exégesis descuidó por completo este hecho elemental”.

Dice Recaséns Siches que la tendencia tradicional “más que analizar la naturaleza y estructura de la dogmática jurídica, pretende señalar un ideal de conducta para la jurisprudencia, que ha de fundarse en el Derecho codificado. Por el contrario, cuando ahora se enuncia que la jurisprudencia tiene dimensión dogmática no se refiere

este aserto a una determinada función jurídica en conexión con una cierta obra legislativa, ni tampoco se pretende apuntar un ideal, sino que se quiere destacar un carácter propio de toda jurisprudencia, cualquiera que sea el ordenamiento sobre el cual verse; lo mismo si es consuetudinario o legislativo; igualmente si está legislada por sucesiva acumulación fragmentaria, que si está codificada orgánicamente. Tratase de advertir que es preciso distinguir entre la libre función indagadora de lo más justo –que realiza el legislador creando un determinado orden jurídico, o que puede proponerse la teoría filosófica o la reflexión política– y la función esclarecedora de lo que es Derecho vigente en un momento y Estado determinado, que es lo que compete a la jurisprudencia y a la dogmática jurídica”.

c) *Comparación con la Teología y Geometría.*– El dogmatismo de la Ciencia Jurídica sirve para compararla con la Teología y Geometría.

1) Con la Teología. Recordemos el primer significado del dogmatismo: actitud del jurista que, como tal, se limita a recibir el ordenamiento positivo que estudia sin discutir su valor. Por eso se asemeja a la Teología, ya que el teólogo acepta sin discusión los principios revelados, para aclararlos, exponerlos ordenadamente y desarrollarlos, sin criticarlos. Dogma viene de una expresión griega, que significa *doctrina*, y más exactamente *doctrina fijada*. La necesidad de poner término a las diferentes interpretaciones del cristianismo movió a la Iglesia primitiva a fijar la doctrina revelada por Cristo, labor que se fue realizando a través de los siglos por sucesivos Concilios y definiciones, y que no ha terminado ni puede terminar. Fijada

la doctrina que se consideraba verdadera, aquel que se apartara de esta definición (dogma) era llamado *hereje* (del griego *erúo*, elegir, arrancar), es decir, “el que elige, quedándose con una sola parte de los dogmas”. También el acto legislativo humano, enfocado por la Dogmática Jurídica, es el medio por el cual se pone fin a la divergencia de opiniones sobre la materia legislada.

2) Con la Geometría. En esta ciencia todo el sistema es construido con unos pocos conceptos fundamentales y proposiciones primitivas (axiomas o postulados) que se adoptan para fundamentar aquellos conceptos. Los axiomas deben ser tales que permitan deducir de ellos toda la Geometría. Pero el geómetra no se plantea el problema de fundamentar a su vez los axiomas y conceptos fundamentales, problema que pertenece a la Epistemología de las Matemáticas. Cuando se comparan Geometría y Dogmática Jurídica, se quiere decir que la segunda tampoco puede fundamentar los conceptos y principios primeros del Derecho, sino aceptarlos como dados, dejando a otra disciplina superior la tarea de fundamentarlos.

d) La posición neo-escolástica. La Filosofía Jurídica neo-escolástica forma parte de aquel movimiento de ideas que, hacia fines del siglo pasado, resuelto el problema del Derecho natural en la civilización de Occidente. Frente al positivismo reinante en la época, la filosofía neo-escolástica, agitó, como uno de los temas principales de su programa, el *retorno al Derecho natural*.

Desde este punto de vista, lo fundamental era, para la neo-escolástica, luchar contra las dos corrientes predomi-

nantes en el siglo XIX, el positivismo y el formalismo, negadora del Derecho natural la primera, afirmadora de un *Derecho natural de contenido variable* la segunda (Stammler), y oponer a ellas una doctrina que afirmara el Derecho natural asignándole un contenido más o menos inmutable.

Era lógico, proponiéndose esta meta, que la neo-escolástica observara con desconfianza las tendencias que intentaban, ya a fines del siglo XIX y comienzos del XX, señalar una dimensión dogmática en la ciencia del Derecho. Ya hemos visto cuán trabajosamente las distintas direcciones del pensamiento jusfilosófico moderno, llegaron a elaborar esa noción de *dogmatismo jurídico*. También hemos visto las deformaciones a que puede llegarse atribuyendo a la Ciencia Jurídica una dimensión dogmática negando al mismo tiempo la posibilidad de otras investigaciones que trasciendan el plano dogmático. La neo-escolástica mantuvo firmemente la vinculación que debe existir entre el Derecho positivo y el natural (o, en términos kelsenianos, entre Derecho y política), y en esto estuvo acertada porque, en efecto, el Derecho *debe ser* moralmente bueno, es decir, justo, necesidad que el mismo Kelsen ha reconocido expresamente; pero si, dejando a un lado aquel problema, enfocamos ahora el Derecho tal *como es*, e intentamos determinar la naturaleza de un análisis del *Derecho positivo que es y no del que debe ser*, debemos señalar que la neo-escolástica pasó al lado de este problema sin verlo. Excesivamente preocupada por la moralización del Derecho, descuidó totalmente el problema del Derecho *que es*, es decir, el

Derecho considerado dogmáticamente. De allí que no encontremos en las obras filosófico-jurídicas de la neo-escolástica, una mención especial de dicho problema y, si la encontramos, será una breve crítica al positivismo jurídico por la confusión en que incurre identificando el Derecho que es y el que debe ser.

Sin embargo, pasada la primera etapa de desarrollo de la corriente neo-escolástica, la dirección actual de esa filosofía tiende a conceder un lugar a la consideración del problema del dogmatismo jurídico. Nos interesa citar algunos textos que muestran el interés de filósofos de aquella tendencia por el enfoque dogmático de la Ciencia Jurídica, a la par que el tipo de solución que propician y el sentido que atribuyen al dogmatismo jurídico.

Dice el jusfilósofo español Ruiz Giménez, profesor de la Universidad de Salamanca, que “este es el hondo sentido en que puede y debe hablarse de dogmatismo de la Ciencia Jurídica: no sólo su atenencia a los preceptos y elementos *dados* del orden positivo y de la realidad social, sino fundamentalmente a las piezas que le suministra la Filosofía, a los datos de orden eminentemente racional e incluso –como determinaremos en su momento– a los de índole sobrenatural que proyecta la Teología”.

En otro lugar aclara su pensamiento y dice: “No se agota aquí, sin embargo, la misión del jurista... puede y debe emprender el examen del orden jurídico positivo en que vive, o de otro cualquiera coetáneo o pasado no ya para comprenderle en sus engarces dentro de una sucesión cronológica, como se hace en la Historia, ni para

explicarle causal y generalizadamente en sus conexiones con los demás fenómenos y movimientos sociales, como se hace en la Sociología, sino para entender o interpretar, construir y, en suma, componer en unidad sistemático y coherente el conjunto de normas positivas y sus anexos, resolviendo, en la medida de lo posible y sin daño para el dato imperativamente recibido, las contradicciones que puedan existir, llenando sus lagunas e infiriendo las necesarias consecuencias, no sin esforzarse en acomodar el criterio y las soluciones del legislador a las nuevas circunstancias de hecho que vayan surgiendo en la existencia concreta y que hayan de ser subsumidas en el ordenamiento. Todo esto da base y contenido a otra disciplina –hoy por la mayor parte de los tratadistas aceptada y defendida como meollo mismo de la Ciencia Jurídica *stricto sensu*– y que por respeto a designaciones consagradas podría titularse Teoría del Derecho positivo o Dogmática Jurídica, la cual se servirá, sin duda, de la Historia y de la Sociología jurídicas, pero utilizando sus materiales desde un punto de vista diferente y sometiénolos a su propia ordenación metodológica y a su específica misión, que es –en no verlo está la causa de muchas erróneas concepciones– compleja y de doble faz especulativa y práctica”. Y algunos neo-escolásticos, pero, al mismo tiempo, rectificando sus desviaciones posibles e intentando *enderezarla*, este autor dice que “la Filosofía Jurídica... no puede ni despreciar las observaciones y elementos que le proporcione... la Dogmática Jurídica sobre la estructura, conexiones lógicas, sentido, en fin, de este o aquel sistema concreto, pues, de lo contrario, se perdería

en vaguedades y falacias apriorísticas, de que sus anales están repletos;... Una cosa es que el historiador del Derecho o el jurisperito se abstengan metódica y provisionalmente de consideraciones valorativas para no deslumbrarse con criterios cargados de subjetividad –y en esto puede darse la razón a Kelsen–, y otra, que pretendan desterrarlas y no servir a la acción que, quieran o no, es su destino”.

Otro autor de orientación neo-escolástica, de Chile, Carlos Hamilton, dice: “Los principios vigentes, en la Ciencia Jurídica, no se discuten; simplemente se aplican: es una Dogmática Jurídica. La Filosofía Jurídica, en cambio, juzga el Derecho positivo, según valores justos. Las leyes e instituciones se analizan, se clasifican, definen, sin juicios de valor sobre su contenido u obligatoriedad intrínseca o moral. La Filosofía Jurídica, en cambio, no mira el Derecho positivo sino como un conjunto de normas relativas cuya justificación depende de criterios superiores a la ley y al legislador”. Pero la *Teoría Pura del Derecho* de Kelsen, que, como ya señalamos, ha tenido tanta importancia para la constitución de la Dogmática Jurídica como tal (aunque no sea ella misma Dogmática Jurídica, como también se señaló), no es valorada por Hamilton, quien ve en Kelsen solamente el positivismo jurídico.

En el fondo, la señalada tendencia de la neo-escolástica actual, se aproxima bastante a aquellas concepciones que, partiendo de Kelsen, tratan sin embargo, de superar su planteo meramente positivista. Mencionemos, por ejemplo, a Jaime Perriau, quien nos dice: “En suma, se

trata de ponerse de acuerdo sobre los términos. *En cuanto científicos*, intentamos distinguir, dentro de la masa vastísima de reglas que en todo instante gravitan sobre todo ser humano, a cierto grupo de ellas. Vemos que hay algunas que llevan siempre anejo el recurso potencial a la compulsión física. Es un criterio. Sabemos a la par que se da el valor *justicia* y que descubrir a éste es indeciblemente más sutil, y que se hace con otros ojos, que la muy pedestre de comprobar si ciertas reglas forman parte o no del sistema al que da unidad ese empleo eventual de la *vis coactiva* para respaldar sus reglas. Diremos, entonces: llamamos *derecho* al sistema de esas reglas; y agregaremos que nuestro llamado *derecho* no es ninguna garantía de que, sin más, sea *justo*. Y permítasenos añadir, diría Kelsen, que por lo que nos toca, esas reglas, si son plenamente *injustas*, nos parecen repugnantes, y que consideramos que hay el deber moral de resistirse a ellas y tratar de reformarlas”.

6. Significado del término “Dogmática” en el derecho político actual

Se distinguen en el orden constitucional dos partes: la orgánica y la dogmática.

La parte orgánica es el conjunto de órganos y mecanismos (magistraturas) por medio de los cuales el constituyente ha querido llevar a la práctica los ideales propuestos como fines para la comunidad política para la cual legisla. Ejemplificando, la parte orgánica del Derecho constitucional argentino comprende el estudio de problemas como el de la mutua relación entre los poderes orga-

nizados por la Constitución, el carácter unipersonal o colegiado del Ejecutivo, las atribuciones de cada Poder del Estado, etc.

La parte dogmática expresa los fines últimos que se propone alcanzar la comunidad política, es decir, manifiesta las posiciones políticas, sociales, económicas, en sus últimos fundamentos, que inspiran esa comunidad.

Ya Aristóteles enseñaba que la Constitución de un Estado tiene dos objetivos, el primero señalar los fines que se propone la comunidad, y el segundo organizarla de tal modo que pueda cumplir aquellos fines, estableciendo para ello las magistraturas necesarias y sus recíprocas relaciones. La moderna doctrina, por razones no sólo teóricas sino también didácticas, admite aquella diferenciación. En la Argentina, fue remarcada con energía durante la Convención Nacional Constituyente 1949 por el convencional Sampay, cuya opinión ha influido en las obras posteriores aparecidas sobre Derecho constitucional argentino, donde se utiliza con alguna frecuencia el término *dogmática* en el sentido indicado.

Mientras la Escuela de la Exégesis llama dogmático el método que utiliza para estudiar todo el orden jurídico (si bien, de hecho, lo aplicó fundamentalmente al Derecho civil), el Derecho político actual quiere indicar con esa palabra la parte básica del orden constitucional. Por eso Sampay dice “su parte dogmática, que es donde se asientan los fines a lograr, y que, por tanto, lleva involucrada una determinada concepción del Estado”, y Casiello habla del “enfoque metafísico de la nueva Constitución”.

Es evidente en estos autores la referencia a una “concepción del mundo” o *wel anschuung* (metafísica). Lo mismo diremos de la distinción hecha por Martínez Paz entre técnica y dogmática: “la dogmática se ocupa de aquellos procedimientos de lógica fundamental que nos llevan a poseer y dominar una cierta sustancia intelectual jurídica, el fundamento de los principios, la expresión del programa de los valores sociales de cada colectividad, la técnica en cambio, presupone una representación de los fines sociales y busca los medios adecuados para alcanzar el fin”. Todas estas opiniones coinciden en el concepto de *dogma* como lo define el Diccionario de Pedro Pujol: “Fundamento o puntos cardinales de todo sistema, ciencia, doctrina o religión”.

Una distinción tajante entre parte orgánica y dogmática sería inadmisibles. Porque si consideramos el orden constitucional normativamente, se nos presenta, todo él, como un *todo* sin solución de continuidad. La totalidad del orden constitucional está en relación de continuidad, encadenadas sus normas en la relación de medios a fin. Por ejemplo, consideremos el principio constitucional de la división de poderes: integraría la parte orgánica de la Constitución y, sin embargo, a nadie se le escapa que, pese a ser un medio, es él mismo un fin con valor sustantivo. En materia constitucional, *los medios* cobran un valor trascendente y pueden servir para definir la esencia de un régimen. En el ejemplo citado, es el valor del principio de división de poderes, uno de los elementos definidores de la Democracia.

ETNOLOGÍA JURÍDICA

*Ernesto Eduardo Borga**

SUMARIO

I. La orientación etnológica.- II. Estudio de la organización jurídico-social de los pueblos primitivos.- 1 El método comparativo etnológico.- 2 La organización gentilicia: el parentesco.- 3 La patria.- 4 La tribu.- 5 Confederación de tribus: a) India; b) Persia.- c) Los pueblos que de Asia pasaron a Europa.- III. Etnología jurídica de Post.- IV. Consorcios territoriales.- 1. La marca: territorio común.- 2. El consorcio territorial: organiza-

* Nació el 22 de abril de 1913 en la Plata, Argentina. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, miembro del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social de Buenos Aires, miembro y profesor del Instituto de Jurisprudencia de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de la Plata. Profesor titular interino de Filosofía del Derecho de la misma Universidad. Fue Vicepresidente de la Cámara de la Plata, asesor de menores en el Departamento Judicial de la Capital de la provincia de Buenos Aires, y autor de numerosas obras de Economía y de Filosofía del Derecho.

ción.- a) La organización señorial.- b) Manifestaciones de la relación entre siervo y señor.- c) Jefes y reyes.- d) Condiciones, facultades y responsabilidades de jefes y reyes.- e) La sucesión en el poder.- f) Los grupos de carácter señorial.- V. Los Estados.

I. La orientación etnológica

La orientación etnológica en los estudios jurídicos, aflora como consecuencia de la decadencia del espíritu filosófico en torno al Derecho y como una manifestación del positivismo. Es una, entre otras, de las substituciones de la Filosofía del Derecho, llevadas a cabo para alcanzar alguna unidad, en el pensamiento jurídico. Sus intentos, son semejantes a los del Derecho universal comparado en el sentido que le imprime Kohler, o a la teoría general del Derecho de Merkel, Bierling o Somló.

La jurisprudencia etnológica, encuentra sus máximos representantes, con este sentido de pretender substituir a la Filosofía del Derecho, en Bachofen y Post, pero investigaciones etnológicas sin ella, las encontramos en Summer Maine y Morgan.

