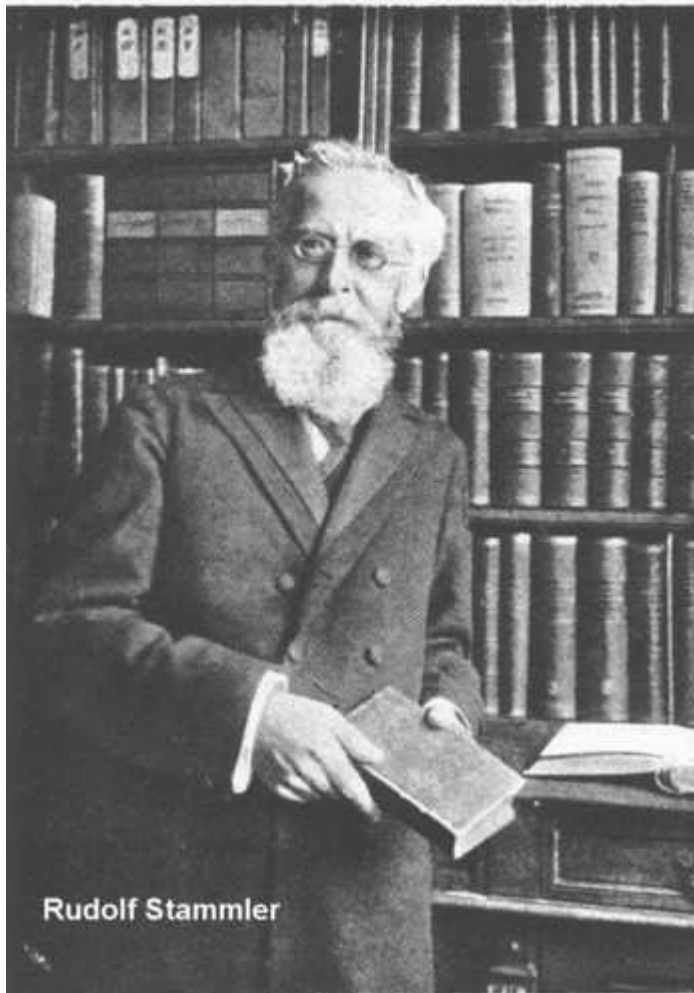


Rudolf Stammler

Teorías del derecho y del Estado

http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/teorias_derecho/indice.html



Indice

Indice

Presentación

Palabras del autor

La razón del Estado

Las utopías

El derecho natural

El derecho como parte de la naturaleza

La lucha por el dinero y la riqueza

La tarea de la perfección

El contrato social

El eudemonismo social

El derecho racional

La escuela histórica

El derecho del mas fuerte

La doctrina teocrática

El liberalismo

El Estado mayoritario

El materialismo histórico

El anarquismo

El empirismo jurídico

El realismo jurídico

La sociología

El derecho libre

Presentación

Rudolf Stammler, el en otra hora afamadísimo jurista alemán, fue uno de los investigadores jurídicos que abordó el tema del anarquismo en su relación con el derecho.

En la obra que aquí presentamos, Stammler dedica un apartado específico al tema libertario, y sabemos, aunque por desgracia no hemos podido tener en nuestras manos esa obra, que escribió un libro titulado *Die Theorie des Anarchismus (La teoría del anarquismo)*, en el año de 1894. Desconocemos si existe alguna traducción al castellano de esa obra.

La obra que a continuación publicamos, *Teorías del derecho y del Estado*, constituyen algunos apuntes de Stammler, que utilizaba para impartir cursos y conferencias.

De hecho esta obra esta compuesta por una serie de fichas que pueden ser de gran utilidad tanto para estudiantes, como para maestros de derecho, y también investigadores o personas interesadas en alguno de los temas que Stammler aborda.

Esperamos que la presente edición logre ser de utilidad para quien, por el motivo que sea, la lea.

Chantal López y Omar Cortés

Palabras del autor

✘ **Teoría** es una doctrina de validez general. Se distingue de la **técnica** y de la **práctica**.

La **técnica** se caracteriza por limitarse a un fin concreto, se detiene en un punto de vista determinado tomándolo provisionalmente como la última meta. La **teoría** va a la totalidad de la vida espiritual y persigue el acomodamiento armónico de todo acontecimiento determinado en la unidad de la conciencia.

La **práctica** es la aplicación de una doctrina a un caso individual. Le es indiferente que sea una cuestión **teórica** o **técnica**. Se trata simplemente de subsumir a la regla pertinente una cuestión concreta planteada en la experiencia.

II. Entre las doctrinas que pretenden una validez general hay que distinguir las que persiguen una verdad absoluta de las que persiguen una verdad objetiva.

Las últimas tratan la materia de nuestra percepción según normas generales; elaboran pues impresiones y aspiraciones por un método fundamental y fijo. Pueden ser mejoradas mediante nuevas observaciones o por un examen más preciso de su contenido. Para ellas rige el progreso de la ciencia.

Absoluta sólo puede ser la forma igual e inalterable por la que pueden determinarse y juzgarse unitariamente todos los fenómenos concretos. El modo determinante de ordenación se viene llamando siempre en el lenguaje científico forma del conocimiento. Ha de ser en sí mismo incondicionado ya que de otro modo todo contenido de la conciencia sería confuso e inestable.

El establecimiento de las formas puras de la determinación y del juicio unitario es la **teoría** en el sentido más preciso de la palabra. Debe encontrarse mediante la reflexión científica como respuesta a la cuestión: ¿en qué proceso estable de conocimiento son posibles orden y unidad en la conciencia?

III. La misión de una **teoría del derecho y del Estado** es pues encontrar lo que en el **derecho** y en el **Estado** tiene validez general. Ha de exponer las formas puras en las cuales pensamos jurídicamente y juzgamos una voluntad jurídica dada. Al querer dar el método uniforme para la apreciación de pensamientos jurídicos, busca la medida con la cual se pueda demostrar científicamente o sea un modo incondicionalmente unitario - si un precepto jurídico es o no **justo**.

IV. La historia de los esfuerzos en este sentido acompaña a la evolución general del pensamiento teórico.

Estos esfuerzos alcanzan en la antigüedad su cúspide en la filosofía griega, son elaborados por la jurisprudencia romana de un modo más

intuitivo y la escolástica de la edad media desgrana las consecuencias de sus principios generales.

La edad moderna ofrece una cadena ininterrumpida de tentativas de elaborar el pensamiento fundamental unitario de todo derecho posible y coordinar a este con la normalidad de nuestra existencia en general.

La razón del Estado

I. **Nicolás Maquiavelo** nació en 1469 en Florencia. En 1498 entró al servicio de su patria que se había constituido en República en 1494. La restauración de los Médici por el Papa Julio II en 1512 le costó su destino. Su participación en conspiraciones republicanas le llevó a la prisión por algún tiempo. Todos sus esfuerzos por reintegrarse al servicio público fueron vanos y en 1527 murió en su finca *La Strada* cerca de Florencia.

Maquiavelo dejó cuatro obras importantes: *Sobre el Arte de la Guerra*, *Historia Florentina*, *El Príncipe* y *Discursos (Consideraciones sobre la primera década de Livio)*. Aquí interesan las dos últimas, escritas simultáneamente y publicadas sólo en 1531. *El Príncipe* lo dedicó a Lorenzo de Médici, la otra a dos amigos republicanos. De ello se ha querido sacar una contradicción consistente en que de un lado recomienda la monarquía y de otro la República inspirada en la antigua Roma. No hay razón para ello. Maquiavelo sostiene que ninguna forma del Estado es la mejor y que las instituciones políticas necesariamente han de cambiar.

En esto se apoya en Aristóteles recordando el ciclo que éste registra en la historia política: instauración como soberano del más fuerte y apto, degeneración de los sucesores, gobierno aristocrático en manos de los que por su alteza espiritual, nobleza de sentimientos y riqueza aparecían superiores a los demás, luchas intestinas entre sus sucesores por el egoísmo y la violencia, creación de una democracia que lleva al desenfreno de la multitud y es nuevamente sucedida en el poder por un soberano. Raramente sin embargo sigue un Estado toda esta trayectoria. Por lo general se derrumba en el camino (*Discursos* I, 2).

Maquiavelo saca de la experiencia que se refleja en la historia política una serie de reglas y de consejos para el político, sobre todo para el soberano. Al lado de muchas observaciones acertadas y útiles se encuentran sin embargo otras que siempre se han considerado infundadas y nocivas. Por ejemplo, la aniquilación de una dinastía que ha sido superada o de una ciudad libre que ha sido vencida; recomendación de la felonía si conviene al interés del Estado y su célebre consejo: *Si un príncipe se quiere mantener en el poder ha de aprender a no ser bueno (Príncipe, C. 3,5,15, 17, etc.)*.

II. El esclarecimiento de esta contradicción tiene sus dificultades.

Una explicación puramente histórica que se limitase a referir el origen de aquella teoría a la situación del autor en aquel momento, nos dejaría a oscuras sobre su justificación sistemática. La simple constatación de que Maquiavelo vió y tomó a los hombres como son

no resuelve el problema. Pues él proclama su doctrina y sus consejos partiendo del supuesto de alcanzar con ellos un resultado justo.

Por ello el libro del *Príncipe* no ha podido librarse de ser tomado por una sátira - aun cuando sin razón. Pues la clase de consejos que Maquiavelo da es la misma para la monarquía que para la República; hasta se da frecuentemente el caso de darlos simultáneamente para ambas (por ejemplo, en los *Discursos* I, 10; 10 y sigs. y 51; II, 20 y sigs.; III, 3, 19 etc.). De hecho contienen casi siempre observaciones sagaces y seriamente acertadas, impregnadas de un ardiente patriotismo (*Príncipe*, 26). No hay motivo alguno para calificarle simplemente de monstruo moral como lo hizo Federico II en su *Antimaquiavelo* (1740).

III. En verdad Maquiavelo persigue un estado de cosas objetivamente justificado. Sólo que a él le bastan la formulación jurídica y la coacción estatal. Los hombres - dice - son naturalmente malos (*Discursos* I, 2; *Príncipe* c. 17, 18) y las leyes los hacen buenos (*Discursos*, I, 3). Así fue Maquiavelo el fundador de **la Razón de Estado** que tanto se ha invocado desde él y que toma como medida suprema de la voluntad humana el imperativo del Estado en el lugar y el tiempo.

Por este razonamiento se explica que Maquiavelo llegase a considerar lícito cualquier medio para el establecimiento y mantenimiento de un Estado fuerte. Así la religión es para él solamente una organización externa para apoyar el orden estatal (Ver, *Discursos*, I, 11). Para Maquiavelo sólo son malas leyes las que favorecen el debilitamiento de la coacción estatal (Ver, sin embargo, *El Príncipe* c. 15).

IV. La doctrina de Maquiavelo, sometida a un examen crítico, resulta deficientemente fundada.

Ante todo le falta la necesaria distinción del **derecho y la moral** y no menos del **derecho y del Estado**. Pero, más que eso, su desarrollo carece de claridad sobre la medida última y definitiva e interiormente fundada, de una voluntad jurídica.

El carácter de lo bueno no puede consistir simplemente en acomodarse a los artículos de un **derecho estatal**. Pues éste tiene sólo trascendencia condicional y limitada. Para constatar una voluntad fundamentalmente justa hay que enfocar el anhelo nacido empíricamente hacia la idea de la pureza de la voluntad. Nos hemos de imaginar una voluntad que esté libre de todo anhelo subjetivo del individuo volente y juzgar el contenido concreto de una inspiración jurídica con esta idea de la **voluntad pura**.

Si el derecho históricamente dado, por su particularidad, no da la medida ideal de lo bueno y honorable, resulta infundada la opinión de Maquiavelo que no puede haber otra norma de valoración que la

observancia del derecho positivo. No quiere esto decir que no deba protegerse por fuera y por dentro el derecho vigente contra su infracción arbitraria: derecho y fuerza no son contradictorios, sino que se han de completar en lo necesario. El derecho, como una clase especial del querer humano, debe encontrarse por el método crítico. Con relación a la fuerza se plantea el problema psicológico de cómo llega a tener vigencia una voluntad comprendida como derecho. Sin esto último no tiene valor práctico alguno la reflexión crítica sobre el concepto del derecho.

En esto tenía razón Maquiavelo; pero con ello no nos dió la norma orientadora de la misión del político y el legislador. Esta misión no se agota con la imposición de un derecho tal como es, sino que culmina en su constante rectificación y mejoramiento según la idea de la **Justicia**. Hacia ella se ha de dirigir aun el derecho más fuerte. La idea de **Justicia** y no *el derecho del más fuerte* (como lo hace notar Fichte en su comentario a *La Política de Maquiavelo*) justifica la aspiración a liberarse de la opresión arbitraria del enemigo y del extranjero con cuya invocación Maquiavelo da brillante remate a su tratado del *Príncipe* (*Príncipe* c. 26).

Las utopías

✘ **Tomás Moro.** Nacido en Londres en 1478. Lord canciller en 1529. Se negó a prestar el juramento de vasallaje a Enrique VIII y fue decapitado en 1535.

Escribió **De optimo rei publicae statu deque nova insula Utopia**, publicada en 1516 en la que fantasea sobre un Estado modelo de tipo comunista.

II. Esta fantasía sobre *un país de ninguna parte* desde el punto de vista político social tuvo buena acogida y encontró numerosos imitadores entre ellos Campanella con su *Civitas solis* (1620), Harrington en su *Oceana* (1656), Vairasse en su *Histoire des Sevarambes* (1677), Cabet en su *Viaje a Icaria* (1840), Bellamy en su *Mirando atrás 2000 - 1887* (1887), Hertzka en su *Tierra Libre* (1890), etc.

En cambio la historia nos ofrece sólo contados ejemplos de experimentos comunistas. Desde ciertos aspectos lo fue la constitución de Licurgo en Esparta. No así las primeras comunidades cristianas que vivían en propiedad privada con su complemento, la ayuda fraternal (véase *Apóstoles* 2, 44 y sigs., 4, 32 y sigs., 5, 1 y sigs.; Ananías debió poder conservar su propiedad, pero no engañar al apóstol). Si, en cambio, desde el siglo XVI, los anabaptistas y ciertas sectas y comunidades religiosas especialmente en los Estados Unidos (destacándose la secta de Amana y en cierto modo los mormones) y más recientemente ciertas comunidades puramente civiles (véase Katscher, *Soziale Gemeinwesen*, 1906). De cierta manera los jesuitas en Paraguay de 1610 a 1766.

III. Es muy dudoso que el libro de Moro haya sido influido por Platón. En todo caso se trataría del *Diálogo* inacabado *Kritias* o *Atenas y Atlantis nueve mil años antes de Solón*. Pero sólo describe la simplicidad, valentía y patriotismo de los antiguos atenienses sin hacer la menor alusión a su organización estatal. En sus obras fundamentales (*Estado*, *Leyes*, *Política*) no da Platón *utopías* y si sólo orientaciones formales para una buena política. Por un procedimiento complicado debía independizarse al grupo gobernante de la presión de la masa y de la simple adición de intereses personales (mientras que en *Politikos* c. 41 proclama como mejor forma del Estado la monarquía ligada a las leyes). Sólo en este sentido se exige de los pretendientes a los cargos de gobierno que han de ser en número muy pequeño, que no tengan familia ni patrimonio. La gran masa de la población debe vivir en propiedad privada y libertad de contratación, si bien alejada por completo de las funciones públicas, todo lo contrario de la situación en la *Isla de Utopia*.

IV. Las utopías son obras poéticas. Pero no se contentan con el deleite del despliegue artístico de la imaginación creadora (como en la antigüedad los no conservados romances de Kekateos, Jambulos, Theopomp y especialmente la descripción de la Isla Panchaia de Euhemeros y en tiempos posteriores ciertas leyendas y viajes de aventuras como los *Viajes de Gulliver* de Swift). Su propósito es oponer seriamente a las condiciones sociales dadas en la historia, otras mejores. Exponen proyectos de nuevas instituciones jurídicas y describen las consecuencias que de ellas esperan.

Por otra parte esto sucede con todo proyecto de ley que surge en cualquier momento. Y ambas cosas - tanto la utopía como cualquier movimiento reformador en la política práctica - nacen del derecho anteriormente vivido; en la forma de nacimiento no se distinguen entre sí.

La característica diferencial de la utopía está en que inventa determinadas cualidades de los hombres que describe y ciertas posibilidades tecnológicas de la conducta. A esta existencia imaginaria aplica luego las instituciones políticas y jurídicas que proyecta. (De ahí la sátira de Holberg, que se burla de los Estados ideales presentándonos, en su *Viaje subteraneo de Niels Klimm* (1741), organizaciones sociales de árboles ambulantes, tigres dotados de razón y otros imaginarios seres sociales).

Esas organizaciones jurídicas se presentan en las utopías como fundamentalmente justas. Pero les falta la prueba de ello derivada de una teoría jurídica fundada en si misma. Por ello las utopías, como descripciones poéticas, tienen su valor estimulante en el examen crítico de nuestra vida y nuestro derecho, pero ninguna importancia inmediata para el esclarecimiento del buen método de tratar científicamente la cuestión social.

El derecho natural

I. Derecho natural es un derecho cuyo contenido responde a la naturaleza.

Se trata de un derecho fundado en si mismo que se opone al mero derecho positivo. Como norma de orientación se toma la naturaleza. Pero este concepto se usa sin duda en una significación transpuesta. Y como no puede ser ésta la de la incultura, no puede entenderse con ella mas que la esencia (esencia de una cosa: la unidad de sus condiciones permanentes). Pero aun así, puede entenderse de dos modos: a) Naturaleza del hombre; b) naturaleza del Derecho. Del primero nace el derecho natural; del segundo el derecho racional.

II. Los más importantes representantes del Derecho natural son:

1. **Hugo Grocio** (1583 - 1645). Son de citar *Mare liberum seu de iure quod Batavis competit ad Indica commercia* (1609) y mas aun *De iure belli ac pacis* (1625).

Grocio plantea el expresado problema con el firme propósito de independizar sus deducciones de la tradición canónica. Al postular un derecho natural que rija aún por encima de los Estados es el fundador del moderno *derecho de gentes*.

Al retroceder a la esencia de la naturaleza humana postula como característica esencial del hombre, con exclusión de todos los demás seres, el *appetitus societatis* o sea la tendencia hacia una vida pacífica y, a su juicio, ordenada con sus semejantes.

A ello hay que agregar la facultad humana de conocer y seguir lo que es útil, por encima de los impulsos sensuales del momento.

De ahí que pueda demostrarse *a priori* que un precepto lo es de derecho natural si *ostendatur alicuius rei convenientia aut disconvenientia necessaria cum natura rationali ac sociali* (por ejemplo, no ejercer violencia sobre otro, que corresponde al derecho natural de legítima defensa; observar los contratos, etc.) Esta prueba puede reforzarse con otra *a posteriori*: el reconocimiento de estos preceptos como derecho natural por todos los pueblos, al menos los pueblos civilizados.

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 sociable; en tal caso los niños, los ignorantes, los intemperantes deberían serlo como los demás hombres y sin embargo son inaccesibles al propósito y condiciones de la comunidad jurídica. El derecho y el Estado no pueden explicarse por la simple capacidad y tendencia natural del hombre hacia ellos. La característica fundamental de la naturaleza humana es, al contrario, según Hobbes, el temor del semejante. Este

temor es necesario porque para todos existe la posibilidad y la facilidad de perder la vida y cada hombre quiere dañar a los demás.

De ahí que el derecho natural de cada hombre considerado aisladamente sea (independientemente que se haya dado en la Historia o no) el que pueda hacer y tomar todo lo necesario a su subsistencia y que la característica del Estado de naturaleza sea el *bellum omnium contra omnes*. La guerra es contraria a la subsistencia del hombre a la que este tiende por naturaleza. Por lo tanto *prima et fundamentalis lex naturae est, querendam esse pacem, ubi haberi potest; ubi non potest querenda esse belli auxilia*.