Desde luego, que después de la renovación filosófica y el apogeo que en nuestro tiempo alcanzó la Filosofía del Derecho, ya no interesa la orientación dada a la jurisprudencia etnológica, como tal, pues su pretensión es fallida; pero en cambio la cultura jurídica, debe nutrirse siempre del conocimiento de todas las instituciones de los pueblos, pues el científico del Derecho, ha de tener una vasta ilustración del pasado, para alcanzar una

clara comprensión del presente, y una firme anticipación del futuro.

La superposición de culturas como característica concreta de la índole histórica del hombre, es acaso en su conocimiento, lo que lleva a la interrogación de sí mismo, a la cual se llega con evidente retraso en nuestro tiempo, como dice Marías.¹ El hombre de ciencia debe abarcar en su conciencia, plenamente el horizonte, por dilatado que sea, de la realidad que conoce, para evitarse la traición de la inteligencia.

En tal sentido es aleccionador lo que manifiesta Eucken, poniendo de relieve al mismo tiempo el valor ilustrativo de las investigaciones etnológicas: “Con la colaboración de la investigación prehistórica, la etnología y la investigación histórica, el horizonte se ha ensanchado temporalmente, en cientos de miles de años y especialmente a toda la Tierra. Bajo este aspecto verdaderamente histórico mundial, los últimos milenios de la historia europea aparecen como un breve aunque singular relámpago, cuyas repercusiones no pueden apreciarse todavía. Lo que al historiador del siglo XIX le parecía ser el todo o, lo único esencial –estos últimos milenios de Europa–, lo consideramos ahora como parte de un gigantesco todo. Con ello se destacan también con más claridad la ruina, retroceso y superposición de culturas”.²

1 J. Marías, *Introducción a la filosofía*, Revista de Occidente, Madrid, p. 224.

2 Walter Eucken, *Cuestiones fundamentales de la economía política*, Revista de Occidente, Madrid, 1947, p. 66.

II. Estudio de la organización jurídico-social de los pueblos primitivos

1. El método comparativo y etnológico

En la orientación etnológica de los estudios jurídicos, no nos detendremos sino en la caracterización más general y fundamental de los resultados que hemos podido sintetizar de autores que alcanzaron jerarquía como Summer Maine, que produjo abundantes obras sobre el particular, tales como: *Disertaciones sobre el derecho primitivo y la costumbre*, *Lecciones sobre historia primitiva de las instituciones*, *El Derecho Antiguo*, *Las comunidades de Aldea en Oriente y Occidente*, trabajos en los cuales realiza comparaciones de las instituciones jurídicas: indias, romanas, germánicas e inglesas. También la obra de Morgan titulada *La sociedad primitiva o investigaciones en las líneas del progreso humano desde el salvajismo hasta la civilización, a través de la barbarie*,³ la de Giuseppe Carle sobre *La vida del Derecho*; la de E. Post⁴ relativa a los tipos sociales; las investigaciones de Bachofen; los estudios de Fustel De Coulanges sobre *La ciudad antigua*,⁵ etc.

En Inglaterra la orientación etnológica de los estudios jurídicos, tuvo como máximo representante a Summer Maine, quien investiga los orígenes del Derecho privado y público de la Familia, la propiedad y el Estado.

3 Publicada en la colección Teoría de la Universidad Nacional de La Plata, 1935.

4 De la obra de Post existe una versión sintética de José Antonio Torres titulada *La teoría de los tipos sociales*, Ed. Restory y Doeste, Bs. Aires, 1924.

5 Fustel de Coulanges, *La ciudad antigua*, trad. de Ciges Aparicio, Ed. Daniel Jorro, Madrid, 1931.

2. La organización gentilicia: el parentesco

En sus obras sostiene la teoría patriarcal, constatada en las investigaciones de las instituciones de los pueblos primitivos, pues en ellas se manifiesta la preponderancia del varón más fuerte particularmente en las tareas del gobierno, en razón de que todos los que se colocan al amparo de su fuerza están en un pie de igualdad y gozan de su protección. La autoridad y la filiación paterna, caracterizan el principal fin de la antigua legislación india⁶ y la consagración religiosa del derecho paterno, da lugar al culto de los antepasados.

El mantenimiento del culto de los antepasados como principio primordial ético, caracterizan al núcleo primitivo familiar organizado en torno a la autoridad paterna. Luego se extiende en detalles de sus instituciones y particularmente sus costumbres religiosas, jurídicas y prácticas; como así el paso de la sociedad primitiva inferior a la sociedad doméstica que arraiga en el suelo, adquiriendo la propiedad del suelo aunque en forma parcial y rudimentaria. Siguen así las evoluciones de los organismos sociales, hasta el proceso de feudalización en Europa, que consiste en la conversión de la aldea en feudo y la marca en señorío; de ahí a los Estados modernos, sólo hay un paso. Summer Maine tuvo discípulos como McLennan, autor de valiosos estudios: *Estudio sobre historia antigua* y *La teoría patriarcal* (1885).

En Morgan, como en Bachofen, aparece como característica de la primitiva unidad familiar: el matriarcado,

6 Summer Maine, *Derecho antiguo*.

deducido de la imposibilidad de establecer la filiación paterna en un régimen colectivo de unión sexual cuyas distintas organizaciones estudian.

Como dijimos, fue Morgan⁷ el principal sistematizador de esta teoría; impresiona el material abundante y las sugestivas especulaciones del autor en torno a pruebas de formas de organizaciones sociales, costumbres e instituciones jurídicas, que nos resultan remotas; su aporte es importante en este sentido, pero es indudable que en una postura rigurosamente científica que exige una severa demostración de la evidencia de sus conclusiones, no alcanza quizás a satisfacerla por cuanto muchas de sus hipótesis que da como ciertas, permanecen en el terreno de lo indemostrable.

Para este autor el núcleo familiar constituye el elemento activo de la sociedad y el estudio de su organización con base en las distintas formas de unión sexual que predominaban en el grupo –según él– de la técnica y la economía, denotan la influencia de la concepción materialista de la historia y el método preconizado por Carlos Marx en su obra por cuya razón muchas de sus afirmaciones adolecen de la unilateralidad y falta de valor científico de aquella teoría, en la que predominan las tendencias y pasiones propias del ideal político que se persigue.

Este núcleo primitivo de organización, no permanece estacionario, sino que evoluciona aunque en forma muy lenta y en razón de profundas transformaciones sociales y económicas, pero el parentesco se mantiene más firme,

7 Morgan, *Sociedades primitivas*.

cambiando cuando los progresos de la raza permiten el desarrollo de otras formas. Un largo intervalo se sucede al estar a lo referido por esta teoría entre el parentesco uterino (matriarcado) y el parentesco agnaticio. Estas formas han sido estudiadas en naciones salvajes contemporáneas, consideradas posibles, y de cuya observación deduce el autor –no nos hacemos cargo de su valor científico– las formas remotas de la primitiva organización social familiar, que se remonta a un período o época distanciada de nuestros tiempos, en una cantidad superior a tres mil años.

Constituye Morgan la escala ascendente del progreso humano, siguiendo los pasos del hombre, proponiendo una serie de periodos étnicos que divide así:⁸ inferior, medio y superior del salvajismo; inferior medio y superior de la barbarie y estado de la civilización.

Caracteriza el período inferior del salvajismo –a juicio siempre del autor citado– que el hombre vivía en su morada originaria y subsistía a base de frutas y nueces. La adquisición de la subsistencia a base de pescado y el conocimiento del fuego lo elevan al estado medio del salvajismo y pasa al estado superior del salvajismo con la invención del arco y de la flecha. La invención de la alfarería lo eleva al estado inferior de la barbarie, pasando al estado medio de este período con la domesticación de animales en el hemisferio oriental, y con el cultivo a base de riego y el empleo del adobe y de la piedra en arquitectura, en el hemisferio occidental; el estado superior de la bar-

8 Morgan, *op. cit.*

barie comenzó con el trabajo del hierro, alcanzando el período de la civilización con el uso de un alfabeto fonético y la producción de registros literarios, que divide en antiguo y moderno. Manifestando que puede admitirse como equivalente la escritura jeroglífica en piedra. Durante el tiempo transcurrido desde el estudio inferior del salvajismo hasta el moderno de la civilización se han desarrollado, según lo expone el autor, cinco formas de unión sexual en la familia, que domina: la familia consanguínea, la familia punalúa; la familia sindiásmica, la familia patriarcal y la familia monógama. Como se puede observar discrepa con Summer Maine en cuanto a que la forma patriarcal no es originaria, habiendo sido precedida por tres formas diferentes.

La evolución y los tránsitos de una forma a otra de familia u organización social, son provocados y presididos por una cuestión económica, destacándose así el tránsito del matriarcado al patriarcado, por la domesticación de los animales y la invención de la agricultura, con lo que la propiedad suma grandes valores haciéndose necesaria la organización de la familia en base firme y fuerte, para defender y mantener la producción.

De ahí la necesidad que el varón, que es más fuerte y no sufre los inconvenientes del embarazo y de la lactancia, adquiriera una autoridad absoluta dentro de la familia; lo que aseguraría la unión de ésta, su protección y progreso.

Así surge la autoridad del *paterfamilia*, cuyas características pueden ser estudiadas tal cual se manifiesta en

Roma; y que son presentadas en forma completa en la obra de F. Coulanges,⁹ bajo esta organización, el núcleo familiar primitivo da lugar a formaciones sociales construidas a su imagen y semejanza; *fatrias* y *tribus*, formaciones preferentemente étnicas; luego se forma la confederación de *tribus*, dando lugar a la nación, hasta que por último aparece la ciudad, asentada sobre la idea de territorio y ciudadanía, con el pago de impuestos para la organización militar, ciudad que se dividía en distritos territoriales que servían para el reclutamiento del ejército y el pago de los citados impuestos. Con esto ha aparecido la organización social, de carácter familiar denominada *gens*,¹⁰ y describe como típicos de la misma los siguientes privilegios y obligaciones: Primero: el derecho de elegir su *sachem* (cacique) y jefes. Segundo: el derecho de deponerlos. Tercero: la obligación de no casarse dentro de la *gens*.¹¹ Cuarto: derechos mutuos de herencia en los bienes de miembros fallecidos. Quinto: obligaciones recíprocas de ayuda, defensa y desagravio de ofensas. Sexto: derecho de adopción de extraños en la *gens*. Séptimo: derecho de adjudicar nombre a sus miembros. Octavo: ceremonias religiosas comunes. Noveno: cementerio común. Décimo: consejo de la *gens*.

La organización se caracterizaba en consecuencia por la presencia de esta estructura jurídica compuesta de

9 Fustel de Coulanges, *op. cit.*

10 Según lo expresa Morgan, *op. cit.*, *gens*, *genos* y *ganans*, en latín, griego y sánscrito tienen todos por igual el significado primario de parentesco; contienen lenguas descendencia común de los miembros de una *gens*.

11 Sobre si la *gens* era endógena o exógena, existe una larga controversia de la que participan caracterizados historiadores y etnólogos. La opinión que prevalece se inclina hacia la exogamia de la *gens*.

derechos y obligaciones, al par que de deberes morales y religiosos, en los cuales se amparaban derechos individuales de los miembros de la *gens*. Corresponde que siguiendo la exposición de Morgan, hagamos un somero estudio de las características de tales deberes, derechos y obligaciones, de esta primitiva organización social, cuya existencia se halla demostrada al punto que de la misma nadie duda ya, aun cuando no se trate de llevarla a un período tan remoto como pretende Morgan.

Considera Morgan la *gens* como un cuerpo de consanguíneos que descienden de un antepasado común, distinguidos por un nombre gentilicio y ligados por afinidad de sangre. De sus investigaciones genético-comparativas deduce esta forma universal del primitivo núcleo social, que comprende solamente una mitad de tales descendientes. Allí donde la descendencia se sigue por la línea femenina como lo era universalmente en el período arcaico, la *gens* estaba compuesta por un supuesto antepasado femenino y sus hijos, juntamente con los hijos de sus descendientes a perpetuidad y cuando la descendencia sigue la línea masculina –a la cual pasó después de la aparición de la propiedad en masas– de un supuesto progenitor varón, y sus hijos juntamente con los hijos de sus descendientes varones a perpetuidad, el apellido de la familia aun entre nosotros es una supervivencia del hombre gentilicio, con descendencia en línea masculina y transmitiéndose de la misma manera. La *gens* en su estructura íntima jurídica, acuerda derechos y privilegios a sus miembros y les impone obligaciones, constituyendo el conjunto de estas expresiones normativas el *jus gentili-*

*cium*¹² los cuales son: Derecho de elegir *sachem* (cacique) y jefes; y de deponerlos; obligación de no casarse dentro de la *gens*; derechos mutuos de herencia de los bienes de miembros fallecidos; obligaciones recíprocas de ayuda, defensa y desagravio de ofensas; el derecho de adjudicar nombres a sus miembros; el derecho de adopción de extraños en la *gens*; ceremonias religiosas comunes, cementerio común y consejo de la *gens*.

Explicando los detalles de cada uno de estos derechos y obligaciones hace Morgan una extensa exposición que nosotros sintetizaremos en sus fundamentales rasgos. Respecto del *sachem*, éste es el jefe civil que preside la organización de la *gens* en tiempo de paz, pues los asuntos militares están en manos del jefe, quien en caso de guerra ocupa el primer plano, sin que desaparezca el *sachem* que queda relegado con sus asuntos civiles a un plano de segunda importancia por razones fáciles de comprender. Tanto el *sachem* como el jefe son elegidos por los miembros de la *gens*; pero el primero era hereditario, con algunas restricciones, mientras que el segundo era otorgado en miras de méritos individuales; y la elección compuesta por los sufragios de varones y mujeres adultas. Después de la elección, los elegidos necesitaban la confirmación o la toma de posesión del cargo que otorgaba la tribu, y en su defecto quedaba anulada la elección. El alto Consejo de la tribu, con referencia a la posesión de cargos, sólo se convocaba para la de *sachem* y en esa oportunidad se exaltaba el cargo a los jefes elegidos, los cuales

12 Morgan, *Sociedades primitivas*, t. 1, ed. por la Universidad de La Plata, Colección Teoría, p. 116.

nombrados por la *gens*, esperaban convocatoria para la confirmación del *sachem*.

El cargo de sachem como vimos, hereditario, era en consecuencia vitalicio; pero condicionado tal carácter a la buena conducta. Podía ser depuesto por la *gens* y por la tribu, esta última aun sin consentimiento de la *gens*. Derechos éstos de deposición que mantenían la superioridad de los gentiles sobre su *sachem* y jefes.

El *sachem* en el desempeño de su cargo tenía funciones paternas, por ello muchos le han llamado Padre, Rey y Sacerdote;¹³ que en esta función paternal unía su autoridad y la jefatura de las ceremonias del culto que presidía con los jefes y con el núcleo de “*Custodios de la Fe*” que veremos oportunamente.

El régimen de unión sexual establecido caracterizaba –según Morgan– a la *gens* como exógama; pues estaba prohibido el casamiento entre hermanos, norma observada rigurosamente, con la única excepción establecida en una época muy posterior, a juicio del autor fundada en razones económicas y ligada a la herencia también en una forma ya evolucionada; por cuyas razones se permitió el casamiento de la hija huérfana dentro de la *gens* para evitar que salieran de la misma los bienes heredados por ésta de sus gentiles ascendientes inmediatos.

13 Morgan discrepa en la designación de rey, alegando que los pueblos primitivos no alcanzaron aquella expresión, reñida con su esencial organización democrática. Ya veremos más adelante, insistiendo sobre el punto, que Morgan no tiene razón. Están en su contra los estudios de la antigüedad realizados por Carle, Fustel de Coulanges y Woodrow Wilson, que admiten la designación de rey, aunque en una época más avanzada ya, en la cual tampoco Morgan la admite.