De estos principios generales se derivan veinte principios naturales especiales cuya observancia es condición indispensable para el establecimiento de la paz entre los hombres. Primero hay que renunciar al derecho a todo, pues este significaría la guerra y la infracción del principio natural - de ahí la fundamentación natural de la propiedad privada. Y luego: deben respetarse los contratos, no se debe ser ingrato, no se debe difamar ni ser orgulloso. Pero también: primogenitura, inviolabilidad de los parlamentarios, reglas sobre arbitraje, testimonio, juicio en cosa propia, etc. La mejor Constitución será la que mejor garantice la observancia de esos preceptos jurídicos. Y Hobbes sostiene en detallada argumentación que sólo puede ser la monarquía absoluta.

3. **Manuel Pufendorf** (1632 - 1694): *De statu imperii Germaniciliber unus* publicado en 1667 bajo el seudónimo de *Severinus de Monzambano* en que, después de describir la constitución y la situación política del imperio de entonces, se opone a los proyectos radicales de reforma de Hippolithus A Lapide; (*De ratione status in Imperio Romano-Germanico* publicado al parecer en 1647), sobre todo a su exigencia de *extirpatio domus Austriachae*.- *De jure naturale et gentium* libro VIII (1672) condensado en *De officio hominis et civis* (1673).

Pufendorf, seleccionando y combinando doctrinas de Grocio y de Hobbes, establece un sistema de obligaciones naturales. Como característica natural de los seres vivos postula el instinto de conservación, *se ipsum conservare*; como estado natural del hombre la debilidad y el abandono, *imbecilitas*, como desligado de toda civilización, como si hubiera caído en la tierra del aire o de cualquier otra parte. Y como todo hombre necesita la ayuda del semejante y cada hombre tiene la posibilidad de dañar a los demás, la ley fundamental que se nos aparece de la observación racional de la naturaleza humana es ésta: *cuiuslibet homini quantum in se colendam et servandam esse socialitatem*.

Este derecho natural de Pufendorf se dirige pues como precepto al individuo. Este, como hombre y como ciudadano ha de: amar y

respetar al prójimo, respetar su propiedad, cumplir los contratos y conducirse rectamente en la familia y el Estado.

La importancia de esta doctrina está en el establecimiento de una moral mundana en lugar de la tradicional moral eclesiástica. Según ella, el poder público, al cuidar de la seguridad jurídica general y del bien público, ha de regirse por el principio de no lesionar los derechos naturales del ciudadano.

4. **Christian Thomasius** (1665 - 1728), uno de los más conspicuos representantes de la vida espiritual de su tiempo, con sus *Institutiones jurisprudentiae divinae*; (1687) y *Fundamenta juris naturae et gentium* (1705).

Postulado fundamental: todos los hombres quieren vivir lo más largo y lo más feliz posible: todos aborrecen la muerte. De ahí el principio fundamental del derecho natural: *Facienda esse quae vitam hominum reddunt et maxime diuturnam et felicissimam et evitanda, quae vitam redund infelicem et mortem accelerant.*

De ello se desprenden tres clases de imperativos de la razón: a) *honestum* (lo honorable) *quod vis ut alli sibi faciat, tu et facias*; b) *decorum* (lo decente) *quod vis ut alli tibi faciant, tu et ipsis facias*; c) *iustum* (lo justo) *quod tibi non vis fieri, alteri ne feceris*. Las reglas: a) *Ética*: actúan en lo interior y crean el supremo bien; b) *Política*: proporcionan amigos; son indiferentes para la convicción; bien mediano; c) *Derecho natural* (en sentido estricto): evitan la enemistad, pero no dan amistades. Proporcionan el menor bien, pero evitan el mayor mal. Por ello son las más necesarias: sin ellas la humanidad perecería.

Con ello Thomasius ha querido distinguir más claramente que sus antecesores el **derecho de la moral**. Pero también el **Derecho Natural** es un imperativo de la razón para el individuo. La sociedad civil ha de hacer efectivos sus imperativos para lo cual Thomasius planea un sistema detallado de derecho público y privado.

III. En los tiempos recientes se ha intentado también basar las concepciones sociales en la naturaleza humana, especialmente en la cuestión del socialismo utópico, ya para apoyarlo (Fourier: Cabaliste, Papillone, Composite), ya para atacarlo (Schafer, A. Wagner).

IV. La evocación de la naturaleza del hombre como base de una teoría del derecho y del Estado no es método idóneo. Pues, si se prescinde de todas las peculiaridades históricas de las características y afanes de los hombres, por los que indudablemente cada uno se distingue de los demás, no queda otra cosa que predisposiciones fisiológicas que aun resisten a la educación.

No hay pues una base natural de carácter general y unitario de la que pueda deducirse un criterio acertado de finalidad. Aún el egoísmo

resulta vago porque falta saber en qué medida y dirección actuará en cada quien.

La regularidad en el reino de la voluntad, como posibilidad de ordenar en forma unitaria sólo puede ser pensada como un criterio ideal de completa armonía entre todos los contenidos volitivos imaginables. Sólo desde este punto de partida se puede juzgar, afirmar o negar la justificación fundamental de una pretensión jurídica determinada.

El derecho como parte de la naturaleza

✘ **Baruch Spinoza** (1632 - 1677). Especialmente *Tractatus theologico-politicus* (cap. 16) y también *Ethica* (lib. IV).

Spinoza quiere tomar todas las cosas en su necesaria particularidad y abarcarlas en una sola unidad natural: la *sustancia*, a saber: *Id, quod in se est et per concipitur, hoc est id, cuius conceptus non indiget conceptu alterius rei, a quo formarí debet*. Esta unidad última no la busca sin embargo en la conciencia, sino que la piensa fuera de ella. No se da cuenta de que el concepto que se hace de la sustancia significa a su vez un contenido de la conciencia y que el último punto que lógicamente puede alcanzarse es de la posible unidad y del posible orden en ella.

II. La sustancia es, según Spinoza, el fundamento determinante y eficiente de todas las cosas. Estas se derivan necesariamente de aquella. También se la podría llamar Dios o Naturaleza. Está provista de atributos y se manifiesta de diversos modos, de manera que el hombre no es otra cosa que un modo de la sustancia una e inmensa. Según ello los fines humanos son meros objetos de observación natural. Para él sólo son cualidades del hombre en su ya expuesta dependencia de la sustancia. Se le escapa que la ordenación de los fenómenos según fines y medios discrepa fundamentalmente de su ordenación según causas y efectos. Pues en este último caso lo último es determinado por lo primero y en el primer caso sucede todo lo contrario.

III. Sin embargo Spinoza ha intentado fundar un **Derecho Natural**, pero entendiéndolo de un modo general como *ley natural*.

La naturaleza determina a cada individuo, de un modo general, a ser y a actuar. Hay por lo tanto, reglas que llevan a cada ser a exteriorizar su peculiaridad. Pues cada cosa, en lo que de ella depende, tiende a mantener su individualidad (*suum esse conservare*). Naturalmente cada individuo tiene tanto derecho como tiene fuerza: *Es derecho natural de los peces nadar y es derecho del pez gordo comerse al pez pequeño*.

IV .La contradicción metódica entre la idea *del querer jurídico* y la *observación de los fenómenos externos* va realizándose a medida que Spinoza profundiza en el querer jurídico que quiere fundamentar en la misión que le es propia.

Es más útil para los hombres - dice - vivir las leyes de su razón. Pero sólo pueden hacerlo si se unen en una colectividad. Pero, teniendo cada uno el derecho natural de quebrantar este contrato como cualquier otro contrato, así que tenga bastante fuerza para ello, es claro que nunca se puede estar seguro de la lealtad del otro. Por ello la sociedad política sería inimaginable e imposible si cada uno no se

sometiera al poder constituido para siempre y en bien de la conveniencia social, renunciando de una vez para todas a su derecho natural.

Si el Estado aparece pues como mal menor en comparación con la anarquía, así también resulta un medio adecuado para alcanzar el destino natural del hombre. Tiene pues su fundamento la cuestión del *optimus rei publicae status*. Consiste simplemente en el establecimiento del poder efectivo de un gobernante al que los súbditos, de grado o por fuerza, transfieren su derecho natural, ya que sin ello sería imposible una comunidad con sus deseables ventajas.

.Así que llega a tratar del derecho y del Estado, Spinoza cae pues siempre sin darse cuenta en el criterio de *la elección*; pero este criterio carece de sentido lógico en la simple apreciación de manifestaciones naturales y no puede enfrentarse con la representación de la naturaleza cambiante de la sustancia. Necesariamente nos conduce al mecanismo de los fines y medios y a otro orden independiente que debe distinguirse del tratamiento metódico de simples fenómenos exteriores y exige un puesto sistemático independiente de ellos.

La lucha por el dinero y la riqueza

I. **B. Mandeville** (1670 - 1733): *La fábula de las abejas* (1705) expone, a pretexto de un imaginario panal de abejas, las condiciones del bienestar de una comunidad humana.

El Estado florece y prospera sobre todo por los vicios de sus componentes; decae así que éstos se vuelven honrados y modestos. Pues sólo de aquél modo pueden atesorarse riquezas cuyo pródigo dispendio asegura a todos los ciudadanos la suficiencia, y cuya acumulación garantiza el poder del Estado.

II. De otro modo van las cosas en el panal de Mandeville así que las abejas se deciden a llevar una vida simple y virtuosa. Los negocios decaen, el país empobrece, disminuye de población y se debilita ante el enemigo. La vida austera, la desaparición de la codicia y la ambición llevan al Estado a la ruina.

III. La ciencia jurídica no ha podido sacar ningún jugo de esta doctrina. Su falla metódica está en el olvido de la cuestión relativa a cual sea la norma fundamental de la bondad de una comunidad política. Esta norma no puede encontrarse en la adquisición de propiedad y de dinero. Pues el dinero es sólo un medio, pero no puede ser el fin último de los anhelos humanos. El guía supremo y, con ello, el fin último de toda política científica es, al contrario, el derecho, la justicia. Un Estado florece y prospera cuando el derecho está asegurado y se impone siempre y cuando este derecho esté inspirado y guiado por el principio fundamental de la justicia.