La cuestión de herencia y los llamados con vocación para suceder en los bienes del difunto apareció cuando tales bienes adquirieron importancia. En los primeros tiempos se practicó una forma rudimentaria y primitiva, que establecía exclusiones y la manera de dividir el acervo hereditario. Así en el período inferior de la barbarie, tal cual lo establece Morgan, si bien el valor de los bienes era escaso y como más importantes resultaban los derechos de posesión a viviendas comunes y huertas, los efectos personales de valor se enterraban con el difunto y los bienes del causante eran distribuidos entre los gentiles del mismo, porque los bienes debían quedar en la *gens*, pero para todos sus miembros; forma de heredar que subsistió hasta los tiempos de Solón, en cuya época sólo subsistió esta forma para las sucesiones intestadas. Sintetiza Morgan en tres etapas fundamentales, las formas de suceder en los bienes de un miembro fallecido de la *gens*. Primero: que sean distribuidos entre los gentiles del dueño, fallecido, de los bienes, regla preponderante en el estadio inferior de la barbarie, y hasta donde se puede rastrear en el estadio inferior del salvajismo. Segundo: que los bienes sean distribuidos entre los parientes agnados del extinto, con exclusión de los demás gentiles; forma que se manifiesta en germen en los últimos tiempos del estadio inferior de la barbarie, afianzándose en el estadio medio de la misma etapa. Tercero: que los bienes sean heredados por los hijos del dueño, fallecido, con exclusión de los demás agnados; forma que se afianza como regla en el estadio superior de la barbarie.

Todo cuanto se encuentra a cargo hoy del Estado, respecto de la protección de la persona y la propiedad, estaba a cargo de *gens*, fundada en el parentesco, por cuyo conducto, cualquier ofensa o ataque a un miembro de la *gens*, era un ataque a todos los miembros y a la *gens* misma. Existen interesantes ejemplos en la aplicación de estos principios que no se reducen a una forma rudimentaria de Derecho penal, sino a otros aspectos predominantes por su número que corresponderían luego al Derecho civil, regular en forma de responsabilidad individual, cuando se establece esta forma de responsabilidad, en substitución de la responsabilidad colectiva o del grupo, con la exaltación del sujeto a la categoría de unidad primaria del orden jurídico. Menciona Morgan tomándolo de otro autor, el hecho de que condenado un miembro de la *gens* a indemnizar daños, corriendo peligro de quedar en la indigencia, los parientes debían contribuir a la indemnización; en ciertas tribus, la muerte de un hermano o un hijo impone a los miembros de la *gens* del fallecido, la abstención de buscar alimentos por varios meses, los que les son alcanzados a los mismos por los parientes y afines. El que se trasladaba de un lugar a otro no podía dejar a un extraño la posesión de su tierra y vivienda común, sino que debía dejarlo a los afines gentilicios; el que iba de un pueblo a otro no podía vender lo que tuviera, sino dejarlo al pariente más cercano. Otro ejemplo que cita Morgan, tomado de Garcilaso de la Vega, afirma que cuando el populacho o clases vulgares se casaban, las comunidades de pueblos, tenían la obligación de construirles vivienda. Debiendo entenderse –siempre a

lo expuesto por Morgan— como comunidades de pueblos, la *gens*, *fatrias* y *tribus*, con lo cual la vivienda debía ser proveída por los gentiles.

En materia de Derecho penal, el modo característico del castigo era la *vendetta*; forma primitiva de amplio y universal imperio, que precedió al establecimiento de tribunales, para enjuiciar a los criminales, según las leyes preexistentes, en una época muy posterior de la sociedad gentilicia, pero antes de la institución de la sociedad política. El castigo del criminal se presentaba como una obligación de la *gens*, de vengar la muerte del miembro de la misma, y tuvo una evolución escalonada: desde la persecución pura y simple y la muerte despiadada del autor, sin establecer contacto con los miembros de la *gens* del victimario, hasta el contacto de consejos nombrados para ello, que arreglaban las formas en que había de ser vengada la muerte de un miembro de la *gens*, que podía hasta ser redimida por obsequios de valor, entregados por los miembros de la *gens* del victimario, a la de la víctima. Si no había acuerdo entre los consejos de ambas *gens*, la de la víctima designaba uno o varios de sus miembros, que tenían por misión perseguir al delincuente, o descubrirlo, si se ocultaba y darle muerte inmediata, lo que no autorizaba ningún reclamo de la *gens* del que era miembro, pues se consideraban plenamente satisfechas las exigencias de la justicia.

Las formas de solidaridad impuestas como obligación a todos los miembros de la *gens*, se exteriorizaban en una serie de particulares exigencias de amparo y protección por el grupo, al miembro gentilicio caído en desgracia.

El nombre trasuntaba la pertenencia del individuo que lo llevaba, a determinada *gens*, pues los nombres debían elegirse de entre los que la *gens* disponía en propiedad. Al nacimiento del hijo, la madre elige uno de estos nombres, fuera de uso y de conformidad con los parientes más cercanos. Se lo da al niño, pero éste no queda completo, hasta que no se anuncia su nacimiento y nombre en el consejo de la tribu, con el nombre y *gens* de su padre. El consejo autorizaba el uso del nombre de un miembro muerto por su descendiente. El nombre se podía cambiar, generalmente se adoptaba un nombre para la niñez y al entrar a la edad adulta se cambiaba por otro, lo cual en los varones se señalaba como alguna hazaña realizada en el campo, o cuando se contraía alguna enfermedad grave. El *sachem* cambiaba su nombre al ser elegido para el cargo. Una persona adulta podía cambiar de nombre si lograba que un jefe anunciara el cambio al consejo. Una persona con el dominio de otro nombre como el hijo mayor de su padre fallecido, podía prestarlo a un miembro de otra *gens*, pero a la muerte de éste, volvía a la *gens* de origen.

En la primitiva organización social, la *gens* no conoció la esclavitud, hasta el estadio superior de la barbarie—según el autor que estudiamos— y los prisioneros de guerra eran condenados a morir o adoptados. Respecto de las mujeres y niños tomados a tribus vecinas se adoptaban siempre, ocupando el lugar de hermano o hijo, según fuera la relación del que adoptaba. Desde el momento de la adopción se le consideraba como nacido en la *gens* y hasta frecuentemente ocupaban el lugar de algún miem-

bro fallecido de la *gens* adoptante, para cubrir las bajas de la guerra o de alguna epidemia.

La *gens* fue la cuna y el centro de crecimiento de los cultos religiosos. Tuvo lugar destacado en la primitiva organización social y fue llevada a formas de superior evolución en Grecia y Roma. Estos cultos estaban a cargo de un núcleo de varones y mujeres, que formaban los “*Custodios de la Fe*”, que presidían el *sachem* y los jefes; correspondiendo especialmente a las mujeres la preparación del festín, como parte de tales oficios religiosos.

Poseían un cementerio común, donde sepultaban los cadáveres una vez que expuestos a la intemperie en andamios habían perdido totalmente la carne; procediendo a colocar los huesos en una barrica; colocándolos separadamente los de una *gens* y otra, pues era prohibido mezclar restos de un miembro de una *gens* con los de otra. Las ceremonias y tareas del enterramiento están a cargo de los miembros de otra *gens* que la del fallecido, pues el duelo afecta a todos los miembros de esta última y se abstienen en estos momentos de tal tarea.

A juicio del autor citado “el Consejo fue el rasgo destacado de la sociedad antigua asiático-europea y americana, desde la institución de la *gens*, en el salvajismo hasta el nacimiento de la civilización”.

Era el organismo de gobierno de superior autoridad tanto en la *gens*, como en la tribu y la confederación, cada cual disponía del suyo para los asuntos de interés general. “La forma inferior y más sencilla del Consejo era la del Consejo de la *gens*; asamblea democrática, porque

todo adulto varón o mujer tenía voz sobre todos los asuntos sometidos. Elegía y deponía el *sachem*, y los jefes, elegía los *Custodios de la Fe*, condenaba o vengaba la muerte de sus gentiles y adoptaba individuos en las *gens*. Era el germen del Consejo más alto de la tribu y del todavía más elevado de la confederación, cada uno de los cuales era compuesto exclusivamente, de jefes, como representantes de las gentes”.

3. La patria

La patria es la organización de carácter preferentemente familiar que sigue a la *gens*, en la escala de su evolución hacia más amplias formas, comprensivas de las necesidades del primitivo núcleo social, pero sin que ello signifique que la una substituya a la otra, sino que coexisten con funciones propias, específicas y excesivas.

La patria surge como consecuencia de la agrupación de varias *gens*, con un parentesco remoto común. Es predominante en ella, al lado de su carácter familiar, su aspecto religioso. Carece de fundamentales funciones de gobierno si bien tiene voto –afirmativo o negativo– en la elección de *sachem* y jefes de la gente que la componen, y una serie de funciones de carácter administrativo, aparte de las de obligada solidaridad en la ofensa, el crimen, el dolor y la desgracia.

Generalmente las patrias eran organizadas simétricamente, en cuanto al número que comprendían de gentes y miembros; la organización provenía de la subdivisión de alguna *gens* numerosa, que al formar nuevas *gens*, conservaba el vínculo de parentesco, no obstante que las gen-

tes que se agregaban adoptaran un nombre propio. En común, formaban la patria compuesta de cuatro *gens*, por ejemplo, y cada *gens* de cien miembros; esta organización simétrica, se presentaba con caracteres de necesidad en la legislación primitiva, por la circunstancia de que estaba previsto el crecimiento desproporcionado de determinadas gentes, frente a la disminución de otras, por la guerra o la peste, en cuya ocasión se procedía a reorganizar las gentes nivelando el número de sus miembros. Cuando lleguemos al estudio de la tribu podemos presentar el cuadro completo de las organizaciones que caracterizan la vida social del primitivo grupo; partiendo de la *gens*, pasando por la patria, llegando a la tribu e inmediatamente veremos también la confederación de tribus; formas todas que practicaron los pueblos primitivos —a juicio del autor— antes de alcanzar la *civitas*, o sea la organización política fundada sobre el territorio y la soberanía, que substituye a la *societas*, o sea la forma de organización preferentemente social fundada en el vínculo de parentesco y la vida familiar.

Manifiesta el autor, que la identidad de la organización de los pueblos primitivos, sólo se refiere a su estructura social, religiosa, jurídica y en su oportunidad política, respecto de las características fundamentales; pues en detalles variaban según las costumbres y circunstancias de los pueblos que las practicaban, particularmente en lo que se refiere al número de miembros, la peculiaridad de sus cultos religiosos; el lugar o zona en que vivían, no obstante la vida nómada de los primeros tiempos, el clima, etc. Pero nuestro autor, sostiene la tesis de acuer-

do con las conclusiones y convicciones a que lo llevan las pruebas obtenidas por medio de este método de investigación de carácter genético comparativo, que tales formas debieron presentarse en forma universal, admitiendo sin embargo, la probabilidad de contacto entre las tribus distintas que habitaban la tierra, y por ende la imitación o copia de las instituciones. Presentadas así como evidentes y necesarias, tales organizaciones en cuanto a su origen y desenvolvimiento y la revelación de identidad que demuestra su estudio comparado, se presenta en la teoría la pretensión de ser el criterio de unidad, raíz y fundamentación de todas las instituciones en un proceso de espontáneo desenvolvimiento con las cuales se entronca la sociedad política de los primeros tiempos, e incluso se afirma que en tales instituciones primitivamente sociales y políticas, se encuentra el germen de todas las instituciones actuales de los pueblos civilizados, aun cuando su estudio se detiene en la organización de Grecia y Roma, porque no realiza, como veremos luego hacer a Post, investigación de las instituciones de todos los tiempos, con este método de preferente orientación etnológica, genético comparativa.

Las gentes pertenecientes a una misma patria, se consideran hermanos entre sí; y primos de los miembros de las otras patrias. El matrimonio entre miembros de la misma patria está prohibido, vale decir, como la *gens*, la patria era exógama, por lo menos en los primeros tiempos, lo que demuestra el parentesco existente entre los miembros de las gentes que formaban una patria. Más adelante esta prohibición decayó, lo cual podría conside-

rarse lógico de acuerdo con las costumbres, por el hecho de haberse hecho remotísimo y hasta ficticio el parentesco entre los miembros de las gentes de una misma patria, después de la nivelación de los mismos con el intercambio de miembros de las patrias que crecían y se multiplicaban con aquellas que habían sido diezmadas por las calamidades de la guerra o de la peste.

No obstante la conversión a la endogamia de la patria, la gens permaneció exógama. La patria no tenía un jefe o cabeza visible, no obstante que en esto se aparta la organización de las patrias de Grecia y Roma, en cuyas ciudades subsistía aún, después de la aparición de la organización política, como una organización familiar, pero con funciones públicas, ya que cuidaba de la descendencia y anotaba la ciudadanía.

4. La tribu

Es la tribu la más alta organización social, jurídica y política de los primitivos pueblos, que alcanzaron la organización en gentes y patrias; ya que la confederación era una organización de carácter político para asuntos de interés general como la defensa y la conducción de la guerra.

Las tribus se formaban con la reunión de gentes y patrias y esta alta organización hubiera podido existir, sin la etapa media gubernamental. Era más de carácter social y religioso, ejerciendo funciones que hacían más a la familia, tal cual se organizaba entonces, atendiendo así más a sus manifestaciones sentimentales y velando por su integridad.

Las tribus se multiplicaron en virtud de la creciente necesidad de alimentos y la expansión de la *gens*. Cuando escaseaban los alimentos de determinada región se desprendían núcleos de tribus, por partes, de cada *gens* y patrias y en total la nueva tribu, emigraba del paraje y se instalaba luego en un lugar distante, que creía apropiado para subvenir a las necesidades de alimentos y vestidos. Pero con ello –afirmaba el autor– no quedaba diferenciada del núcleo que le sirviera de origen, conservando su dialecto y con ello se identificaban los núcleos de un tronco común. La segmentación de las tribus, con su organización independiente, permanecieron identificables así por el dialecto, pero cuando aparecían diferencias al respecto, la tribu ya no se identificaba con la de su tronco común y cuando el azar las ponía en contacto nuevamente, hasta se hacían la guerra. Así explican muchos la guerra entre griegos y troyanos, fundados en que es muy probable que en tiempos remotos existiera una tribu de la cual ambos resultaran segmentos comunes. Separados por el territorio y las costumbres; habiendo perdido las afinidades de dialecto del tronco común, al ponerse en contacto no reconocieron tales antecedentes, estableciéndose el estado de guerra; hipótesis de carácter etnológico, que no excluye todos los demás motivos circunstanciales y de la época, que refiere la *Ilíada* y la *Odisea*, para que se llegara a tal estado de guerra. Por lo demás tampoco es ajena a esta teoría, de ser cierta, la invasión de los bárbaros y la destrucción del imperio romano, por bandos en lucha, que tuvieron un origen común de nacimiento, raza y convivencia en el Asia, a su turno, en la meseta de

Pamir y que fueron las últimas en emigrar a Europa –ya veremos cómo y por qué– estableciéndose en distintos lugares del continente, habiéndose desarrollado en forma dispareja una cultura rica en los romanos y un estacionamiento de las primitivas costumbres evolucionadas lentamente en los germanos que habiendo ocupado el norte, emigran hacia el centro de los grandes acontecimientos, provocando la guerra y la destrucción, frente a los descendientes de tribus que reconocían un tronco común, pero del cual estaban distantes ya en varios cientos de años; lo cual debilita en mucho la hipótesis de los caracteres de verosimilitud que pueda ostentar.

La segmentación de las tribus era considerada un proceso natural que no daba lugar a violencias, ni a ser considerado como un desgarramiento indeseable. Era un proceso lógico de separación, en virtud de las necesidades que imponían el crecimiento de la población de la tribu y la escasez de alimentos y vestidos.

Las funciones y atributos de la tribu –dice el autor–, la caracterizan como organismo independiente y superior. Dichas funciones y atributos eran los siguientes, comentados brevísimamente: la posesión de un hombre y un territorio delimitado dentro de la extensión que recorrían cazando y pescando; separado de las otras tribus, por una extensa zona que ninguno pretendía –tierra de nadie–. Lo que consideraban su territorio era defendido con celo, y a las incursiones de tribus extrañas en el mismo, seguía necesariamente la guerra. Las tribus se identificaban por un nombre, que elegían al azar de sus usos, costumbres, parajes, etc.

Cada tribu poseía un dialecto, que como vimos permitía la identificación de los segmentos que se segregaban de la misma. Era derecho exclusivo de la tribu investir del cargo a los *sachem* y jefes elegidos por las gentes, como vimos oportunamente, e incluso si bien la gens, podía elegir y deponer sus *sachem* y jefes, la tribu tenía la facultad de deponerlos aun contra la voluntad de la *gens*.

Tenían un culto que se exteriorizaba en la adoración de objetos simbólicos, y la realización de danzas y fiestas religiosas; habiéndose alcanzado en algunas tribus, a concebir la existencia de un Gran Espíritu y un Mal Espíritu, en constante lucha, la inmortalidad del alma y la creencia en una vida futura.