IV .De ello se desprende que tampoco la austeridad de los ciudadanos puede ser la norma suprema de la bondad de una comunidad política. También el segundo Estado de Mandeville se encuentra en una situación objetivamente desordenada y falta de base. No hay nada que objetar al cuidado de la vida exterior y puede aceptarse el anhelo de acumular dinero y riquezas; pero ha de ser de modo fundamentalmente justo para justificar la conducta del individuo y el estado de la comunidad.

La tarea de la perfección

✘ **Christian Wolf** (1679 - 1754): *Ius naturae methodo scientifica pertractum* (IX vols., 1740) ; *Institutione iuris naturae et gentium* (1754, también en alemán por el mismo autor).

Wolf parte del individuo como ser moral. Su tarea consiste en ejecutar todas las acciones que fomentan el perfeccionamiento del hombre y de su estado y evitar aquellas otras que lo dificultan. Desde estos derechos y deberes naturales del hombre quiere llegar Wolf al esclarecimiento fundamental de los fines del Estado.

II. Por naturaleza nadie está subordinado a otro. Pero en la historia aparecen poderes (*Herrschaften*). Wolf enumera las relaciones familiares, la relación laboral y finalmente al poder público, el Estado. Para comprender el último hay que partir de la suposición de un contrato o de algo análogo o a un contrato. El Estado ha de proveer al perfeccionamiento de sus miembros por tres distintos medios, a saber: *sufficiencia vitae* o sea abundancia de todo lo necesario para las primeras necesidades, para la comodidad y para el solaz de la vida; *tranquillitate civitatis* o sea supresión del temor de la injusticia; *securitate* o sea supresión del temor de la violencia externa. El mantenimiento de estos bienes se llama *el bien general*. Esta es la ley fundamental. Ahora bien: como los miembros del Estado, que podrían ejercer el poder juntos y con iguales derechos, lo pueden también transferir a un Regente, en estas monarquías es deber del Jefe del Estado fometar la difusión del bienestar general, de lo cual deduce Wolf un sistema de principios de buen gobierno que trascendió grandemente a la doctrina y a la práctica bajo el nombre de *despotismo ilustrado*.

Como personas libres los diversos pueblos tienen entre si los mismos derechos y deberes que las personas físicas. Por ello les es de aplicar en forma adecuada el derecho natural. Ellos, a su vez, están obligados a perfeccionarse constantemente. Constituyen entre ellos una comunidad (*civitas maxima*) de la que nace el derecho de gentes arbitrario.

III. En estos pensamientos racionales de Wolf sobre la vida y la actividad humanas no se distingue con bastante claridad el querer moral del querer social. Pero la claridad exige que ante todo se distingan ambos en su concepto. Esta distinción conceptual no puede basarse en la justificación objetiva de sus contenidos. No se puede definir, por ejemplo, la moral como el querer justo y el derecho como el querer menos justo pues también hay moral mala y derecho bueno. Hay que entenderlos ambos como especies parciales de un género de voluntad e individualizarlos por sus características

conceptuales. Al descuidar esta tarea Wolff queda más atrás que Thomasius.

Ahora bien: hay fines que sólo atañen al individuo como tal y otros que lo atañen en relación con los demás individuos. En el primer caso se trata de los pensamientos que, en el anhelo aislado se presentan en el hombre en forma de deseos; en el segundo se trata de una forma peculiar de la voluntad que enlaza los fines de diversos individuos en una relación mutua de fines y medios. Allí es la vida interior la que está en juego; aquí lo está la colaboración. De ahí nace el concepto de la voluntad jurídica entrelazante como una clase de voluntad de validez general que es pensada independientemente de los contenidos volitivos que está destinada a entrelazar.

IV. La idea del perfeccionamiento nos deja además a oscuras sobre el sentido de este perfeccionamiento. Porque hay perfeccionamiento de una actividad secundaria y aún perversa. La idea de perfeccionamiento no resuelve pues, sino que da por supuesta la resolución del problema de distinguir lo que es bueno de lo que es malo o sea de cuando una voluntad jurídica es justa o injusta.

Falta la referencia al único y absoluto principio rector: la voluntad pura. Esta es la única norma que se desprende de la representación ideal de una armonía incondicional de todos los contenidos volitivos imaginables. Este principio rector es aplicable indistintamente a todas las clases imaginables de voluntad, tanto moral como social. De esto resulta para la armonía de la vida interior la norma de la pura pureza (Mateo 5, 38 y siguientes) y para la armonía de la convivencia la tarea de describir en su peculiaridad metódica el punto de vista de la justicia social y especificar detalladamente la posibilidad de guiarse por ella. Las disquisiciones al estilo de la llamada *Filosofía de la Ilustración* y de los pensamientos tradicionales de Cristián Wolf apenas se quedan aquí a mitad de camino.

Lo mismo puede decirse de las modernas fórmulas que quieren basar la teoría del derecho y del Estado en *el fomento de la cultura* y con este tópico creen haber terminado. Pues cultura no quiere decir otra cosa que el desarrollo de las facultades humanas en una justa dirección. Y esto no queda desmentido por la reciente tentativa de definirla como una realidad que se ha hecho valiosa. Pues toda valoración de la vida espiritual humana ha de partir (como nos dice Sócrates a través de Platón) de la distinción fundamental entre justo e injusto. De ahí que, en el fondo del complejo de todos nuestros problemas, lata la cuestión fundamental de las condiciones permanentes de la justicia de una voluntad.

El contrato social

I. **Jean Jacques Rousseau**. Nacido en 1712 en Ginebra. Sin actividad alguna en la vida pública y sin oficio o profesión estable. Fallecido en 1778 después de una vida inquieta y frecuentemente aventurera. *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres* (1753) y especialmente *Del contrato social o principios de derecho público* (1762).

Rousseau debe calificarse como uno de los más agudos pensadores en la historia de la *Filosofía del Derecho*. Se pregunta como es posible un Estado de Derecho fundado en si mismo en vez del de violencia arbitraria que constantemente ofrece la experiencia. Esto sólo es posible si se considera en el sentido de un *contrato social* la idea suprema de una convivencia ordenada. Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general y nosotros recibimos corporalmente a cada miembro como parte indivisible del todo. De acuerdo con este contrato social existe la comunidad como un cuerpo compuesto: una República o un cuerpo político que, como soberano ejerce el poder legislativo.

Es un grave y frecuente error el de creer que Rousseau al exponer el contrato social haya querido describir como, en su tiempo, nació el derecho. No hay nada de esto. Clara y rotundamente dice al principio de su libro que el hombre fue creado libre y sin embargo está hoy en todas partes en cadenas. ¿Cómo se ha operado éste cambio? Lo ignoro. ¿Qué puede legitimarlo? Creo poder resolver esta cuestión. El contrato social de Rousseau no tiene pues la pretensión de un hecho histórico. Quiere, al contrario, ofrecer una fórmula para la idea del derecho y una norma sistemática para el derecho y la justicia.

Comprendida la vida social del hombre como una colaboración a base de un contrato, su fin general será la realización de la voluntad general. Pero esta voluntad general no debe entenderse en sentido cuantitativo: no tiene nada que ver con la voluntad unánime de los sujetos del derecho ni mucho menos con la de la mayoría. Para Rousseau es, al contrario, una voluntad de naturaleza especial, a saber, la máxima que se guía solamente por el bien de todos los hombres. Con ello quiso dar la característica de lo bueno y determinar lógicamente la representación de la virtud. Cumplir la voluntad general es el único imperativo incondicional de la conducta humana.

Para fijar la voluntad general en cada caso importa recoger la opinión de todos los miembros. Todos han de participar igualmente en el poder: los gobernantes han de ser idénticos a los gobernados. De ahí se desprenden los postulados de Rousseau: La soberanía no tolera

representación. La voluntad general o es ella misma o es otra; no cabe término medio. Los diputados del pueblo no son pues sus *representantes* sino puros administradores que no pueden cambiar nada. Toda ley que no ha sido aprobada por el pueblo mismo es nula. En la práctica distingue Rousseau entre el poder legislativo y el poder ejecutivo. Sólo aquél cae en la esfera de acción del soberano. Para el segundo está el gobierno como intermediario entre el soberano y los súbditos. Sólo para el ejercicio del poder ejecutivo distingue Rousseau entre las varias posibilidades: monarquía, aristocracia, democracia.

Cuando el pueblo vota, hay que preguntarse pues si realmente ha expresado la voluntad general pues esta puede fallarle y dar nacimiento a una pseudo-ley o sea una ley que sólo vea al bien de determinados individuos; la voluntad general debe distinguirse claramente de la voluntad de todos. La voluntad general se dirige siempre al bien de todos: no se puede equivocar. Tampoco desaparece por aquel error; es indestructible; lo único que puede suceder es que se quede sin expresión. Rousseau procura evitarlo dando consejos sobre elecciones y votaciones y demás instituciones públicas.

II .La gran influencia histórica de la doctrina rousseauiana estriba en haber sido la idea fundamental de la revolución francesa y haber sido victoriosamente opuesta al sistema de servidumbre.

Sin embargo fue adulterada en un punto importantísimo: el ejercicio del poder legislativo por el parlamento en vez del pueblo mismo. En ello influyó grandemente **Manuel José Sieyès** (1749 - 1836). Era sacerdote y vicario general del obispado de Chartres; muy activo en la Asamblea Nacional y de gran influencia en la redacción de las constituciones de la época revolucionaria. Entre sus muchos escritos son de notar *Ensayo sobre los privilegios* (1788) y *¿Qué es el Tercer Estado?* (1789).

Sieyès cree poder armonizar la soberanía popular con el sistema representativo. Su fórmula es que los parlamentarios son representantes de todo el pueblo aun cuando hayan sido elegidos sólo por una parte de él y que no están ligados por las instrucciones de sus votantes. El pueblo obtiene mayor libertad, independencia y poder si elige representantes para las diversas tareas estatales en vez de tener que estar ojo avizor constantemente. Basta con que se reserve la facultad de nombrar cada año a representantes juiciosos y conocidos directamente del pueblo. Según ello la actividad política se descompone en dos partes: la acción ascendente y la acción descendente. La primera es aquella por la cual el pueblo nombra a sus diversos representantes; la segunda aquella en que estos legislan y le sirven.

III. Según la doctrina de Rousseau aun hoy no ha habido en la historia un verdadero derecho. Todo ha sido arbitrariedad porque las instituciones públicas no han sido establecidas ni han funcionado en el sentido de la voluntad general. Rousseau construye pues el concepto del derecho según el contenido de ciertos preceptos jurídicos.

Esto estaría bien si hubiese demostrado que no existe una diferencia fundamental de carácter puramente formal entre el derecho y la arbitrariedad. Ambas son formas de una voluntad autónoma y entrelazante, los contenidos volitivos entrelazados por ellas no pueden evitarlo. Se diferencian de las reglas puramente convencionales como son los usos y costumbres que sólo tienen carácter entreligante por la aceptación de los obligados.

Pero la voluntad autónoma y entrelazante se distingue según actúe de caso en caso o con carácter permanente. En el primer caso es arbitrariedad, un mandato de puro capricho subjetivo. En el segundo caso ostenta el carácter de inviolabilidad que es el que distingue el derecho de la arbitrariedad.

IV. La voluntad jurídica, así comprendida conceptualmente, tiene una misión que cumplir: la persecución de la idea de la justicia. Sólo guiado por esta directriz ideal puede calificarse de fundamentalmente justo el contenido de un derecho dado.

No es lícito en cambio definir el concepto del derecho refiriéndolo a un determinado contenido de la voluntad en cuestión. Pues el concepto del derecho es una parte lógicamente determinada de la esfera general de la voluntad y debe distinguirse de sus otras partes - moral, costumbre, arbitrariedad - por una característica fija. La cuestión de su fundamentación interior es una cuestión que puede plantearse en todas las formas de la voluntad y no sirve para distinguir una clase de las otras.

Se equivoca Rousseau al poner como fin o ideal del derecho el bienestar general, pues se queda en el terreno del subjetivismo a pesar de que también él persigue la objetividad. Todo anhelo de bienestar, placer y felicidad es sólo materia de la vida humana, materia que ha de ser orientada por una justa dirección. Y no puede decirse que se siga esta dirección por el solo hecho de que la materia en cuestión sea subjetivamente agradable. Es otro el camino.

Con su doctrina del bienestar entra Rousseau en parentesco con el *eudemonismo* que en seguida se estudiará. Baste ahora subrayar la diferencia entre el concepto y la idea del derecho y su trascendencia práctica pues este es el punto crucial de la teoría del contrato social, que tanta influencia ha ejercido.

El enfoque categorial clasifica al derecho como una clase de voluntad humana. Divide la esfera de la voluntad, como una tendencia peculiar

de la conciencia, según características generales determinantes. El concepto del derecho es pues una representación parcial.

El enfoque ideal abarca toda posible vida espiritual. La idea es la representación de una absoluta armonía de todas las posibles vivencias. Es indispensable para toda elaboración científica. Sin la posibilidad de un orden unitario no tendríamos mas que un caos de particularidades. Y ha de ser una posibilidad que lo abarque todo, pues en toda especialidad nos quedamos siempre con las particularidades secundarias. Por esto toda voluntad que ha sido clasificada conceptualmente como voluntad jurídica, ha de ser sometida a la prueba de si tiende al ideal de la completa armonía de todas las pretensiones jurídicas y, por lo tanto, si concuerda con otras pretensiones jurídicas según la idea del derecho.

De ahí se deduce que una determinada voluntad entrelazante puede reunir todas las características diferenciales del concepto del derecho sin que sin embargo su contenido sea guiado por la idea del derecho. En una palabra: existe la posibilidad del derecho injusto.

Esta distinción entre el concepto y la idea del derecho da por tierra con la doctrina de Rousseau.

El eudemonismo social

✘ Esta doctrina se ha formado en Inglaterra. Su formulación más importante se debe a **Jeremías Bentham** (1748 - 1832) especialmente en sus *Principios de la legislación civil y criminal*. Le sigue en importancia **John Stuart Mill** (1806 - 1873) con su *Utilitarismo*.

Ambos parten del postulado de que los motores de la conducta humana son el placer y el dolor y pretenden, con ayuda de ellos, juzgar la legitimidad de la voluntad humana. Las acciones son buenas o malas según fomenten o dificulten la felicidad. Según ello el fin último del orden social sería la utilidad de todos. Si esto no es posible ha de perseguir al menos el mayor bien del mayor número.

Por lo demás, el eudemonismo estuvo generalizado en el siglo XVIII, aun en Alemania. La doctrina de Wolf no lo contradecía puesto que dejaba abierto el camino para el perfeccionamiento que predicaba este pensador. Sólo **Kant** destruyó el eudemonismo en su *Crítica de la Razón Práctica* (1788) al hacer resaltar el sencillo argumento de que los sentimientos de placer y dolor son puramente subjetivos por lo que, dada su limitación, no pueden aspirar a ser la norma de la ley general de la voluntad de la que dependa la justificación fundamental de toda voluntad concreta. Entre los demás filósofos del derecho de fama sólo **Hugo** en su *Derecho Natural* (4a. ed. 1819) ha roto una lanza por el eudemonismo sin dar razones dignas de mención; también fue el último defensor teórico de la esclavitud. Sin embargo el eudemonismo, no obstante su fracaso teórico, ha tenido mucha influencia en la práctica.

II. El eudemonismo, como en general la doctrina del placer, carece de toda solidez científica.

1. El fomento de la dicha subjetiva de los diversos miembros de la comunidad es de antemano un problema insoluble. El derecho no puede proporcionar la felicidad íntima, como la paz consigo mismo. Sobre lo que podríamos llamar felicidad exterior no hay unanimidad de pareceres.

2. Los utilitarios proponen lo siguiente: consígase la mayor suma posible del mayor bienestar posible y transférase a los individuos del modo más igual posible. Pero el sentimiento de la felicidad no puede desgajarse del sujeto y repartirse con los demás.

3. El fomento del placer personal sólo podría postularse como el fin ideal del legislador si la ley suprema de la voluntad jurídica del individuo fuese el fomento de su bienestar personal. Pero como no es así sino que la característica de la voluntad justa está en el cumplimiento del deber sin consideración al placer individual del actor. tampoco puede consistir la ley suprema de la sociedad humana en la felicidad de los miembros de la comunidad.

4. Más recientemente los hedonistas han postulado una especie de *felicidad normal*. Según ellos, el fin del derecho ha de consistir en proporcionar a cada ciudadano una existencia digna (digna del hombre) .Es cierto, pero equivale a decir *racional*, digno de la razón. Es una voluntad digna del hombre, en su calidad de deber querer lo objetivamente justo. Con lo cual no se habla más de la mera felicidad subjetiva.

III. Sobre el principio hedonista o eudemonista se edifica la doctrina del *la igualdad cuantitativa*. En la antigüedad fue combatida por Platón y Aristóteles, reaparece en la edad moderna con Tomás Moro y Wolf, se infiltra en la doctrina de Rousseau y desaparece entonces del campo filosófico para andar a sus anchas en el campo político. Es formulada detalladamente por Babeuf (1795) que reclama para cada uno una participación en los bienes materiales según sus necesidades. Desde entonces es frecuente en discusiones políticas confundir la justicia con la igualdad.

Materialmente considerados son los hombres desiguales en todo. No se justifica pues la necesidad de la igualdad material, tanto más en cuanto la desigualdad social es técnicamente beneficiosa como fuente de emulación y del progreso de la cultura material.

Desde el punto de vista ideal todos los hombres son iguales ante Dios, es decir: imperfectos, lo cual no es otra cosa que una constatación negativa. En cambio, el principio de la igualdad ante la ley significa simplemente que cada individuo ha de ser tratado según la ley y la justicia. Si se sale de esta directriz. formal y se quiere una igualdad material en sentido utópico, entonces ni la más alada fantasía supera al eudemonismo con sus inaceptables defectos.

IV. Sólo aparentemente se puede incluir en el eudemonismo la apelación al bien general (*salud pública*) como fuente de todo derecho. Esta apelación a la salud del pueblo procede de la antigüedad y se ha invocado luego frecuentemente. Incluso Bismarck dijo en su célebre discurso de 21 de febrero de 1881: *Para mi no ha habido nunca mas que una sola brújula, una sola estrella polar a la que siempre me he dirigido: salud pública.*

Esta expresión refleja el anhelo de una norma objetiva que libere de los meros apetitos subjetivos de los individuos. Pero ni proporciona ni tampoco nos acerca al criterio para una posible justicia. La mera apelación al bien general no es suficiente para elevarse a un criterio superior al conflicto de los anhelos subjetivos.

El derecho racional

I. Se trata aquí de las tentativas para determinar ante todo la esencia del derecho y encontrar después normas jurídicas fundadas.

Así **Kant** (*Metafísica de las costumbres*, 1a parte, 1797), define el derecho como el conjunto de condiciones bajo las cuales la voluntad de cada uno puede coordinarse con la de los demás según un. ley general de libertad.

Análogamente **Fichte** en sus *Fundamentos del Derecho Natural* (1796, mientras que su *Estado comercial cerrado* es de factura socialista). Sobre **Hegel** véase más abajo.

II. La oposición entre derecho racional y derecho positivo no tiene nada que ver con el origen del contenido de ambos, como si aquel hubiese sido creado por la razón como una fuerza mágica y este naciera en la experiencia social. Por su origen ambos son iguales: su materia se toma siempre de la experiencia. La idea no es creadora. La pretensión de obtener formas estatales y construcciones jurídicas de la reflexión racional es engañosa y metódicamente equivocada.

Razón es más bien la facultad humana de elaborar según principios la materia históricamente dada o sea de elegir acertadamente entre las diversas posibilidades.