La danza religiosa alcanzó una insospechada variedad, siendo profundamente estudiada y hábilmente ejecutada; hubo tribus que poseyeron hasta treinta danzas distintas, siendo algunas consideradas patrimonio exclusivo de determinadas *gens*.

La tribu era gobernada por un Consejo de jefes, que eran los jefes de las gentes. Cuando deliberaban, lo hacían en medio del pueblo, en forma franca y de acuerdo con las influencias populares, pues el principio vitalicio tenía su freno en la deposición que se reservaba la *gens* y la tribu respecto de ellas. La sesión del Consejo era una especie de asamblea en la que todos tenían voz, incluso las mujeres, que podían hacerse oír por medio de un orador, pero el Consejo era el que resolvía. Sus asuntos eran de interés común y de la tribu. Tenía facultades para

declarar la guerra y hacer la paz, enviar y recibir embajada y concertar alianzas.

Según lo expresa Morgan, algunas tribus reconocieron a uno de los *sachem* o jefes del Consejo, como jefe supremo, frente a las necesidades de una cabeza visible de la tribu, cuando el Consejo estaba en receso y asuntos urgentes reclamaban una solución, aun cuando más no fuera provisoria y *ad referéndum* del Consejo; pero que era necesario que alguno la tomase en su nombre. No alcanzaba nunca a la calidad de un magistrado ejecutivo, afirmando que la designación de reyes por algunos autores, a estos jefes, no es más que una caricatura. La tribu subsistió así sin variantes mayores, hasta la aparición de la sociedad política.

5. Confederación de tribus

La confederación de las tribus era una etapa lógica del proceso de organización social, que se superaba en atención a las exigencias de la creciente expansión de las primitivas gentes y la generalización y permanencia de problemas que afectan a todas las tribus, y que las provenientes de un tronco originario, tratan de resolver en común. De estas necesidades merece destacarse como principal propulsora, la guerra. Por otra parte, no era una forma difícil de concebir, pues resultaba del mismo proceso en que las gentes se habían agrupado en tribus. Permanecía en la confederación, aquel constante elemento del vínculo: el parentesco remoto, pero real de común origen, que se mantenía vivo como una manifestación delimitativa de la extensión de los miembros de la confe-

deración, que eran los dialectos de la lengua común, y la vida desarrollada en territorios, cercanos unos de otros. No había –dice Morgan– medio posible de vincularse en igualdad de condiciones, con una confederación, sin vinculación gentilicia de tribu y lingüística.

Los caracteres generales de la confederación eran una unión de cinco tribus, compuesta de gentes comunes, con un gobierno a base de igualdad; manteniendo cada tribu su independencia en todo lo concerniente a la autonomía local. Creaba la misma un Consejo general de *sachem*, limitado en número, iguales en rango y autoridad, e investido de supremas facultades para todo lo concerniente a la confederación. Fueron creados a perpetuidad –dice hablando siempre de la confederación iroquesa– cincuenta cargos de *sachem* en determinadas gentes de las diversas tribus; pudiendo dichas gentes llenar las vacantes, cada vez que se produjeran, mediante elección entre sus propios miembros, y deponerlos del cargo con causa justificada; pero el Consejo general se reservaba el derecho de investir a estos *sachem* en sus funciones. Los *sachem* de la confederación eran a la vez, *sachem* en sus respectivas tribus, y juntos con los jefes de estas tribus, constituían el Consejo de cada una respectivamente, el que era supremo en todos los asuntos que pertenecían en forma exclusiva a la tribu. En el Consejo de la confederación era esencial la unanimidad para todo acto público. En el Consejo general los *sachem* votaban por tribu, lo que daba a cada una un voto negativo sobre las otras. El Consejo de cada tribu tenía facultad para convocar el Consejo general; pero éste no tenía facultad para convo-

carse a sí mismo. El Consejo general estaba abierto a los oradores del pueblo para el debate de cuestiones del orden público; pero el Consejo por sí solo, decidía.

La confederación –continúa Morgan– carecía de magistrado o supremo o cabeza oficial. Pero advertidos por la experiencia de la necesidad de un comandante militar general, crearon el cargo en número dual, de manera que uno neutralizara al otro. Los dos jefes principales de guerra eran iguales en autoridad.

Después de comentar brevemente cada una de estas características de la federación, manifiesta Morgan que la etnografía india, los asuntos de importancia principal son la *gens*, la patria, la tribu y la confederación: “Ellos muestran la organización de la sociedad. Les siguen la tenencia y funciones de los cargos de *sachem* y de jefe. Las funciones del consejo de jefes, y la tenencia y funciones del oficio de jefe principal de guerra”.

Después de haber estudiado todas las instituciones que acabamos de ver, en las tribus de iroqueses, haciendo Morgan citas de las demás tribus que las practicaron, llega a afirmar –como vimos– su existencia universal, en la antigüedad. Considera la primitiva organización social de Grecia y Roma, cuyo estudio nos vemos obligados a seguir a fin de no dejar trunca su exposición, precisamente donde la teoría cobra el mayor interés, ya que en tales pueblos se opera el cambio de la antigua organización social, por la organización política, estableciendo el germen de las instituciones actuales en el hecho cierto de su aparición y las circunstancias que hacen que no parti-

cipe del carácter familiar y social de la organización anterior.

Pero antes, a fin de establecer unidad en la exposición de las características de los dos pueblos que contribuyeron grandemente a la creación de la civilización occidental, destacando sus orígenes y el núcleo central común del cual partieron las tribus que emigrando de este punto de origen poblaron gran parte del Asia y Europa, veamos cuál es este punto de origen.

A juicio de los historiadores,¹⁴ la meseta de Pamir en Asia es el punto de origen y partida de una serie de pueblos, que siguiendo distintas direcciones fundaron sendos centros de civilización, donde lograron establecerse definitivamente, después de este tránsito por el territorio asiático.

Atribuye Carle a estos pueblos la primera tradición jurídica, aun cuando admite la posibilidad de que la practicaran otros antes, sospecha confirmada como hemos visto con las investigaciones de Morgan, referentes a los pueblos australianos y americanos.

Todos estos pueblos participaban de una misma sangre, hablaban la misma lengua y tenían creencias, costumbres y tradiciones comunes, como así también una organización social similar en todos ellos, del carácter de las que vimos anteriormente y cuyos detalles diferenciales expondremos enseguida.

14 Carle, *La vida del Derecho*.

La división de estos pueblos, nos autoriza a pensarlo de este modo; la explicación de la segmentación que hiciera Morgan, se habría producido acaso, por la escasez de alimentos como así el crecimiento constante de la población, aun cuando es de fundamental importancia y acaso también motivó que la haya decidido, las divergencias producidas respecto de sus creencias y cultos religiosos, lo que quizá haya sido decisivo en la segmentación y su diferenciación posterior.

En este primitivo núcleo central, se encuentran los arios cuya organización social en *gens*, *fatria*, *tribus* y *confederación de tribus*, es evidente, dadas las características expuestas por los autores que les asignan distintos nombres, como veremos en Carle, que denomina al primer núcleo, grupo patriarcal en el cual es cabeza, aparece como padre, rey y sacerdote, por las funciones que desempeña. Es el jefe civil o *sachem* de la *gens*, descrita anteriormente, el que tiene funciones paternas; compone el consejo de la tribu en representación de su *gens*; y llamándosele rey, por las funciones administrativas que tiene, aun cuando nunca hubiera asumido funciones verdaderamente ejecutivas; presidiendo también las ceremonias del culto.

Esta primitiva organización social, como bien observa Carle, no puede ser comparada con el Estado, pero llena en aquella época, lo que aquél en la vida de la posterior organización política. También denomina Carle observando el núcleo de oriente, comunidad de pueblo, al mismo destacando en él un Consejo de ancianos, el cual no sería otro que el Consejo de la tribu o la confederación

de las tribus, formas a las que habían llegado los pueblos de Asia, asentados en torno a la meseta de Pamir.

La convivencia social organizada en esta forma –dice Carle– tiene un carácter familiar jurídico y religioso; el poder que ejerce el *sachem* o el Consejo participa de los caracteres paternales, familiares y políticos. Está tan arraigada la convicción de la generalidad de esta organización social originaria que añadimos a las citas de los autores que hemos hecho antes, los que cita Carle en la página 51 de su obra citada, como: “Laveleye: *La propriété et ses formes primitives*”, prueba la analogía entre el *mir* ruso, la marca germánica y el *allendem* suizo y Freedman no duda en afirmar que el yevos ateniense, la *gens* romana, la *marca* teutónica, la comunidad del pueblo en Oriente y el clan irlandés, son en esencia la misma institución que toma forma y apariencias diversas, “*Compartive politics*”. Lo cual hemos podido a nuestra vez confirmar nosotros a través de las opiniones de Morgan, Carle, Moreta y Wilson.

Siendo ejecutiva y judicial a la vez, ya que la diferenciación de funciones no aparece en esta primera etapa de la organización social. La ley –continúa Carle– tal como la conocemos hoy, desde luego no existe entonces, pero en su lugar existen ciertas reglas tradicionales que se custodian y transmiten de generación en generación auxiliándose casi siempre del ritmo y del verso; componiendo el cuerpo de leyes, las órdenes y mandatos del cabeza, las decisiones y juicios arbitrales (particularmente entre tribus la reparación y venganza en el homicidio) de los ancianos o Consejos y, por último, las costumbres instin-

tivas e inconscientes de la multitud “todos los cuales elementos entrelazados con variedad unos con otros, acaban por formar una misteriosa y arcana tradición, aun para los mismos que contribuyeron a darle origen”. La citada tradición llega a considerarse como de origen divino, y por haberse manifestado así en el pasado, debe usarse como norma del presente, sin que de manera alguna pudiera considerarse mutable, lo que demuestra el apego a costumbres antiquísimas.

Expresa Carle que este núcleo de instituciones se fue desarrollando de muy distinta manera, cuando los pueblos abandonaron su asiento primitivo, o por su índole esencialmente transmigradora, o por diversiones religiosas que surgieron en su seno, tomando direcciones distintas, estableciéndose unos en la India, otros en Persia y otros por último, llevaron estos primeros ensayos de instituciones sociales del Oriente a Occidente; de Asia a Europa.

Todos estos pueblos son para Carle de origen ario, y los primeros en desprender del núcleo central originario son aquellos que se instalan en la:

a) India

Al separarse los arios divididos por divergencias de carácter religioso, una de las corrientes, se situó en la península del Ganges, conservando los rasgos fundamentales de su organización social durante el período denominado *védico*; pero gestándose durante el mismo el germen de profundas transformaciones que caracterizan el período posterior, y que se insinúa en los efectos del clima

y la naturaleza, la división del trabajo, la lucha por la supremacía de las clases que se iban formando, que se plasma luego en la organización en castas, con la supremacía de la casta sacerdotal cristalizada en la constitución brahmánica, que detiene de esta suerte el espíritu creador de un pueblo dotado para una acción ágil y constante “con un sentido enérgico de lo justo y una vigorosa intuición de las cosas necesarias para fundar y mantener la convivencia social”.

Hubo intentos por romper esta cerrada organización, preparando la revolución moral y social, Budha proclamó la igualdad de todas las clases; pero los brahmanes con cierta habilidad separaron de los libros sagrados, una parte doctrinaria, a la cual incorporaban todas las nuevas concepciones religiosas y filosóficas, siempre que no afectaran a los cánones fundamentales de la organización en castas. A ello se debe el carácter místico esencialmente contemplativo de la sociedad india, que ve de acuerdo con las enseñanzas de su religión en esta vida una mera ilusión, teniendo puesta su mirada en el más allá esperando con anhelo el momento de ser absorbida por el Ser Universal (Nirvana). El budhismo, inspirado en una moral más elevada y sublime, no conduce a otro fin, pues recomienda la meditación y el ensimismamiento del Ser Supremo de modo de llegar a confundirse con él.

Dentro de esta organización, el Derecho siguió una evolución semejante, siendo activa y vigorosa su vida en los primeros tiempos, lo que demuestra el Código de Manú, cuyas instituciones de Derecho criminal y civil muestran el grado de adelanto alcanzado por el sentimiento jurídi-

co de este pueblo, que llegó hasta darse un Código. Tuvieron profunda idea de lo justo; constante y pulcra preocupación por realizarla, lo que quedó a cargo de los brahmanes, que en la lucha de supremacía entre las castas, se arrogaron esta facultad por derechos de nacimiento ya que ellos encarnaban la realización de la justicia.

Así el Derecho como ciencia, quedó confinado en los libros sagrados, y como ley se constituía por una “inmemorial costumbre aprobada por la revelación y la tradición a la cual debía ajustarse el que deseaba el bien de su alma y por fin como potestad que corresponde al hombre, fue emanación de la divinidad que al haber derivado las distintas clases de partes diversas de su propio cuerpo, le asignó un fin determinado en el orden social, el cual debe permanecer inalterable, como el orden mismo de la creación”.¹⁵

b) Persia

Otra corriente se dirigió hacia Persia, instalándose en el Irán; de ahí que se denominaran a partir de entonces iraníes; y se dividieron de los que se dirigieron a la India, en razón de sus concepciones religiosas, pues mientras éstos identificaban Dios y Naturaleza en una forma panteísta, los iraníes siguiendo las inspiraciones de Zaratustra, Battró, el Zoroastro de los griegos, conciben la divinidad en forma más espiritual y moral. Espíritu de luz y verdad en permanente lucha con el mal.

De estas diferentes concepciones se desprende el distinto desenvolvimiento de ambos pueblos, consecuencia

15 Carle, *op. cit.*, p. 63 y 64.

de los efectos de la vida contemplativa a que los lleva la adoración y anhelo de identificarse con el Nirvana de los indios; mientras que en los persas la lucha constante del Espíritu de luz, verdad contra el mal, engendra una concepción similar en el hombre frente a los problemas y dificultades de su vida semidesamparada, contra las cuales lucha, con la fe de poder dominarlas.

Así construyen un vasto imperio cuya memoria tratan de perpetuar a diferencia de los indo-arios, a los cuales les resulta indiferente la vida política. La organización de aquel imperio, se realizó en clases, predominando la civil, pero estas clases nunca llegaron a plasmarse en castas como en los indo-arios.

La organización social y jurídica de los persas fue gentilicia o patriarcal, como la que hemos visto común a todos los pueblos primitivos, en las que no se destaca con caracteres de funcionario ejecutivo ningún jefe; pero entre los persas, según nos lo refiere Carle, una de las tribus pareció elevarse sobre las demás, de modo que sus jefes descendientes de *Aquemene*, que había sido el jefe común de los persas durante la emigración, acabaron por elevarse a la dignidad soberana. De esta tribu aparecen sucesivamente los reyes de los persas que en sus primeros tiempos conservan el carácter de padre común de sus propios súbditos, pero que en tiempos de Cambises, cambia el carácter de tal por un despotismo, ensanchando el imperio, y por fin, Darío, que siguiendo las huellas de su antecesor, extiende aún más los dominios del imperio en cuanto se refiere a territorio, consolida el despotismo inaugurado por Cambises, plasmándolo en una orga-

nización política que muchos admiraron por su perfección.

En tiempos de Darío –refiere Carle– “fue cuando los dones y presentes que los jefes de las provincias querían ofrecer al rey como padre común de los súbditos, se sustituyeron por tributos regulares que las diversas provincias debían entregar al príncipe y de este modo, según aguda observación de Bonghi, el Estado comenzó por primera vez en una estirpe ariana, a tener existencia por sí y a ser organizado en sí mismo y no ya como un apéndice de quien lo rige, ni como un nuevo y pasajero instrumento o capricho de éste”.

Sin embargo no consiguió borrarse la figura de la antigua organización gentilicia y la vida toda del imperio, gira en torno a la familia patriarcal y a este asomo de existencia propia del Estado, sigue la decadencia. La lucha con la libertad helénica, los convirtió en sus creencias religiosas en idolatría a la religión espiritual de Zoroastro; cayendo además bajo el despotismo sacerdotal.