Y el derecho así encontrado no pretende imponerse por si mismo con independencia de la autoridad constituida, sino solamente ser un modelo ideal.

III. El error de aquellas tentativas de la época de la *Ilustración* estriba en la forma de su realización al querer proyectar un código de leyes detallado con un contenido fijo. Esto es inadmisibles porque el contenido del derecho consiste en la reglamentación de la convivencia humana que tiende a satisfacer las necesidades. Y todo lo que se relaciona con las necesidades humanas y con su satisfacción está sometido a cambios constantes. No hay ningún precepto jurídico que, por su contenido positivo, sea absoluto e incondicional.

El problema, es, al contrario, encontrar un mérito formal y de aplicación general mediante el cual pueda orientarse la materia necesariamente cambiante del derecho históricamente condicionado en una dirección que le dé el carácter objetivo de justo.

IV. Este método se encuentra y fundamenta como sigue:

Hay que dilucidar el criterio incondicionalmente unitario de todo posible contenido jurídico a fin de poder juzgar con arreglo a él cualquier anhelo jurídico dado. Para ello hay que retrotraerse a la ley sistemática fundamental de la voluntad humana. Esta es la idea de la pureza de voluntad o *voluntad pura*. Esta idea debe ser entonces aplicada a la voluntad jurídica.

Esta voluntad jurídica forma parte de la voluntad social o entrelazante, en la cual los fines de una persona son medios para el de la otra y viceversa.

Los problemas de la cuestión social que así nacen nos son dados históricamente. Por la materia estamos, en los problemas políticos, irremisiblemente ligados a las particularidades históricas. En este punto tiene razón la teoría materialista de la historia.

Por otra parte no hay motivo para dejar los diversos y multiformes problemas sociales como particularidades limitadas que surgen espontánea y confusamente y se desenvuelven como fuerzas naturales. En el tratamiento de la materia de los acontecimientos históricos con las posibilidades que encierran podemos ejercitar el derecho de elección. Esto ya lo encontramos en cualquier obra de carácter tecnológico. Si queremos ejercitar nuestro derecho de elección en el sentido de la justicia fundamental, tendremos que partir de la idea de la armonía incondicional de todas las particularidades posibles de los afanes humanos. En esta idea de la absoluta armonía de la voluntad, aun de la social, ha de basarse nuestro juicio de los problemas concretos, en el doble sentido discriminatorio y orientador.

En la práctica social equivale ello a rechazar el subjetivismo. La ley suprema de la voluntad entrelazante bajo la cual están todos los miembros de la comunidad no puede ser simplemente el querer o negar subjetivo de uno solo de ellos. Ha de regir la idea de absoluta reciprocidad o respeto mutuo, el punto de vista de *la comunidad pura* en la que ninguna voluntad sea simple medio para otra sino que haya una comunidad de hombres libres.

Esta es sólo una idea, es decir la dirección del pensamiento que juzga una vivencia determinada en su armonía con la totalidad de todas las vivencias imaginables. Es la representación de la totalidad de todas las vivencias posibles. La totalidad no es a su vez ningún objeto de la experiencia. Su presencia en el pensamiento le da una misión, una dirección que hay que seguir siempre aun cuando se sepa que no es completamente realizable.

Así pues, la idea de la comunidad pura no se encuentra jamás en la realidad sensible. Siendo todos los anhelos humanos limitados y de contenido finito, ningún enlace entre ellos puede compensarlos totalmente. Pero este ideal es la estrella polar de la voluntad social en la pugna hacia la justicia.

Su fórmula la llamamos *el ideal social*. Es la definición del pensamiento fundamental que, desarrollado lógicamente, acompaña la crítica de toda voluntad jurídica. Cuando a una determinada voluntad jurídica se le atribuye o niega el atributo de *fundamentalmente justa*, se quiere expresar con ello que dicha

voluntad, en el lugar y el tiempo, está o no inspirada por la idea de comunidad.

Esta idea fundamental es la única capaz de abarcar toda voluntad social imaginable. En ello se distingue de otra finalidad que quiera reglamentar la convivencia humana. Todas son limitadas e históricamente condicionadas. Cuando, en la lucha política, se califica cualquiera de estos fines de ideal, se comete un grave error de expresión ya que no pueden equipararse al Ideal social tal como quedó expuesto más arriba, puesto que ninguno de ellos puede aspirar a ser un criterio absoluto unitario para cualesquiera pretensiones en el lugar y en el tiempo.

El ideal social no significa la descripción de fenómenos jurídicos reales ni la exposición del sentido de un código o de cualquier otro contenido jurídico históricamente dado ni siquiera postulados para el mejoramiento del derecho, sino solamente la respuesta a esta cuestión: ¿Cuál es la característica lógica del concepto *justicia*? Justicia es la tendencia de una voluntad jurídica dada hacia la idea de la comunidad pura.

La escuela histórica

✘ Por **escuela histórica del derecho** se entiende una forma especial de filosofía del derecho que nació a principios del siglo XIX en relación con una tendencia general de aquella época: el **romanticismo**. Especialmente **Federico Carlos von Savigny** (1779 - 1861) y **Puchta** (1798 - 1846).

La característica esencial del pensamiento romántico es la creencia en los espíritus. Al lado de los hombres hay espíritus que influyen en su destino, ya favoreciéndolo ya dañándolo. Esta creencia en los espíritus la transpuso el romanticismo al pueblo. Su postulado fundamental es que, así como los hombres son seres dotados de alma, también tienen alma los pueblos; fenómeno psíquico que no ha sido estudiado científicamente, pero que se manifiesta en la experiencia en forma de ciertas convicciones en cuestiones determinadas, que son comunes a todos los miembros de una comunidad. Cuando esta convicción se refiere al derecho, entonces ella misma es el derecho. Al legislador sólo le queda dar forma a este derecho ya existente.

El hecho que dió nacimiento a esta doctrina fue una discusión literaria entre **Thibaut** y **Savigny** (1854) sobre la conveniencia de formular un Código Civil alemán. Thibaut insistía sobre las deficiencias del derecho privado tradicional y propugnaba una codificación unitaria por razones políticas; Savigny se oponía a ello por su posición antes dicha. Y se salió con la suya. Las consecuencias prácticas de la escuela histórica fueron las siguientes:

- Aversión contra la legislación, sobre todo los códigos y predilección por el derecho consuetudinario, no como la mejor forma técnica de legislación al servicio de la seguridad jurídica sino como el mejor medio de conocer lo que jurídicamente quería *el espíritu popular*, de tal modo que la práctica no daba la fundamentación sino sólo la fijación del derecho o sea de la conciencia jurídica; el derecho mismo nacía al principio de la costumbre y no al final de ella.
- Insistencia especial en la investigación histórica del derecho dado, no tanto en interés práctico de la aplicación del derecho como en el deseo de conocer mejor el objeto mismo de la investigación o sea el carácter del *espíritu popular*.
- Negación de la posibilidad de una crítica objetiva del derecho positivo a la luz de la idea directriz de la justicia. Sólo puede investigarse si un derecho técnicamente formado refleja efectivamente la voluntad del espíritu popular; en caso afirmativo ese derecho es justo porque no cabe la censura y el rechazo del *espíritu popular*.

II .La escuela histórica parte del principio de que el pueblo es una cosa corpórea con un alma propia. Según ello **Gierke** afirma, en su

Esencia de las comunidades humanas (1902) que estas son unidades reales corpóreo - anímicas. Esto es insostenible desde ambos puntos de vista.

Una comunidad jurídica no es un cuerpo en el espacio. El concepto de una comunidad jurídica de hombres no puede fundarse en el atributo de la extensión en tres dimensiones. Conceptualmente es, al contrario, una comunidad de fines. En esto y no en su supuesta existencia como ente corpóreo está su característica esencial.

No puede decirse otra cosa de la representación de individualidades colectivas como seres vivos y animados. Con ello se transferirá al pueblo la representación de la conciencia individual. Tal transportación es científicamente aceptable sólo cuando sin ella no puede concebirse el otro objeto. Esto sucede con la representación de las individualidades humanas, pero no con la del pueblo. Este es el conjunto de hombres jurídicamente ligados de un modo concreto y total. sin que implique necesariamente el atributo condicionante de una psiquis propia.

III. El postulado de un *alma popular*, como ser existente y permanente no es sólo mítico sino contradictorio. Pues si el alma popular ha de causar el derecho en la experiencia histórica, a su vez ha de ser efecto de otra causa y por lo tanto, como propiedad de una cosa natural limitada, el pueblo, debería representar un fenómeno natural cognoscible, lo que precisamente no quiere la escuela histórica.

IV. El *alma popular* no debe confundirse con las características nacionales o sean las características individuales relativamente uniformes que se pueden observar en ciertos grupos humanos.

El concepto de nación aparece en una convivencia orgánica que deriva en general de una misma procedencia u origen. Se completa por la *solidaridad consciente* que se presenta con más o menos vigor según el lugar y el tiempo. De ahí surge una cierta concordancia de la vida y la acción. Las características nacionales de un pueblo varían con el tiempo aun cuando algunas de ellas resistan largamente su influencia. También se entrecruzan constantemente con influencias internacionales si bien acostumbran a predominar sobre ellas.

La justificación teórica del pensamiento nacional deriva de la necesidad de la existencia de órdenes distintos que en realidad sólo se manifiestan por el derecho. Los hombres viven ineludiblemente en círculos concéntricos. La idea del llamado cosmopolitismo en el sentido de una reglamentación jurídica sin órdenes distintos es una quimera. Sólo el concepto y la idea del derecho como modos formales normativos de la voluntad tienen importancia general e incondicional para todos los hombres. En tal carácter son de aplicación y observancia en los grupos concretos de convivencia humana. Pero a la esencia del pensamiento jurídico corresponde la

categoría de la soberanía. Esta es la directriz lógica de una voluntad jurídica que lleva en sí el fin de su destino. Esta directriz lógica sólo tiene aplicación práctica en los diversos órdenes jurídicos ya que sin estos no se comprende el concepto del derecho. Sólo dentro del marco de esta condición es admisible una unión internacional para fines concretos. Ella ha de respetar la soberanía de cada comunidad nacional lo mismo que las obligaciones jurídicas del individuo humano han de respetar su rango de fin en sí. Teóricamente no se justifica que una nación, buscando la paz a todo precio, renuncie a su autodeterminación.