Los pueblos de Grecia admiraron antes de entrar en guerra con ellos, la educación y el progreso de los persas, su amor por la verdad, energía y valor. Puede considerarse este pueblo el eslabón de transición entre Asia y Grecia. Esta última surge, en la decadencia de aquéllos, recogiendo la bandera de la civilización y del progreso, enarbolándola sobre las cumbres gloriosas de su edad heroica, hasta el advenimiento del cristianismo que establece un nuevo orden, en todos los órdenes de la vida privada y pública de los hombres y de la sociedad, condu-

ciendo la civilización que recoge ya decadente de manos de Grecia, semidevastada, de la fulgurante Roma, a nuevos y brillantes horizontes.

Es así, como observa acertadamente Carle, que “la historia universal de las cosas civiles y humanas demuestra bastante ampliamente, que la muerte de las instituciones esenciales en la sociedad, jamás es abandonada a un solo pueblo ni puede detenerse en él, puesto que apenas parece una perder vigor y energía, comienza a elevarse otro, llamado a ser su sucesor y heredero”.¹⁶

c) Los pueblos que de Asia pasaron a Europa

De aquella separación de los arios, de los cuales dos divisiones hemos visto establecerse en la India y en el Irán, otras tomaron distinto curso y se dirigieron a Europa, ocupando diversos lugares según el orden de partida, y el camino seguido en la emigración.

Al decir de Carle,¹⁷ de los que se dirigieron a Europa, los primeros en separarse del tronco común fueron los celtas, que ocuparon España, Francia, Gran Bretaña e Irlanda. Después se separaron los helenos, itálicos y germanos, que comprende una sola corriente emigratoria, de los cuales los últimos después de haberse estacionado durante mucho tiempo (lo que va desde el nacimiento de la civilización greco-romana hasta la destrucción y conquista del imperio por los bárbaros) en los bosques de Escandinavia, avanzaron hacia el teatro de los grandes

16 Carle, *op. cit.*, p. 73.

17 Este autor afirma que con respecto al orden cronológico de estas corrientes, no se pueden hacer sino conjeturas.

acontecimientos del género humano en el período greco-romano, fundiéndose con el elemento griego y latino para constituir las gentes y naciones modernas.

La última corriente emigratoria que se separó para entrar en Europa fue la de los lituanos–eslavos, los cuales se estacionaron en las vastas landas del Septentrión de Europa.

La primera y tercera corriente no dieron un desarrollo original y grande a sus instituciones jurídico-sociales, por la circunstancia de que a los celtas los dominaron los romanos y los sucesos históricos de la civilización.

Sin embargo –observa Carle– existe entre los celtas, una clase que como la de los brahmanes en la India predomina y explica el Derecho, es la de los druidas, que exponían el Derecho natural, las Constituciones, las leyes particulares del Estado; pero no obstante la originalidad en el detalle que podrían ofrecer sus instituciones, lo cierto es que no influyeron en el ulterior desarrollo de la vida política, en la línea ascendente que describieron otros pueblos, hacia los cuales se dirige la investigación de Morgan, que veremos después de estas disquisiciones sobre el origen y emigración de los mismos.

Es unánime la opinión de que la corriente emigratoria, que viniendo de Asia a instalarse en Europa y que comprende a griegos, romanos y germanos o teutones, es a la que se deben las transformaciones de las instituciones jurídicas, sociales y políticas, en una dirección enteramente diferente a la que caracterizó a las instituciones de la misma índole en Oriente; si bien se operaron en un

período largo de elaboración lenta y pacífica en Roma, revolucionaria en Grecia y violenta en los germanos, que se encuentran de súbito frente a una cultura superior de los pueblos que han vencido.

Estos pueblos se sucedieron en la antigüedad, en los acontecimientos históricos humanos y sociales; a la caída o decadencia de uno de ellos, sucede el esplendor y el progreso de otro, que constituye así el objetivo de conquista del que viene detrás y entre tanto, mientras el primero pierde la propia grandeza, civiliza al mismo conquistador; de lo cual se sigue que la civilización que deberá elaborarse luego en un nuevo período histórico, acaba por ser fruto de la inconsciente cooperación de todos estos pueblos a un tiempo.

No obstante acusar todos ellos en sus instituciones primitivas el carácter predominantemente oriental, contribuyeron en común a desarrollarlas y perfeccionarlas; en una transformación lenta a veces imperceptible, en otras etapas violentas; pero lo cierto es que por el testimonio de historiadores, escritores y filósofos,¹⁸ las instituciones primitivas que los pueblos arios traían de su cuna, las trasplantaron a los lugares en que llegó a situarse cada corriente segregada del tronco común; de ahí que aparecieron también en Grecia, Roma y la antigua Germania.

Con ello queda establecida la continuidad en las líneas del progreso humano de Oriente a Occidente, aun cuando las transformaciones sufridas en este último lo hagan bien pronto totalmente diferente al del primero.

18 Homero, Tucídides, Platón, Aristóteles, Tácito.

En efecto, los pueblos de Occidente, si bien respetuosos y continuadores de las creencias religiosas, atribuyen sin embargo a las instituciones jurídicas y sociales un carácter esencialmente civil y político, en contraposición al carácter religioso y sacerdotal de Oriente, con lo cual desaparece la posibilidad de que se convirtiera su constitución social y política en sacerdotal y teocrática.

La misión de estos pueblos fue civil, política y militar; predominaban en ellos los hombres de la clase media, dedicados al desenvolvimiento de la tradición de esa misión civil, militar y política, en la cual tuvo preponderancia la clase de los trabajadores.

En sus comienzos tiene esta nueva forma de organización social un carácter predominantemente guerrero, pero luego va diferenciándose en su finalidad, según la peculiaridad de cada uno, asumiendo el carácter de un organismo ético moral en los griegos, civil y jurídico en los romanos, que la denominan *civitas* y *municipium* por la participación de los ciudadanos en las funciones; y en los germánicos se manifiesta con un carácter esencialmente militar y personal; la llaman *centena*, *pagus*, en teutón *gau* y también *comitatus*.

III. Etnología jurídica de Post

Corresponde ahora que nos ocupemos de las ideas expuestas por el profesor alemán Post, en su obra *Jurisprudencia etnológica*, respecto de los tipos sociales, que elabora, después de un minucioso estudio de la organización gentilicia, a la manera como la hemos visto anteriormente en Morgan, por lo cual sólo haremos resaltar

las diferencias que pudieran existir con aquél en la consideración de la misma, remitiéndonos en cambio a la descripción anterior en lo que tengan de similares y luego destacaremos la pretensión de Post de construir una teoría universal, lo que no aparece en Morgan, que se detiene en sus investigaciones en la aparición de la sociedad política concluyendo en el estudio de las organizaciones gentilicias de Grecia y Roma y la aparición de la sociedad política en ambas.

En Post, la labor se continúa y sigue en una línea ininterrumpida la evolución del núcleo gentilicio a través de sucesivos cambios en cuya última etapa ya no se distingue ninguno de los caracteres de aquella primitiva organización social, pero que constituye la primera manifestación en pequeño y en germen, base y raíz de las modernas estructuras sociales y organización del Estado.

Comienza la introducción con una breve reseña sobre la ciencia jurídica, tal cual ha sido tratada en Europa, destacándose su independización y autonomía por parte de Hugo Grocio al separarla de la teología y de la concepción de un Derecho natural de origen divino; concepción a la que sucedió la del Derecho natural de la razón humana fundado en un supuesto período de la historia del hombre en que éste vivía naturalmente sin forma de organización social o política alguna; tendencia de carácter deductivo, ya que se fundaba en los impulsos del hombre considerado aisladamente.

La escuela histórica tal cual lo admiten Hugo, Puchta y Savigny cambia la orientación, la base de la investigación

de lo jurídico, atribuyéndole el carácter histórico, y en consecuencia una lenta elaboración en un largo período de tiempo que es necesario investigar para ver su evolución; con la diversa orientación cambia el método haciéndose inductiva y concibe el Derecho en consecuencia como elaborado por el espíritu popular y en la indagación histórica del mismo trata de encontrar los elementos permanentes que rigen su desenvolvimiento.

Por último adquiere más amplitud –dice el autor– por la etnología que aplica los métodos de las ciencias naturales a la vida de los pueblos, sobre la base de la lingüística y la filología; se investiga la unidad de origen de las lenguas indogermánicas, céltico, romano, griego, eslavo, iranio e hindú, para buscar su origen común. “La investigación bíblica dio origen a la elaboración del Derecho israelita y el estudio del árabe al Derecho musulmán. Descifrados los jeroglíficos, surge el Derecho egipcio; y de los caracteres cuneiformes, el Derecho sumerio y asirio-babilónico. De allí a la etnología no hay más que un paso. La investigación tenía que extenderse a todos los pueblos de la Tierra. A los pueblos no civilizados, a los que no puede aplicarse el método histórico, se le aplicará el comparativo-etnológico”.

Por último, y antes de establecer los límites de la Jurisprudencia etnológica, respecto de las demás ramas de la ciencia jurídica, se acepta que ésta participa de los caracteres de la etnología de la cual es una rama; y luego, al referirse a sus límites, manifiesta que tiene por objeto algo menos que la ciencia general del Derecho cuyo objeto es investigar todas las formas jurídicas de la vida exte-

rior y sus causas. “Pero como la vida jurídica se encuentra por un lado en manifestaciones de la conciencia jurídica individual y por otro tiene un aspecto social. La ciencia general del Derecho abraza el aspecto psicológico (examen de la conciencia jurídica individual) y el social, indagando las causas últimas del Derecho considerado como fenómeno social. La Jurisprudencia etnológica sólo abraza el aspecto social del Derecho, no el análisis de la conciencia jurídica individual del hombre. Estudia las manifestaciones externas del Derecho y las causas étnicas o sociales; excluye las causas biológicas o cosmológicas, las cuales se estudian en la ciencia general del Derecho. Como la historia del Derecho, recoge los fenómenos externos de la vida jurídica y busca sus causas. Pero ella siempre se limita a pueblos determinados —o cuando más a grupos determinados de pueblos cuando toma forma comparada— mientras que la Jurisprudencia etnológica, por su carácter universal, extiende su acción al género humano, buscando aquellas manifestaciones de la común naturaleza humana. Las variaciones que pueda encontrar la historia de cada institución en un pueblo determinado, no le interesan tanto porque son límite de variabilidad de los tipos universales y ella busca estos últimos”.

De la necesidad de la lucha y la defensa, el hombre busca la vida social, en la cual nacen derechos, y deberes, obligaciones, que constituyen el sentimiento jurídico y del deber en los miembros; en cuyo origen se exteriorizan en determinadas direcciones —como por ejemplo el ejercicio de la venganza por el grupo— y en estados más avanzados

se manifiestan cuando la justicia no llega a tiempo a la conciencia de un pueblo se rebela contra las instituciones existentes por ejemplo linchamiento, revolución.

Pero afirma inmediatamente que no existe pueblo en que el Derecho se manifieste permanentemente en formas externas como éstas, que sólo son circunstanciales. Al contrario, en toda asociación humana aparecen instintiva y espontáneamente determinados órganos, los jefes y asambleas, los cuales dentro de las funciones que desempeñan también administran justicia, aun cuando sin manifestarse una separación entre la función de dictar el derecho y declararlo en la sentencia; pero esta confusión se debe a que el derecho se manifiesta en un sentimiento jurídico instintivo, porque tales jueces no conocen normas ni se dispone de un sistema de Derecho a que deban atenerse para fallar; la sentencia en sí misma es Derecho, pero sólo para el caso a que se refiere. Las primeras formas de un Derecho, con normas jurídicas de carácter objetivo, aparecen cuando la sentencia se funda en precedentes que se retienen en la memoria; es el momento en que aquella prudencia jurídica en que se traduce el sentimiento jurídico instintivo, se transforma en una jurisprudencia, vale decir en la aplicación del Derecho ya declarado y formulado. La repetición, el uso constante y largo de los precedentes y las formas dictadas por el sentimiento jurídico, eliminan las particularidades del caso concreto y objetiviza la norma, lo cual constituye el Derecho consuetudinario. El hecho de decidir sobre el Derecho declarado antes, sobre el precedente, puede manifestarse en otra forma objetiva jurídica; el Derecho

estatutario o legislativo, en el que se establece lo que para el porvenir debe considerarse Derecho.

Primitivamente estas formas de Derecho declarado –afirma– se conservan en la memoria por medio de frases, proverbios y versos, trasmitiéndolos así los ancianos a los jóvenes; así se forma una clase de concedores de los proverbios jurídicos, haciendo profesión de tal conocimiento y actuando ante los tribunales. Adquirido el conocimiento de la escritura, el Derecho se exterioriza por esta forma, ya sea por obra privada o por representación del grupo. A veces con los Derechos consuetudinarios coexiste el Derecho estatutario, que surge o del acuerdo de los factores sociales con jurisdicción, o de las resoluciones de un jefe de carácter señorial. Esto es frecuentemente y sucede así en casos que no han tenido aún decisión, se conviene en sentar una norma que debe resolverlo para el porvenir o bien los jefes del grupo gentilicio se unen en asamblea y fijan el Derecho según el cual ha de vivirse en adelante. En las organizaciones de tipo señorial son los príncipes los que fijan el Derecho mediante una especie de tratado internacional, o bien el rey, después de consultar su Consejo, dicta determinadas leyes, convirtiendo también a esta forma de leyes muchas normas consuetudinarias.

Luego comienza la descripción de las formas de organización social que “varían en extensión y cohesión desde las más restringidas a las más vastas y desde las más disgregadas a los Estados más sólidos y compactos en que se manifiesta la humanidad; estas formas o grupos sociales los clasifica en cuatro: Primero: gentilicios, basados

en el matrimonio y la comunidad de sangre. Segundo: por consorcios territoriales –sobre relaciones de protección y de hospitalidad entre siervos y señores–. Tercero: señoriales, grupos de orden superior. Cuarto: cooperativa, sobre convención de carácter contractual entre individuos. Tipos éstos que no se encuentran puros, sino que en una misma organización social pueden existir alguno o todos aun cuando prevalece uno solo de ellos. Pero ello concluye que las sociedades son preferentemente: gentilicias, territoriales, señoriales o cooperativas. Predominando en los menos civilizados la primera forma, cediendo paso a las organizaciones territoriales, señoriales o cooperativas. Prevaleciendo en los Estados más elevados la forma cooperativa, predominando en la fase de transición entre las formas inferiores y la más elevada de la civilización la forma señorial”.

Luego hace un extenso estudio de las formas gentilicias que nosotros resumiremos o abreviaremos con referencias a la obra de Morgan que hemos visto. Dedicar un pequeño capítulo a las formas de consorcios territoriales para estudiar extensamente la organización de la forma señorial, terminando con las formas superiores de la organización social, los caracteres y funciones del Estado.

Entrando al estudio de la organización gentilicia sostiene como Morgan, que la misma se apoya principalmente en las relaciones sexuales entre el hombre y la mujer, cuyas más variadas formas estudia, en sus manifestaciones constantes y permanentes. Por otra parte, estudia su relación existente entre padres e hijos, en la cual se apoya también la organización gentilicia, tenien-

do en general por base biológica la reproducción. Afirma asimismo, que “cuanto más bajo se encuentra un pueblo en su civilización, más constituyen esas relaciones derivadas de la reproducción, las bases exclusivas de su organización social”.

Después de referirse a los matrimonios de formas endógamas o exógamas ya sea en forma individual o en grupos estables o inestables, poliándricos o monoándricos, estudia las relaciones emergentes del parentesco. Éste se manifiesta en varias formas, según sea: relación entre personas o relaciones entre grupos (el primero de clase). Sostiene que el clasificadorio ha precedido al descriptivo. También hay parentesco “cuando la comunidad de sangre es por vía materna; otras por vía masculina; otras en cualquier caso (materno en que el hijo es pariente sólo de la madre y de los parientes maternos que son ligados a la madre por vía femenina; paterno en que el hijo es pariente sólo del propio padre y parientes de éste en la línea masculina; bilateral en que el hijo es pariente de la madre y el padre y de los parientes en línea materna y paterna; cabiendo en ésta, todas las formas posibles). El materno es más antiguo que el paterno y ambos son de carácter universal”.

El parentesco natural es imitado; de lo que se sigue que los parientes pueden ser naturales y artificiales. En el parentesco se establecen grados acordando pleno efecto en los próximos y más débil en los más lejanos.

Respecto al parentesco paternal y maternal, parece unánime la opinión de que ha sido una de las formas más

reales y permanentes, atributo esencial de la organización gentilicia practicado en forma sucesiva comenzando por el materno, en razón de que se supone que hacía más posible la certeza de la filiación como vimos ya en Morgan. El paterno parece ser una forma más evolucionada cuando el grupo ajustado a su organización gentilicia, cuenta con los medios necesarios para asegurar el reconocimiento de la filiación por la línea masculina; sin embargo, hay quienes sostienen la prioridad de esa última forma, como vimos en Summer Maine.

Respecto al parentesco artificial, destaca también diversas formas que son: el de la leche, la circunstancia de haber mamado en una misma madre hijos de otra, hermandad de varios grupos en uno, generalmente con propósitos de defensa; hermandad de uno en un grupo de carácter afectivo, parentesco de educación, hijos confiados a la educación de un maestro entrando por ello en relaciones de parentesco semejante a la relación de sangre con él y, por último, la forma más difundida fundada en la necesidad de la conservación de la estirpe y la continuidad del culto: adopción admitida cuando no hay hijos naturales.

Las gradaciones del parentesco, en sus efectos descendientes desde los más vastos y generales, hasta los exclusivos y unilaterales se manifiestan en los derechos de la herencia, a la conservación del culto y demás obligaciones que impone la substitución del ascendiente muerto, y mientras vive en las relaciones con aquél, mayores o menores, según el grado.

Los grupos gentilicios que estudia después son los que originariamente aparecen aislados formados por un pequeño núcleo; por más civilizados aparecen otras formas de organización familiar, en torno al padre o a la madre. Cuando los núcleos son o del mismo o se agrupan con otros perfectamente delineados que se repiten en toda la tierra ofreciendo a juicio del autor, recién entonces un interés etnológico, esta clase de grupos son las formas de subtribu-tribus y confederación de tribus a la manera que vimos en Morgan, estudiando por separado los consorcios familiares que son las patrias que vimos en el autor citado. Estas formas evolucionadas de su organización social, se presentan como descendientes de un antepasado común a todos los miembros del grupo, con lo cual se establece un sólido vínculo de unión. Las autoridades del núcleo, los derechos y las obligaciones tal cuales las vimos en la obra de Morgan, y destitución de los jefes.

Después de estudiar todos los grupos como así sus características, afirmando la manifestación universal de los mismos, según los estudios practicados por la etnología, cuya prueba aporta en citas numerosas de las tribus y pueblos donde se han encontrado en vigencia, sostiene que ellos dan lugar a formas superiores de la organización gentilicia que son como pasos a anillos de transición con formas más evolucionadas; como las órdenes territoriales, señorial y estadual. En esas formas superiores se destaca a veces una familia, formando una nobleza a la cual quedan subordinadas todas las demás familias de la organización. Describe el autor los derechos que caracte-

rizan la organización gentilicia en la forma que los destaca Morgan, refiriéndose al patrimonio colectivo, a la propiedad de muebles e inmuebles, a los derechos sucesorios, etc., y por último, al derecho intergentilicio, que se caracteriza en la institución de la venganza, una de las primitivas manifestaciones del Derecho penal, el rapto y el matrimonio por compraventa de la esposa. Según los estados de la organización gentilicia estas figuras jurídicas adoptan diversas formas, hasta que cuando en la organización más elevada se presiente el tránsito hacia una nueva forma, esto se manifiesta, en cambios fundamentales en tales instituciones, en que sin desaparecer, presentan una parte regulada por un poder superior público, que poco a poco ha de regularlas totalmente hasta substituirse en el juzgamiento, castigo y ejecución de éste, a la familia de la víctima.

IV. Consorcios territoriales

El establecimiento de núcleos gentilicios determinados en un país o territorio, da origen a esta forma de asociación, quedando dividido dicho territorio entre todos los grupos que la componen, si bien la marca o consorcio está formado a su vez por una serie de otros consorcios familiares. Se mantienen en esta nueva organización como unidad social al grupo, y no al individuo, quien es aún poco considerado frente a la extraordinaria consideración del núcleo. En los consorcios territoriales se desarrolla un derecho que no afecta en nada al derecho gentilicio que subsiste a su lado. “La característica fundamental de los consorcios territoriales consiste en que el territorio habitado por el consorcio es patrimonio colectivo de sus

miembros, vale decir de los consorcios familiares. Las formas de esta comunión pueden ser varias: o es libre el goce del territorio para todos, lo que ocurre especialmente con los terrenos incultos, bosques y praderas, o es cultivado en común y la cosecha se divide entre las diversas familias según las necesidades de cada una, lo que ocurre especialmente en los terrenos cultivables. Y a veces se reparten y se hacen hereditarios dentro de una familia, de modo que sólo vuelven al consorcio cuando la familia que los posee se ha extinguido completamente. Cuando esta organización decae, los lotes pueden ser enajenados; entonces la propiedad colectiva de los consorcios se disgrega para hacer lugar a la propiedad privada de las familias y aun a la propiedad individual y los mismos consorcios se transforman en comunes o sea en una institución política, compuesta de individuos aislados, en los que ya no son la misma cosa los intereses individuales y generales”.

La propiedad de la tierra se mantiene como del consorcio, pero se hacen repartos periódicos entre las familias, cuando el territorio es poco extenso; cuando el mismo es extenso el reparto es por aldeas. Al realizarse la distribución se tienen en cuenta las necesidades de cada familia. En épocas más avanzadas la adjudicación de una porción mayor de tierras fértiles, hace adquirir a ésta una fuerza preponderante de modo que comenzaba a asomarse el tipo de organización señorial.

También observa el autor que hay grupos que adquieren definitivamente en propiedad las tierras adquiridas en el reparto, debiéndose ello a una primitiva forma

intermedia que consistía en el derecho definitivo a una cuota fija del territorio común, que con el tiempo se hace extensiva a aquel que espera su ubicación, extendiéndose a todas las familias del consorcio menos a aquellos que por falta de fuerza han terminado por ser excluidos de la propiedad del suelo. De esta manera los lotes se vuelven propiedad privada transmisible por sucesión hereditaria en cada grupo familiar, rigiéndose por las normas del territorio gentilicio; al extinguirse una familia su lote se vuelve a la *Marca común*.

1. La marca: territorio común

Los consorcios territoriales tienen una base de organización en la *Marca común*, institución que parece coincidir con el territorio de las primitivas tribus de carácter exclusivamente gentilicio. Esta comunidad total se mantiene mientras el cultivo no se hace intensivo en cuyas circunstancias partes de la marca quedan bajo la posesión de determinadas familias, particularmente las partes de cultivo; y las no cultivables permanecen comunes. “De la *Marca común* se destaca —dice— antes que nada la casa y el huerto que son propiedad privada de los grupos familiares. Cuando los lotes cultivables se transforman en posesiones separadas, el terreno cultivable se destaca de la marca y ésta no abraza más que terrenos incultos, bosque, campos de pastoreo”. Por razones de protección ciertas personas extrañas tienen cierto derecho de goce sobre la *Marca común*, permitiéndoseles a extraños estacionarse en ellas pero mediante pago de impuestos.

Cuando la propiedad se hace particular respecto de determinados grupos o familias, no asume caracteres propios del derecho de propiedad tal cual lo conocemos ahora, sino que estrictamente es más bien un derecho al cultivo y a la propiedad de productos. Por ello tiene sus limitaciones, por ejemplo, duración mientras se ejerce de hecho el cultivo; caducidad si no es ejercida dentro de los tres años; pérdida de la posesión por abandono de la tierra; o derecho al cultivo, sólo por un tiempo limitado. Desde la forma primitiva de posesión común, cuando la tribu arraiga en determinado territorio perdiendo su carácter nómada no conociéndose por mucha enajenación o transmisión de la propiedad, ya que no se tiene ni el concepto de tal, puesto que el territorio en sí no preocupa ni gasta la atención de la tribu, hasta las formas que hemos visto anteriormente. La posesión y propiedad de la tierra comienza por transmitirse por herencia primero y luego puede ser enajenada pero sólo a otro miembro del consorcio y con el consentimiento de todos; otras veces sólo se admite un arrendamiento o locación; pero también hay tribus en que aparece un derecho de enajenación limitado.

2. El consorcio territorial: organización

El consorcio, como todas las organizaciones que se elevaron sobre la primitiva organización gentilicia tiene sus órganos propios; magistrados, jefes, consejos de ancianos, asamblea, etc.

El Consejo de Ancianos asiste al jefe en todas las circunstancias, y en ciertas oportunidades ha estado a cargo de este consejo todo el gobierno sin que existan jefes.

Al lado del Consejo y sobre todos los órganos de gobierno funciona la Asamblea popular de todos los individuos, capaces del derecho de consorcio, que se reúnen generalmente en lugares sagrados.

Por sobre los órganos del consorcio puede existir una organización superior, pero los consorcios frente a ella conservan su individualidad y autonomía, y están representados en aquel organismo de gobierno común a varios consorcios, para ciertas cuestiones de intereses, por los jefes.

En los consorcios territoriales persiste la solidaridad que caracteriza y une a los miembros de la primitiva organización gentilicia; esta solidaridad se exterioriza en la obligación del grupo, de responder por las obligaciones contraídas por uno de ellos la participación en la venganza; ya sea para vengar o a su vez el pago de la multa o precio de sangre por delitos cometidos en su territorio.

Los consorcios defendieron la integridad de su organización y la tranquilidad de su vida social desterrando a los miembros que no se avenían en la organización del grupo. Venía esta institución –según el autor– desde las organizaciones gentilicias; y sus formas más graves eran la muerte del imputado y la destrucción de su casa, olvidándose su nombre para siempre. Las formas más atenuadas pueden ser: dirigido directamente contra el imputado excluyéndolo de la familia; fuga dentro de un término fijado para el condenado a muerte; expulsión y en caso de regresar se le condena a muerte; quedar en el país pero excluido de todo comercio con los miembros de su

consorcio; salvarse del destierro mediante el pago de dinero, confundándose con la composición simbólica, sus primitivas manifestaciones destrucción parcial de la casa o saqueo de la misma a la que no se opone el culpable.

a) La organización señorial

Esta organización se funda –dice el autor que seguimos– en la fidelidad de la cual emergen obligaciones, deberes y derechos del siervo con el señor y del señor para con el siervo, pero en la relación de dependencia en que éste está con respecto a aquél. El señor se obliga a la protección del siervo, éste trabaja para aquél y se le debe obediencia. El carácter de dependencia del siervo para con el señor, lo distingue de la organización cooperativa que el autor estudia después donde aquélla se establece por consentimiento libre y en la cual todos los miembros están en pie de igualdad. Esto hace que existan dos clases perfectamente diferenciadas, la de los que dominan y la de los dominados: los señores, nobles, los siervos, no libres.

Las relaciones entre los señores y los siervos se presentan en los distintos países con la variedad más grande de matices. Desde aquella en la que el siervo carece absolutamente de derecho, respecto del señor, teniendo éste plenos poderes sobre sus bienes y vida; hasta donde el siervo tiene casi los mismos derechos que un hombre libre; pero generalmente existía un equilibrio del punto de vista de la protección que el señor debía dar al siervo, respecto de éste de prestar obediencia, trabajar la tierra para el señor y alistarse en sus ejércitos.

Esta variedad de matices en las relaciones recíprocas de siervo y señor se concretaban en determinada forma, según el origen o causa del sometimiento de la persona al señor, las cuales podían ser variadas: en las relaciones entre pueblos como consecuencia de la guerra, sometimiento de los pueblos vencidos al vencedor; en las relaciones de los miembros de un mismo pueblo, un individuo necesita protección y se somete a quien pueda facilitársela como siervo, lo que es un fenómeno universal; puede ser la consecuencia del poder absoluto de un rey del cual se consideran todos esclavos; o consecuencia de un delito cuya reparación en dinero no puede realizar el culpable; puede ser esclavitud por deudas; como correlativo de la protección asegurada a un extranjero; o por matrimonio con persona no libre y a veces el solo hecho de residir entre siervos.

Según las causas de la servidumbre, ésta tiene efectos más o menos graves del punto de vista de la personalidad del siervo; la más terrible es la que le abandona a la venganza y trae generalmente aparejada la muerte, la que se produce a consecuencia de la guerra.

b) Manifestaciones de la relación entre siervo y señor

Según sea la causa hemos visto, son los efectos de la servidumbre, en consecuencia, los derechos del señor respecto del siervo varían, así: cuando el siervo está completamente privado de derecho, es propiedad absoluta del señor, puede matarlo, mutilarlo, venderlo, darlo en prenda, etc., pero el derecho sobre su vida, no es discrecional

del señor siempre, aunque a veces sí; en otras oportunidades precede un procedimiento judicial, otras es tan ilimitado que cuando en las facultades de corrección se excede el señor, el siervo recobra su libertad, y cuando lo mata sin derecho puede proceder la venganza de los parientes; la composición; o la aplicación de una pena pública.

En estas primeras formas se caracteriza esta dependencia como una verdadera esclavitud.

En cuanto a la enajenación que puede ser absoluta y sin limitaciones en otra, necesita un motivo, que el siervo haya delinquido; un permiso del rey, o una limitación: no puede ser vendido fuera del país, o en caso de necesidad, o en casos determinados.

El siervo está obligado a obediencia, trabajo y pago de impuestos a su señor, pero posee un *peculium*, para casarse necesita el consentimiento del señor. Éste a su vez puede asumir la venganza contra el autor de delitos contra su siervo, como una supervivencia de la solidaridad que caracteriza al núcleo gentilicio. Sobre si sus descendientes tienen derecho a la herencia, depende del grado de su servidumbre y si puede tener *peculium*; los siervos recobran la libertad por manumisión, por acto espontáneo del señor, por transcurso del tiempo, por mandato del patrón, por permanecer donde no rige la servidumbre, o por aislarse.

c) Jefes y reyes

No obstante existir en el primitivo grupo gentilicio jefes y reyes, estos cargos recién en la organización seño-

rial adquieren la verdadera dignidad de tales en el carácter de la institución específica. “Aquí el jefe o rey es un dominador cuyo poder se basa en la opresión y la guerra y no en la democracia”.

Otras veces asume el carácter de un padre o jefe de familia de sus súbditos. Esta situación del jefe o rey, es de hecho por circunstancias especiales de prevalecía de un individuo; de carácter electivo militar o simplemente electivo. Cuando se hace hereditaria se consolida, aun cuando así puede continuar siendo electiva, pero dentro de ciertas familias o de determinados herederos. En muchos pueblos los jefes militares, se eligen circunstancialmente para el caso de guerra o en otro existen dos, uno de carácter civil y otro militar, pero ambos permanentes, si bien en mayor actividad uno de ellos según sea el estado de guerra o paz.

d) Condiciones, facultades y responsabilidades de jefes y reyes

Éstas varían desde la mera influencia moral, sin consecuencias políticas hasta el poder soberano y absoluto de decidir sobre la vida y hacienda de los subordinados, como así de la guerra o de la paz. Es en los poderes de los jefes y reyes donde mayormente resalta la influencia de la intervención de las asambleas populares, de modo que éstas constituyen un control en el uso de sus facultades.

La administración de justicia está en sus manos, asesorado por concilios o consejos de carácter consultivo; pero en otras oportunidades sólo administra la alta justicia, permaneciendo en jefes inferiores o subjefes de consorcios familiares la administración de la justicia ordina-

ria. Tienen derecho a establecer impuestos, e imponer tributos que exteriorizan el sometimiento de los súbditos; además son los sacerdotes del culto, por lo que unen a su poder temporal el poder espiritual.

En cuanto a su responsabilidad, incurren en ella muchas veces por deudas de sus súbditos o culpa de los mismos, lo que significa un resabio de la antigua organización gentilicia y de los consorcios territoriales, que la culpa de uno se extiende al grupo. Además como ente sobrenatural, puesto que el rey o jefe es considerado generalmente como de origen divino; se le responsabiliza por los desastres nacionales, en cuyo caso es depuesto y a veces muerto.

e) La sucesión en el poder

Exigen capacidad física y espiritual al heredero, excluyéndose mujeres y niños en la herencia, aun cuando en caso de que sea un niño el heredero, se acepta estableciéndose una regencia. Mientras dura la misma el heredero es recluido en un territorio lejano de la sede del gobierno, soledad y penitencia, como la de recibir insultos para probar su paciencia y la de hacer donativos antes de subir al trono, entre sus súbditos.

Existe una figura especial de transmisión, según la cual el padre en vida y desde el nacimiento del hijo, continúa en el poder en su representación; otras al decaer la capacidad física y mental se produce la sucesión, y el padre queda como simple pensionista del hijo.