El derecho del mas fuerte

I. Desde tiempos inmemoriales se ha intentado fundar el concepto del derecho en la fuerza mayor del dominador. Así el poeta **Wieland** en la revista *El Mercurio Alemán* en 1777: *El derecho del más fuerte es iure divino la verdadera fuente de soberanía; la soberanía de un estado no proviene del pueblo. Pues éste es por naturaleza incapaz de regirse a sí mismo y por lo tanto no tiene a ello ningún derecho natural.* **Kato**, *La lucha por el derecho del más fuerte* (1894): En todas partes hay lucha y también en la sociedad. El derecho nace del reconocimiento del poder del más fuerte por los más débiles o del reconocimiento mutuo de dos igualmente fuertes. Esto sucede lo mismo dentro de un Estado que entre dos o más Estados.

Esta es una mera exposición genética del nacimiento del derecho, pero deja sin resolver la cuestión sistemática sobre las condiciones determinantes del concepto del derecho. Y no puede distinguirse conceptualmente el derecho de la arbitrariedad por el reconocimiento de los más débiles porque siempre quedaría la fuerza misma en estado de ilimitación. Inversamente, el reconocimiento de una voluntad social por los obligados por ella sólo caracteriza las reglas convencionales y deja de considerar el atributo de la autarquía que caracteriza al poder jurídico en la historia.

II. También se ha intentado sacar del derecho del más fuerte la medida ideal de la bondad de las instituciones políticas.

Cabe citar ante todo a **Carl Ludwig von Haller** (1768 - 1854) cuya obra principal es *Restauración de la ciencia política o teoría del Estado social natural opuesta a la quimera del Estado artificial* (6 vols., 1816 - 1825).

El derecho y el Estado no son creación humana sino que la naturaleza crea, mediante la desigualdad de las fuerzas y la variedad de las necesidades, diversos lazos sociales entre los hombres. Esta organización natural obedece a la ley absoluta de que el fuerte manda y el débil obedece y sirve.

Esta ley la toma Haller de la naturaleza inorgánica en la que lo grande desaloja siempre a lo pequeño; de la observación del mundo animal en el que las especies fuertes viven a costas de las débiles; finalmente de la observación de que el hombre sólo reina sobre los animales cuando ha demostrado su superioridad y lo mismo con sus semejantes. A esta ley que prevalece en toda la creación responde al instinto del hombre. En realidad es una ley sencilla, sabia y benéfica.

Para el ejercicio del poder del más fuerte hay sin embargo obligaciones naturales. Están arraigadas en todos los hombres y comprenden la justicia - haz el bien y evita el mal - y la caridad - no molestes a nadie y ayuda donde puedas -. Esta ley obtiga al

gobernante y, si éste la infringe tienen los súbditos el derecho a la resistencia, a pedir la ayuda de tercero y a la evasión.

El Estado se edifica sobre esta ley natural. El padre de familia rige a la esposa y los hijos, el terrateniente sobre servidor y aparcerero y sobre todos ellos ha de haber un poder superior e independiente, ya en la persona física de un soberano ya en la persona moral de una corporación o República.

Esta independencia no es un bien natural sino adquirido: el mayor de todos los bienes posibles. El que la tiene, tiene razón, mas derivando, como todo poder de una fuerza superior, depende de la existencia y subsistencia de ésta.

III. **Gumplowicz** (en varias obras sobre todo *Estado de Derecho y Socialismo* (1881) y *Esquema de la Sociología* (1885) enfoca la sociedad no desde el punto de vista de los hombres sino de los grupos. Los Estados nacen y subsisten del hecho de que estirpes y clases débiles son sometidas y gobernadas por estirpes y razas más fuertes. El derecho es la organización de la desigualdad. La observación nos enseña la necesidad de que se organice, y con razón, el dominio de una minoría fuerte sobre la masa menos fuerte y por ello destinada a obedecer.

IV. Estas tentativas olvidan que, según ellas mismas, el más fuerte no es el que lo es físicamente sino socialmente. Pero la fuerza social no significa otra cosa que una cierta clase de reglamentación obligante. Es una consecuencia de esta en determinadas circunstancias y por lo tanto no puede ser su norma absoluta.

La doctrina teocrática

Las religiones paganas apoyan generalmente la justificación de los actos políticos y las instituciones jurídicas en el mandato o el precepto inmediato de los dioses. Esto es también corriente en los monoteísmos orientales y subsiste a través de la edad media. En la edad moderna ha sido remozado especialmente por **De Maistre** (1754 - 1821) en su obra *Del Papa* (3 vols. 1817). El libro culmina en el postulado de que los Estados no derivan de la autonomía legislativa de los hombres; sólo pueden ser imitaciones del orden superior divino para fines secundarios sobre los cuales está el Papa. Sólo bajo terribles restricciones le es posible al hombre reformar las instituciones políticas y toda reforma profunda de la Constitución requiere el asentimiento papal.

II. Ninguna tentativa de dar a determinadas instituciones jurídicas un carácter sagrado e inviolable puede evadir el hecho de que el derecho es *voluntad humana*. Proviene del curso condicionado de la existencia humana desde el que ha de ser fundamentado y comprendido. De una doctrina de pureza religiosa sólo puede salir una misión divina: la de que los hombres deben dirigir y guardar su derecho del que son autores y responsables.

III. Mención especial merece **Fr. J. Stahl**, (1802 - 1862) del que son de citar su *Filosofía del Derecho* (3 vols. 3a. ed. 1854), numerosos discursos y ensayos y *Los partidos actuales en el Estado y la Iglesia*, lecciones publicadas en 1863, después de su muerte.

Según él el derecho es el orden de la vida del pueblo para el mantenimiento del orden divino del universo. Está determinado por los Inandamientos divinos y establecido por autorización divina (II, 194). Tiene fuerza de obligar porque sirve a la conservación del orden universal divino, lo cual sucede con todo derecho, aun el peor (II, 220).

El derecho mana de la conciencia de cumplir un precepto divino (si falta la fe en Dios, una necesidad moral) al que se está ligado no como a una organización cualquiera, no sólo como protección y en beneficio humano (II, 234). El Estado es una institución divina. Su prestigio se funda en el mandato divino, si bien no por mano directa de Dios. Especialmente el gobierno tiene su poder de Dios; es *por la gracia de Dios*. Por ello el principio justo es: *Autoridad, no mayoría* (II, 176 y sigs.).

Según Stahl, la sanción divina se refiere no sólo al establecimiento del Estado sino también a su Constitución. También esta en sus detalles deriva en último término de Dios. Con el establecimiento de la Constitución se desprende el Estado de la voluntad humana que lo creó y apoya su vigencia, no en esta sino en la voluntad divina.

Mientras no hay aun nada pueden los hombres elegir esta u otra Constitución; así que esto ha sucedido y ya existe el Estado están ellos y sus descendientes ligados al orden jurídico establecido, pues el Estado es orden divino (III. 178).

III. La doctrina de Stahl quiere dar una fundamentación sistemática del derecho. Pero está en contradicción con su aceptación de un estado histórico anterior sin instituciones políticas determinadas y tropieza con el problema del origen de las instituciones jurídicas concretas. Según las mismas premisas de Stahl, el carácter divino del gobierno podría interpretarse también en el sentido de justificar simplemente el orden jurídico existente como tal. Pero él no da a esto una contestación satisfactoria. La afirmación de que aun el derecho malo favorece el orden divino es un estorbo y no sirve para demostrar la preeminencia del orden jurídico sobre el puro orden convencional.

Para el contenido del derecho, la filosofía de Stahl quiere ser *la ciencia de lo justo* (I. 1.). Preguntamos cómo es esto compatible con la radical inmutabilidad del orden jurídico una vez creado. No se entiende que la evolución y las nuevas posibilidades de la convivencia humana no toleren modificaciones del orden jurídico que debe regularlas, siempre que científicamente se demuestre su necesidad. Finalmente no basta afirmar que el derecho y el Estado se han de acomodar a la unidad del orden divino universal. Este método condicionante de la doctrina requiere una demostración.

El liberalismo

I. Aparece en Francia en el siglo XVIII en forma de *librecambismo*. Es desarrollado en Inglaterra por **Adam Smith** en su Investigación de *La naturaleza y causas de la riqueza de las naciones* (1776). En el siglo XIX evoluciona en forma del llamado *manchesterismo* (Cobden, 1836). La base de toda política debe ser el libre juego de las fuerzas económicas contra y consigo mismas de lo que necesariamente resultaría una armonía de los intereses. La legislación estatal se ha de limitar a suprimir los obstáculos tradicionales de la libre competencia tanto en el interior como en el tráfico internacional y a evitar la infracción del derecho (*Laissez faire, laissez aller*, Estado gendarme). En oposición, la economía ética o socialismo de cátedra.

II. De carácter más general **Guillermo von Humboldt** (1767 - 1835) en el libro *Ideas para un ensayo de fijación de los límites de la acción del Estado*. Según él, *la verdadera razón no puede desear al hombre otro estado que aquel en el cual no sólo disfrute cada individuo de la más irrestricta libertad para desenvolverse de sí mismo en su peculiaridad, sino que tampoco la naturaleza física reciba de mano humana otra forma que la que le dé cada uno en la medida de sus necesidades e inclinaciones sin otra limitación que la de su fuerza y su derecho*.

III. El liberalismo económico olvida que la libertad incondicionada es imposible desde el punto de vista social. La existencia social del hombre es una colaboración. Sólo es pues posible con una voluntad ordenadora que ligue las diversas voliciones individuales en relación de fines y medios; de otro modo sólo quedan individuos aislados.

En cambio no basta la afirmación de que el Estado tiene el derecho y el deber de interferir, por motivos morales, el libre mecanismo económico. Pues no cabe apelar a consideraciones morales sin una fijación crítica de este concepto y de su relación con la cuestión social.