Se les depone previo juicio, cuando existen calamidades nacionales, hasta se les mata, reconociéndose un derecho de rebelión contra el tirano.

La paz social descansa enteramente en el rey, de ahí que en muchas circunstancias cuando muere el rey hasta que el que lo sucede domine la situación se produce un período de anarquía en que no existen mayores garantías para la vida y la propiedad, por ello en muchas oportunidades –dice el autor que comentamos– se oculta la muerte del mismo por un tiempo. En la inhumación se realizan sacrificios animales y humanos, pues el rey debe llevar sus siervos a la tumba para que pueda ser siervo.

f) Los grupos de carácter señorial

Sobre la base de la dignidad de jefe y servidumbre –dice el autor cuyas palabras transcribimos– se forman grupos sociales de carácter peculiar. La organización de estos grupos se apoya en general sobre la tierra: tiene naturaleza de *señorío* territorial y surge del desarrollo de los consorcios territoriales en cuanto los jefes de éstos asumen carácter señorial. Los organismos elementales de esta naturaleza, son los castillos rodeados de aldeas de siervos, que deben al señor servicios e impuestos y reciben protección y representación. Esta organización se encuentra muy difundida especialmente en los pueblos belicosos. Causas locales producen infinidad de variantes en los detalles de esta estructura fundamental, pero la característica fundamental de todos los tipos de esta organización social es la distinción en la propiedad fundiaria entre la alta propiedad del señor y la baja propiedad del poseedor del suelo.

Las causas de los grupos señoriales se atribuyen particularmente a la guerra; pero también surgen con el pago

de los impuestos, la organización feudal, en virtud de que los cobradores de los mismos se hicieron propietarios de grandes extensiones las que se traspasaron a sus hijos primogénitos por generaciones y se consolidó la propiedad privada en torno a determinados individuos; también es la causa las tierras que los primitivos señores donaban a sus servidores más sagaces, por importantes servicios prestados al mismo.

La organización feudal es de carácter señorial, pero no la forma única sino una de las formas señoriales y quizá las difundidas, revisten formas múltiples.

La organización superior de la sociedad. El sujeto absorbido en su personalidad del grupo, en todas las organizaciones vistas anteriormente, aparece en esta organización superior como sujeto de derecho, es decir en su íntegra personalidad que es reconocida por el grupo social, constituyendo el centro de la vida social y como consecuencia emerge un Derecho civil y de las obligaciones. La organización misma se funda en un compromiso entre los individuos. El autor manifiesta que esta organización es “ya evidente en el antiguo Derecho egipcio y en el antiguo Derecho babilónico, pero ha alcanzado gran desarrollo en el Derecho hindú, árabe y en los pueblos civilizados del Asia Oriental”.

La personalidad del sujeto en la regulación jurídica se exterioriza primero: por la responsabilidad individual, por los actos ilícitos, ya sea en materia penal o civil; forma de culpa individual característica de la organización en que el sujeto es el centro de la vida social, y en

manifiesta oposición con las otras formas estudiadas. La responsabilidad individual aún es limitada a la circunstancia de que el sujeto haya obrado conscientemente; segundo: el individuo, se obliga y contrata; en las otras formas se obliga y contrata el grupo social de cuya obligación participan todos los miembros.

Esta forma de organización social que el autor llama cooperativa, surge en la decadencia de la organización señorial, territorial y gentilicia, y ocupa un lugar preponderante en el tránsito hacia el Estado. Fue muy difundida, al punto que en la China –dice el autor– los mendigos tenían su asociación, lo mismo en la India. Los tipos de organización social en grupos colectivos eran hostiles a esta nueva forma “en Roma –dice– pueden encontrarse débiles intentos de formar corporaciones; y sólo entra en la organización corporativa cuando se desarrolla el comercio y vienen las asociaciones de comerciantes en las ciudades”.

V. Los estados

En las organizaciones que hemos visto anteriormente se desarrolla luego una forma más evolucionada y perfecta; el Estado que contiene dentro de sí mucho de aquéllas, aun cuando aparezcan en él, en decadencia como organizaciones típicas autónomas, si bien en muchos Estados se han conservado casi íntegras. En las organizaciones estatales de Europa y América la organización gentilicia a la que correspondería la familia, ha perdido todo carácter político.

Los grupos territoriales se conservan en muchos de ellos, aun cuando más no sea que como una exteriorización de solidaridad económica; y la organización señorial

se mantiene en su organización de nobles y siervos como en el Japón y China, pero condenada a desaparecer paulatinamente, particularmente en Europa. “La organización corporativa vive junto al Estado pero no es su base. Un Estado que se base en el contrato entre los individuos es prácticamente inconcebible”.

La designación de Estado “corresponde a agregados sociales que salen de la órbita de los límites de los meros grupos gentilicios, territoriales y representan la posibilidad de que surjan formas de organización corporativa. Estos Estados pueden ser ya chicos, ya inmensos, ya corporativos, ya señoriales, de débil o de fuerte cohesión. Puede predominar en cada uno el carácter corporativo o el señorial. Si lo segundo, tenemos un Estado feudal; si lo primero, un Estado republicano. A veces hay tipos mixtos por ejemplo, la llamada monarquía constitucional que tiene a su frente un monarca, un Parlamento generalmente compuesto de dos cámaras, de las cuales la una es democrática y la otra vestigio de la antigua nobleza feudal (Inglaterra). En el imperio ruso faltaba la representación popular”.

El gobierno está confiado a un ministerio, generalmente. En la organización feudal el señor tenía un consejo; cada uno de los miembros de este Consejo tiene asignada una misión y tarea determinada en una particular e importante actividad del Gobierno y del Estado. El autor, después de un extenso estudio de las organizaciones sociales que hemos visto, realiza en una sintética visión de conjunto una construcción a la manera de conclusión en la que corona su teoría, haciendo presente que el ori-

gen aún confuso y nebuloso de toda organización social comienza en el *totem*, como elemento de solidaridad entre los miembros del grupo, aun cuando afirma no constituye una base sólida para afirmaciones categóricas y definitivas; a su juicio la organización gentilicia “con el consorcio familiar se encuentra la investigación en terreno sólido. El consorcio familiar con su solidaridad, con su potestad, con su patrimonio colectivo, con su culto de los antepasados, su venganza y su rapto, con el matrimonio por compraventa y las otras numerosas instituciones características, constituye la base de una organización que se repite sobre la tierra. Igualmente clara es la manera como se desenvuelve la organización por consorcios territoriales por evolución de los consorcios familiares. Junto a la organización gentilicia y territorial surge una organización de tipo señorial, basada en el fondo sobre la guerra y la violencia. En determinados momentos de la vida de los pueblos adquiere un predominio casi absoluto, y por lo que parece, es el antecedente imprescindible para que pueda surgir ese tipo de organización que es el Estado. También la estructura y el desenvolvimiento histórico de la organización señorial está en vía de decadencia. El consorcio familiar, se conserva, sin embargo, bastante vigoroso, en la China y Japón, pero en la Europa occidental y en los países dominados por la cultura europea, se ha reducido a esta figura completamente incolora y despojada de toda importancia política que es nuestra familia moderna. El consorcio territorial como colectividad económica (Marca y Almend) ha sido casi del todo reemplazado. Se ha decolorado hasta reducirse a una comuna

de naturaleza política que hoy constituye el grupo orgánico puesto en el último grado del edificio del Estado. La organización señorial con su pirámide de clases colocadas unas sobre otras ha sido casi reducida a escombros. Sólo la potestad real, última ruina de un período de evolución ya ultrapasado, conserva todavía alguna fuerza vital”. “Sobre los pedazos de estas tres grandes organizaciones, el espíritu de asociación de las clases populares ha encontrado campo para mostrar una fecunda vitalidad; pero sus productos han caído a su vez muchas veces. Por último, emerge de esta ruina general de las antiguas organizaciones circundada por la aureola de la libertad, la personalidad jurídica individual, el concepto del hombre como centro social, como organismo elementos del Estado, adornado por todos los oropeles filosóficos del estar dotado de razón y de libertad de querer, representante esto último de una teoría filosófica en la cual en substancia todavía está sumergida Europa, pero que a su vez se encamina hacia la decadencia. Es en efecto singular el espectáculo que la vida de los Estados presenta a la vista del etnólogo. Todo lo que había sido sólida y claramente organizado, ha caído en ruinas. Y en su puesto vemos rebullir de un caos de corrientes sociales que lucha entre ellas y entre las que es difícil entrever, cuál será el camino que el genio de los pueblos tomará. Ciertamente nosotros no nos encontramos en un período de evolución completa que permita prever una estabilidad, sino que parece que las nuevas formaciones van lenta y seguramente cumpliéndose.

Todo intento de precipitar las cosas llevará sin duda, sólo a daños pasajeros y proceso de evolución que está en

la vida misma, repararía siempre la turbación producida. Sobre éstos no dejan posibilidad de duda los desenvolvimientos de la vida popular que hemos descrito en el presente volumen. Por cierto que sería bastante útil que nuestros actuales hombres políticos demasiado fantásticos, se atemperasen con las consideraciones de estos poderosos acontecimientos y con las rígidas leyes por ellos seguidas. La vida de los pueblos se desarrolla de modo orgánico: con decisiones de mayoría y con leyes se pueden dirigirla tan poco como podría con esos instrumentos encausarle la vida de las plantas o trazarse la línea que él sólo debe correr. Por lo demás, bastante notorio es que las leyes que no tienen fundamento en una prudente utilización de todas las tendencias orgánicas existentes en la vida popular, sino que se basan en teorías y principios de cualquier género, producen en la práctica normalmente, el efecto propiamente inverso de aquel que se perseguía, aunque tal vez sinceros motivos hubieran guiado a su autor”.

Con esto queda terminada la síntesis de las ideas que contiene la *Jurisprudencia Etnológica* de Post, en la que el autor pretende fundar un conocimiento científico del derecho sobre la influencia de las direcciones de las fuerzas sociales en sus manifestaciones evolutivas, hacia formas superiores, en la cual se descubre el íntimo parentesco de esta tendencia y la evolución de las especies de las ciencias naturales, con la diferencia que el autor ha tratado las especies de sociedad y gobierno; a cuyo método debemos objetar por sobre su positivismo, su reflejo naturalista, en cuya insistencia sólo habría de conducir a

esfuerzos reiteradamente fracasados, como vimos en todos los sistemas puestos a la luz de tal orientación y con método positivista; excepción hecha del claro concepto de Del Vecchio, sobre la razón de ser y la necesidad de una investigación de la experiencia social-jurídica, no ya por contentarnos con sus resultados inmediatos, sino con los fines mediatos que perseguimos al realizarla, o sea buscando la manifestación empírica de aquellos elementos necesarios del espíritu que la Filosofía del Derecho revela *a priori* y la experiencia confirma como reales y estables.

PSICOLOGÍA JURÍDICA

*Miguel Herrera Figueroa**

SUMARIO

1. Visión de la psicología jurídica.- 2. Psicología y Derecho.

1. Visión de la psicología jurídica

En la panorámica de la ciencia psicológica aparecen en el horizonte contemporáneo dos grandes edificios. El de la psicología anormal y el de la psicología social.

De la primera nos hemos ocupado en forma expresa. De la segunda, haremos aquí referencias tangenciales. Hemos formulado algunas al tratar el vocablo Psicología criminal, por ser ésta una de las ramas del conglomerado

* Nació en Salta, Argentina, el 17 de junio de 1913. Estudió en Buenos Aires, donde se doctoró con una tesis iusfilosófica. Desempeñó los cargos de fiscal del crimen en Santiago del Estero, y el de procurador fiscal en la ciudad de Tucumán. Además, fue catedrático de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho en la Universidad Nacional de Tucumán. Fue autor de múltiples ensayos, a saber: *Justicia y Sentido, La ciencia del derecho, En torno a la filosofía de los valores, Sociología y Derecho, Estimativa jurídica del Materialismo Histórico y Psicología y Criminología.*

que designamos con el nombre de psicología social, también en este conjunto de disciplinas se ubica la psicología jurídica o forense como prefieren llamarla algunos, dentro de la que se alinea la psicología criminal.

Desde este marco sistemático, donde la psicología social se muestra como un abanico compuesto por psicologías socio-económica, socio-militar, socio-religiosa, socio-pedagógica, socio-laboral, etc., podemos visualizar también la psicología socio-jurídica, o simplemente jurídica, o psicología forense.

La psicología jurídica, es ante todo una psicología social, una disciplina ocupada de los aspectos psíquicos caracterológicos del quehacer jurídico, del comportamiento jurídico-social, donde involucramos la situación jurídica integral.

La moderna ciencia psico-forense estudia resultados. Tiene una indudable vocación empiricista y dialéctica. La existencia de múltiples métodos y escuelas psicológicas, no empaña su calidad científica, por el contrario, la afirma.

Entre las muchas escuelas que han traído soplos renovadores que importan progresos científicos figuran las corrientes analistas (psicoanálisis y entoanálisis, incluida la fenomenología), la escuela caracterológica, la de la psicología de la forma (*gestalt*), la genética evolutiva, la neuro-reflexológica y el conductismo en sus desarrollos posteriores (variantes topológica vectorial y afines).

Desde todas las escuelas psicológicas, avanza fortificada la idea de complementaciones de desarrollos y la de

conectar a la psicología interdisciplinariamente con el resto de las ciencias del mundo cultural.

Estos propósitos e intentos fructificaron en las disciplinas forenses con singular relevancia y la psicología vino a enriquecer aspectos de la ciencia jurídica, al tiempo que se enriquecía a sí misma con las finas experimentaciones y meditaciones labradas por los juristas sobre temáticas del comportamiento lindantes con el Derecho. Se ha operado una recíproca ayuda interdisciplinaria entre Psicología y Derecho, de la que se beneficiaron ambas. Aquí vamos a poner énfasis en los despliegues jurídicos.

El mundo jurídico-social se abre en distintas ramas. Así aparece escindido en dos grandes sectores: Derecho público y privado. A partir de ellos, hay múltiples distingos y una sistemática de materias, todas las cuales participan en los hechos psico-sociales.

De esta manera, la psicología jurídica se convierte en otras tantas ramas especializadas, en las que los desarrollos sistemáticos aparecen disparejamente trabajados. De ninguna manera podrían compararse las finas construcciones labradas sobre psicología jurídica criminal o psicología ius-política, con las incipientes sistematizaciones, de psicología jurídica agraria o civil.

Como lo manifestáramos en el Primer Congreso Argentino de Psicología (Tucumán-Salta, 1964) en el que participamos en carácter de relatores de la Comisión de Psicología Jurídica, en los tiempos actuales, conquistas logradas por la ciencia psicológica imbrican indisolublemente, a las perspectivas subjetivas disposicionales de la

personalidad humana con las dimensiones sociales del ser del hombre. El oficio del psicólogo alumbró la misión del jurista en todos los estratos y gradas del Derecho. De simples y oficiosas, las funciones de psicólogo jurídico, van pasando a constituirse en funciones oficiales del Estado actual.

El campo de la psicología se le presenta propicio al jurista, a punto tal que ninguna especulación jurídica, si ha de ser buena, puede ser formulada a espaldas de la psicología. Todo el mundo forense se sombrea con la psicología. El jurista ha comprobado que las excelencias de sus técnicas específicas, sólo alcanzan ciertos niveles, con el auxilio directo de la psicología. No le ha bastado el dictamen o pericia del psicólogo, sino que él mismo se ha visto necesitado a convertirse en psicólogo. Así labra su hacer jurídico a la lumbre de una despejada especulación psico-social.

El fondo de verdad de esto es que la ciencia psicológica se ha hecho imprescindible en el mundo jurídico moderno y, quien le otorgue mejor empleo, obtendrá los más calificados resultados forenses, muy especialmente en lo que a estudios psicológico-criminales se refiere.

El Derecho contemporáneo ha llegado a la conclusión de que una política social que se precie de seria, debe seguir los derroteros alumbrados por la psicología jurídica, y el psicólogo jurídico-social ha conformado su misión procurando luces para las razones de necesidad social que urgentes apremian su diaria labor. Su misión recibe sentido de los apremios de la comunidad y proyecta sentido sobre los servicios sociales normados.

La comunidad al plasmar su pensamiento cumbre, al modelar su constitución nacional, acuciada por la necesidad de establecer la deseada armonía de valores que procuran mantener el orden, lograr la seguridad, instaurar el poder, consolidar la paz, la concordia y la prudencia, promover la cooperación, la solidaridad confraternal y la justicia, acude a tomar en cuenta, entre otras, las opiniones decantadas por la psico-sociología. El psicólogo en tal instancia provee tónicas amplias y generales. Su sabiduría se recuesta más en los aspectos sociales, que en las dimensiones íntimas de la personalidad humana.

El sentido que transmite la Carta Magna del país, es retomado de nuevo por el psicólogo social jurídico en su misión de proyectar los caminos legislativos del Derecho. Toma sentido la misión del psicólogo en el espíritu jurídico que empaña su Constitución y fecunda el pensamiento del legislador con su consejo. En posterior etapa recoge el sentido jurídico inserto en la ley aprobada que, ya por ello, es pensamiento de la comunidad y del espíritu del ordenamiento legislativo y, en otra singladura de planos concretos, frente a las determinadas individualidades humanas, al caso singular concreto, al caso jurídico *strictu sensu*, bosqueja su dictamen psico-social que ilumina por vía axiológica la pluma del juez que sentencia, o la de los funcionarios ejecutores de la sentencia, estructura donde asienta la experiencia singular concreta del Derecho.

Desde esta altiplanicie, el psicólogo cumple diversas funciones graduadas por la ciencia jurídica. Su misión consiste en clarificar las distintas gradas del ordena-

miento jurídico ayudando con sus interpretaciones la verdadera conciencia jurídica de la situación concreta. En alguna forma, cuando el juez dicta su sentencia, lo hace por boca del psicólogo o actuando él mismo como psicólogo. Estas luces psicológicas penetran el campo jurídico por vía valorativa.

La axiología jurídica, o teoría de los valores del Derecho, está en plena reelaboración. Muy especialmente porque a la faz del Derecho penal y penitenciario se refiere, aunque, en importantes aspectos, también del Derecho político y del Derecho laboral.

Lo que es indudable y se ha palpado en forma definitiva desde el siglo pasado es que en Derecho penal, la disciplina jurídica que estudia el delito, es la que más ha necesitado de la labor del psicólogo. En el mundo criminológico, desde el plano de los valores jurídicos, alumbró al psicólogo del crimen al jurista. Desde luego que tanto el criminólogo como el jurista, deben manejar estas valoraciones con toda la carga del sentido afirmativo que han logrado Derecho penal y Psicología criminal en nuestro tiempo. Efectivamente, el penalista ha necesitado con urgencia el asesoramiento del psicólogo en su diaria labor, e inclusive se ha hecho psicólogo, vale decir, criminólogo, o lo que es lo mismo estudioso de la psico-sociología criminal.

El jurista de tipo civilista o comercialista, no ha necesitado una ciencia de la complejidad de la criminología para abrirse camino en terreno axiológico. A nadie se le ha ocurrido hablar por ejemplo de civiología, aunque

ahora ya empiezan a formularse las primeras designaciones de comerciología cuando se alude a la gran cantidad de conocimientos de psicología social de tipo comercialista.

No ha necesitado el jurista civilista una disciplina que le estudie las fuentes y motivaciones de las conductas interferidas civilmente. La etiología de estas conductas, pese a que muchos casos logran los tonos patéticos de la conducta criminal, no interesó mayormente ser alumbrada desde una específica psicología.

De haberse elaborado la civiología, el jurista civilista habría obtenido con el manejo de la misma un apreciable auxilio en su labor cotidiana. Lo que ha pasado es que sabiamente se substituye la sistemática de este estudio especial por una adecuada dosis de conocimientos de psicología judicial y sociología jurídica general, que permitieron moverse con holgura en un campo donde se podía prescindir en cierto sentido del ahondamiento psicológico específicamente dirigido. Se le reemplazó por otro general de psicología jurídica de amplios horizontes.

En materia criminal ocurrió una cosa muy distinta y las necesidades del penalista se mostraron mucho más urgentes por el apuro en comprender el significado abismal de ciertas conductas. Hubo que recurrir a terrenos biopsico-sociológicos en busca de la ayuda develadora.

2. Psicología y Derecho

La analítica existencialista del “ser ahí” (Dasein) es anterior a toda psicología, nos ha dicho Martin Heidegger en su obra fundamental, *Sein und zeit*.

Los develamientos de la filosofía moderna han posibilitado a un buen número de ciencias, a dar cabalmente con el objeto propio de estudio. Aunque esto parezca harto paradójico, por ejemplo en el caso del Derecho y mucho más aún en el de la psicología humana, dicha afirmación es cierta. Recién el advenimiento de la fenomenología ha permitido ver que la conducta humana es el objeto propio y específico de ambas disciplinas.

Psicología y Derecho, tienen idéntico soporte, el comportamiento humano. Una condición de toda ciencia, es tener claro y deslindado su objeto de estudio. Ambas ciencias lo tienen y pareciera ser el mismo.

En realidad de verdad es el mismo, pero enfocado desde distintas perspectivas, según los intereses particulares de cada una de ellas. Una tercer disciplina interfiere en los puntos de contacto de Psicología y Derecho: la sociología. La conducta del hombre es también el objeto propio que estudia la sociología.

La filosofía de la cultura desde Rickert en adelante, alumbrada con los aportes fenomenológicos, ha logrado esta visualización, en especial la que encuentra estrechamente emparentados los planteamientos psicológicos y sociológicos, vale decir, lo psíquico y lo social entroncado en lo cultural formando una común estructura, sólo distinguible en funciones de estudio pero indesgajable en la realidad.

Ralph Linton ha sindicado a la cultura con indudable precisión y profundidad, cuando la llama herencia social. En el aprendizaje, comunicación y transmisión de esta

especialísima herencia social, psicología y sociología, conjugan inescindiblemente sus labores. Ambas hincan sus afanes científicos frente al estudio de las instituciones que moldean el desarrollo del individuo, y que éste, en el desenvolvimiento armónico con sus semejantes, remodela una y otra vez hasta encontrar el perfil psíquico-societario adecuado al normal equilibrio de convivencia humana, que fundamente el “*status*”.

De este juego institucional moldeado por la persona individual frente a su mundo y las demás personas, nace un estado social, que se hace Estado propiamente dicho, vale decir, Derecho que es lo mismo, sinónimo de Estado. Estado y Derecho son caras de una misma e idéntica medalla, ambos, conducta humana plenaria interferida.

Todas estas sencillas verdades aparecen escondidas tras una maraña de teorías que la mayoría de nuestros estudios todavía no han podido abrir a la claridad de la luz del día.

La psicología estudia el deber ser existencial en que el ser de la conducta humana consiste, viéndolo desde el fondo de la personalidad, en sus relaciones con el mundo circundante. Desde la conciencia o más propiamente dicho desde la intencionalidad de la conciencia del hombre.

La sociología también estudia en su ser a la conducta del hombre, pero visualizada desde sus dimensiones interferentes con otras conductas, vale decir, se ocupa del deber ser existencial en cuanto ser societario.

Psicología y sociología operan en el plano del ser del deber ser existencial que la conducta humana es. Con el

Derecho, la situación es distinta en sus acentos. No es sólo el deber ser existencial el que se pone en juego sino también el deber ser lógico y el deber ser axiológico. El deber ser existencial jurídico, involucra un determinado pensamiento normativo que lo integra, un deber ser lógico que lo piensa y también un deber ser de tipo axiológico, ínsito en toda conducta jurídica. Desde luego, que el único “deber ser” con realidad ontológica, es el deber ser existencial a secas, el comportamiento del hombre, que nunca, en ningún caso ni por ninguna circunstancia, deja de estar normado y de tener algún sentido orientado a valores.

El plano del Derecho entonces, ontológicamente normado, y por tanto distinto de aquel en que se mueve la psicología. La diferencia es de perspectiva.

La psicología y la sociología, dedican cada vez capítulos más extensos a los desarrollos de psicología social, sociología psicológica, socio-antropología, o de sociología antropológica, a la búsqueda (consciente o no, más comúnmente inconsciente o por lo menos no sistemática) de planteamientos unitarios, abarcadores de ambos continentes donde se integran totalmente los contenidos humanos.

Estamos entonces frente a la búsqueda de un nuevo tipo de psicología más estrechamente referenciado al hombre plenario, histórico. Al hombre, objeto de nuestro estudio, lo consideramos en su vida societaria y esta no es otra que la que se vive sobre formas hechas, transitando caminos ya trazados, utilizando posibilidades previa-

mente estatuidas, en una palabra no estrenándose como hombre, como por ejemplo el tigre se estrena como tigre, según la feliz expresión de Ortega. En toda la obra de don José Ortega y Gasset (obras completas, *Revista de occidente*, Madrid), hay un intento renovado de construir una nueva psicología.

El avance de estas disciplinas ha presenciado paralelo proceso en el Derecho. El subsistema iuspolítico, desde el momento que toma como objeto propio de estudio a la conducta humana, conecta su estructura a la de la vida personal y a la de la vida social del hombre y, a ambas, con carácter de forzosidad, pues siempre el ser del hombre es personal y un ser con, un *mit-sein* conforme lo afirmó para siempre Martin Heidegger en "*El ser y el tiempo*" (FCE, México, 1951).

Este ser contiene pasiones, se emociona, desata impulsos, llora y ríe individualmente y su condición de ser social no obsta en absoluto a su intimidad ni a su libertad. El mundo social en que vive inmerso le posibilita su soledad, se vive sólo de alguien, apartado de los demás, y este mundo social hace realmente más libre al hombre desde que sin él tendría que atender las múltiples necesidades materiales que harían desatender las esferas personales que de verdad le interesan para autenticar mejor su libertad, vale decir, sus predilecciones, las libres elecciones y estimaciones que afirman su personalidad.

Aquí el mundo iuspolítico juega su importantísimo rol de organizador de la libertad, o lo que es lo mismo, de la conducta del hombre en sociedad. Todo esto, cuanto

menos, en lo que hace referencia al plano orgánico-corporal material en que el hombre consiste.

La *psique* humana constituye en singulares plasmaciones los usos, costumbres y creencias, que rigen la convivencia de los hombres y estas entidades que instauran el común conocimiento y entendimiento entre los humanos, remodelan a su vez la *psique* del hombre. Lo subjetivo objetivado vuelve por sus fueros influyendo en la subjetividad individual. Cuando esta influencia es coactiva -el caso del Derecho- la situación conflictiva desemboca en alguna salida. O acompleja la personalidad humana, o ésta se impone socialmente modificando la norma jurídica que provoca el conflicto. En todo caso, la conducta jurídica tiene estrechos puntos de contacto con la psicología humana. Desde los conceptos y juicios que ésta estructura, desde las descripciones narrativas logradas por la psicología, cobran sentido y fundamentación ontológica los preceptos jurídicos.

La vivencia psicológica articula su trama inserta en lo que el hombre es totalmente y las distintas formas de vida se estructuran en el conglomerado social real, que compone a su vez algún sistema de cultura. Esta gradación impone en los sistemas culturales la presencia viva de las conductas concretas que las componen y, de más está decir, que no es pacífica esta plasmación.

La tensión que permanentemente desencadena el juego conflictivo psíquico individual y social, es armonizada por el arte, por el lenguaje, por la moral, por la religión, etc., pero sobre todo por los controles iuspolíticos.

La vivencia psicológica opera desde una cultura con un determinado subsistema de controles iuspolíticos que se plasman en el Derecho. Cultura y Derecho en abstracto no tienen sentido sino como formas ideales. Su sentido brota de la vida singular concreta que los vive, y al vivirlos, les provee y reafirma en cada paso el sentido cultural y jurídico que vivencia.

Así, el Derecho no es un algo que se pueda objetivar hasta ser desgajado del ente humano. Su existencia no es independiente a la del hombre, sólo se da en ella y cada trozo de ella puede ser visualizado jurídicamente. No acontece esto con algunas otras zonas de la cultura, cuyo substrato no está inserto en la vida del hombre, por ejemplo con el arte.

Con la vida psíquica, acontece lo mismo que con el Derecho. Ella está inserta en la existencia, constituyendo su fundamento, conciencia y memoria constituyen al hombre como ser, son actividades humanas intransferibles. El estudio de estas actividades intencionales, conscientes y subconscientes en sus planos intelectualizados, emocionales y volitivos, fundamentalmente analíticos y descriptivos, son la substancia misma de lo psicológico.

La psicología moderna, estudia las dimensiones más profundamente abismales y también las estructuras más superficiales del ser humano. En fin, la psicología abarca el estudio de todo teórico sociocultural y espiritual relacionado con sus objetos. La amplitud de este punto de vista es mayúscula y aparece sólo limitada por la consi-

deración de la psicología de los objetos en sí mismos y de las leyes que los mientan.

La actividad humana, siempre arroja luz sobre las características del espíritu. La actividad jurídico-social ha enriquecido múltiples aspectos de los estudios psíquicos. En forma inversa, el Derecho debe a la psicología mil y un alumbramientos. Todas las estructuras del conocimiento jurídico han abrevado en el estudio de la psicología humana. No digamos del Juez en su diaria actividad al dictar la norma del caso singular concreto en que su sentencia consiste, sino del mismo legislador al estudiar la norma general y estatuir la que regirá a la comunidad. Cuanto debe a la psicología podría ser medido con el siguiente cartabón: Cuanto más afirmada en la psicología humana una norma jurídica, tanto mayor vigencia obtiene en la realidad. Esta regla es válida en todos los estratos jurídicos.

Por ello es que afirmamos la recíproca ayuda que ambas disciplinas se prestan, sin pretender declarar consecuentemente carácter de necesidad a estos recíprocos alumbramientos. El Derecho puede prescindir de la psicología y consiguientemente la psicología de lo jurídico. Ambas disciplinas tienen una independencia de criterio que no está en nuestro ánimo aminorar en este intento de establecer relaciones y develar el aporte fecundo del estrechamiento y de vínculos. El Derecho tiene su propia y específica realidad, pero acuden permanentemente a auxiliarla, otros estudios, entre los que destaca epicéntricamente la psicología jurídica.

ÍNDICE

I. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Los incentivos de la Filosofía	3
<i>William James Durant</i>	
Filosofía: Concepto y División	31
<i>J. J. Rodríguez Rosado</i>	
Contenido de la Filosofía del Derecho	61
<i>Rafael Preciado Hernández</i>	
Filosofía del Derecho.....	75
<i>Luis Recaséns Siches</i>	
Filosofía Jurídica y Teoría General del Derecho	111
<i>Eduardo García Máynez</i>	
La Teoría de los Tres Círculos reexaminada	125
<i>Miguel Villoro Toranzo</i>	

II. DERECHO Y UNIVERSO

Pregunta sobre cuál es la región del universo a la que pertenece el Derecho..... 151
Luis Recaséns Siches

Cuestión primera del Derecho 189
Domingo de Soto O. P.

El Derecho como la expresión del espíritu 201
Carl J. Friedrich

Síntesis de la investigación sobre los primeros principios del Derecho..... 217
Rafael Preciado Hernández

**El problema de la validez del Derecho.
Una cuestión límite del Derecho 233**
Hans Welzel

La Teoría Crítica del Derecho 283
Rudolf Stammler
(Introducción y Traducción por
Juan José Bremer Barrera)

Sobre la ley humana en general 409
Domingo de Soto. O. P.

III. CIENCIA Y DERECHO

La Ciencia Moderna..... 443
Miguel Villoro Toranzo

Ciencia Jurídica 457

Ernesto Eduardo Borge

Dogmática Jurídica 485

Juan Carlos Gardella

Etnología Jurídica 513

Ernesto Eduardo Borge

Psicología Jurídica 579

Miguel Herrera Figueroa

Lecturas de Filosofía del Derecho, Volumen I,
se terminó de imprimir en diciembre del 2001.
La edición consta de 1000 ejemplares, y la
revisión y supervisión editorial estuvo al cui-
dado de los licenciados Antonio Muñoz Cano
Eternod y Juan Carlos Gómez Martínez.

Diseño
Ismael González Reyes

DIRECCIÓN GENERAL DE ANALES DE JURISPRUDENCIA Y BOLETÍN JUDICIAL



Sexta Época. Segunda Etapa

**Dirección General de Anales
de Jurisprudencia y Boletín Judicial**

Colección "Doctrina"