Por otra parte hay error en la relación correcta entre economía y derecho. El derecho no interviene en la economía como una actividad existente fuera del derecho, como un organismo, sino que la economía sólo es imaginable como realización de un determinado orden jurídico. La economía centralizada y la economía de iniciativa privada son dos medios lógicamente iguales de los cuales se puede valer la ordenación jurídica de la colaboración. Y los conceptos de sociedad y de economía social son imposibles sin su condición lógica de la ligazón jurídica.

IV. La idea liberal es inadecuada a su vez para el establecimiento del orden jurídico.

1. Contradice el concepto del derecho. Este tiene la característica de la autarquía. La voluntad jurídica liga los contenidos finalistas en forma permanente que es independiente del asentimiento de los obligados de caso en caso. Mantener en principio esta ordenación forzosa y darle al mismo tiempo por contenido la libertad incondicional de los jurídicamente ligados es una insoluble contradicción.

2. Pero el postulado de la libertad absoluta tampoco sirve como fin ideal de la voluntad jurídica. Elevarla a la categoría de principio entrañaría la autorización de actuar externamente según contenidos volitivos personales. Y sería pues lo contrario de la norma anhelada para una voluntad objetivamente recta.

Si se quisiera interpretar la doctrina de Humboldt en el sentido de que los jurídicamente ligados no deben ser constreñidos innecesariamente, sino libres hasta donde sea hacedero, entonces se habría establecido una norma que hasta hoy no ha sido aclarada. Esa libertad de trascendencia relativa y vacilante sería sólo un medio condicionado; su carácter y recta aplicación habría que averiguarlos a la luz de aquel otro principio superior que determina una convivencia justa.

El Estado mayoritario

✘ En ciertos políticos prácticos domina la creencia de que la apelación a la mayoría es un principio político general del que se derivan el concepto y el principio del derecho. Por consiguiente: donde hay mayoría hay derecho y lo que la mayoría resuelve es siempre justo.

Esta creencia se ha divulgado mucho en el último siglo; pero siempre en forma vulgar (frecuentemente en relación con el postulado de la igualdad material) pero no se la encuentra en ningún representante serio de una teoría del derecho y del Estado. Incluso **Rotteck**, **Dahlmann** y otros políticos liberales de aquellos tiempos, que hablan de *la soberanía del pueblo*, se apartan de esa doctrina de la mayoría. Ella vive su vida cuantitativamente no despreciable en disertaciones sin importancia y en los debates superficiales de la política diaria.

En cambio la tendencia a buscar en la mayoría la característica del derecho y de la justicia ha sido siempre rechazada y combatida por los más agudos y grandes pensadores. Así **Platón** (*Politikos*, cap. 26 y sigs.) y **Rousseau**; también **Goethe** (*Epigramas*, Nos. 52 y 54) y **Schiller** (*Demetrius*), como igualmente **Stahl** (*Autoridad, no mayoría*).

II. Verdaderamente la apelación a la mayoría no nos da ni la característica del concepto del derecho ni tampoco la de la idea de la justicia.

El derecho implica una voluntad autárquica. Su concepto no se agota en un escrutinio; es otra cosa que una suma de adhesiones individuales o de opiniones individuales aisladas de esta o aquella mayoría.

El ideal de la justicia no se puede describir como el anhelo de una determinada mayoría numérica. Ello implicaría una lamentable confusión de la cantidad con la calidad. La misión de la política estriba en el establecimiento de una situación buena. Y una situación no es buena simplemente porque muchos la piensan y quieren.

III. La decisión de una mayoría cualquiera sólo puede ser un medio condicionado. Se ha de demostrar entonces que, bajo determinadas condiciones históricas, se obtiene el resultado objetivamente mejor ateniéndose al criterio de la mayoría de una masa determinada. Entonces se abandona el principio democrático como tal. En realidad el principio con el cual se quiere justificar este medio de la decisión mayoritaria es otro que sin embargo no se ha expresado ni demostrado claramente por los que proclaman la mayoría como la norma suprema.

IV. En todo caso, si se quiere establecer este medio de la mayoría numérica hay que preguntar qué condiciones han de reunir los que han de constituir esta mayoría. Hay que identificarlos de algún modo

y precisamente por medio de instituciones histórico - positivas de carácter determinado. No hay un derecho natural a votar en los comicios como no lo hay en general y no hay relación alguna entre el hecho de que alguien responde físicamente al concepto de hombre y las instituciones jurídicas del derecho electoral activo y pasivo. Hay que preguntarse pues qué resultado presunto de este o aquel sistema electoral con tales o cuales electores merece la preferencia en las condiciones históricas dadas y según la idea de una convivencia armónica. Y no hay para esta cuestión un criterio apriorístico que valga para todos los hombres y pueblos.

El materialismo histórico

I. **Marx**, *Para la crítica de la Economía Política* (1859). **Marx y Engels**, *El Manifiesto Comunista* (1848). **Engels**, *La subversión de la ciencia por el señor Eugenio Dühring*; (1878). Tres capítulos publicados aparte bajo el título de *La evolución del socialismo de la utopía a la ciencia*.

La concepción materialista de la historia parte del principio de que la producción, y consiguientemente la distribución, es la base de todo orden social; que en toda sociedad históricamente dada, la distribución de la producción y la consiguiente estratificación social en clases o Estados depende de lo que se produce y cómo se produce y de cómo se intercambia lo producido.

Según esta concepción el hombre es un ser dotado de instinto social, provisto de tendencias que le llevan a una convivencia permanente con sus semejantes, instinto social al que el hombre obedece para luchar mejor por la existencia.

Por ello, en el fondo de toda cuestión social late la forma de la economía social.

Sobre todo, según esta doctrina, el derecho de un pueblo se determina por las peculiaridades de las relaciones económicas.

Así pues, a los fenómenos externos en el espacio corresponden en la sociedad, los fenómenos económicos. Estos fenómenos económico - sociales son, según el materialismo social, hechos de la naturaleza. Nacen; se transforman y perecen, todo ello según procesos susceptibles de investigación natural. Como un todo constituyen la materia de la vida social del hombre; en su vida y extinción representan el movimiento de tal materia. El estudio científico de la vida social ha de revertir en definitiva en el estudio de los fenómenos económicos.

Con esto no desconoce esta doctrina en absoluto la trascendencia de las ideas en el sentido más amplio de la palabra; no niega la presencia de fines ideales en las representaciones y anhelos humanos ni se le escapa el hecho de que esas ideas han sido frecuentemente y pueden seguir siendo la causa inmediata de los cambios en el terreno jurídico. Pero cree que los fenómenos espirituales colectivos de la historia de la humanidad no son otra cosa que reflejos de la situación económica.

II. **Marx** partió en su doctrina de **Hegel** (véanse sus *Líneas fundamentales de la filosofía del derecho*, 1821, así como sus *Lecciones de Filosofía del Derecho* publicadas en 1837, después de su muerte).

Esta filosofía parte de los siguientes postulados fundamentales: a) El fundamento del mundo es la razón. Esta es sujeto absoluto. Lo

absoluto es el espíritu que se revela a sí mismo. Sólo este existe veraz, y permanentemente; todo se deriva de él; a él solo, por su esencia, le corresponde la realidad (de ahí su apotegma: *lo que es racional es real y viceversa*). b) La razón se realiza ella misma. Es un proceso de continuo devenir. El mundo constituye un proceso evolutivo (no en el sentido de la más moderna teoría de la evolución de las especies) a saber: el automovimiento de lo absoluto. c) Esta continua automodificación de lo absoluto se desarrolla en forma dialéctica. Cada concepto lleva en sí mismo el contrario; en un punto determinado ha de invertirse en el contrario. Según ello la evolución dialéctica de las cosas se hace de tal modo que un concepto se determina a sí mismo, establece determinaciones en sí mismas y las suprime y con esta supresión gana el mismo una determinación afirmativa, más rica y más concreta (*Filosofía de la Historia*, introducción). Más o menos de este modo se establece una proposición como verdadera, a ella se opone la proposición negatoria; ha de seguir una negación de la negación; necesariamente hemos de buscar un tercer término más alto.

Es este método el que se pretende aplicar al derecho y a la historia de la humanidad.

A la voluntad subjetiva del individuo se oponen los fines autónomos del espíritu objetivo y ambos encuentran su síntesis dialéctica en el reino de la libertad realizada (*Filosofía del Derecho*). El derecho es algo sagrado y esto solamente porque es la existencia del concepto absoluto, de la libertad consciente de sí misma.

La Historia universal se divide en cuatro períodos: el mundo oriental, el griego, el romano y el germánico. Responden a las edades de la infancia, la juventud, la madurez y la senectud, la última de las cuales implica la total madurez del espíritu. La historia universal se ha desarrollado racionalmente (*Filosofía de la Historia* Introducción). La verdadera historia empieza con el Estado. El concepto de la historia universal se nos manifiesta en el autoestablecimiento dialéctico del espíritu concreto de un pueblo, en su ocaso producido por su autoconciencia y la aparición de otro pueblo histórico-universal. Los principios de los espíritus populares son limitados por razón de su particularidad en la que tienen su realidad objetiva y su conciencia de sí mismos, y sus actos y destinos en su interrelación son la dialéctica manifiesta de la transitoriedad de estos espíritus, de cuya dialéctica sale el espíritu general, el espíritu del mundo como un espíritu ilimitado que ejercita su derecho - y su derecho es supremo - en ellos en la historia universal, como juicio universal (*Filosofía del Derecho*). La filosofía de Hegel carece de base crítica. Hace sus afirmaciones sin fundamentarlas y deja de examinar la posibilidad de

conocimientos de valor general y los límites dentro de los cuales es posible un conocimiento absolutamente recto.

Esto se manifiesta decisivamente en toda su modalidad: a) La referencia a lo absoluto queda inexplicada. También la idea de lo incondicionado necesita ser puesta en relación con otras; pues está sujeta a la necesidad de un orden uniforme de la conciencia. La unidad de este orden - en términos tradicionales la idea de la regularidad - es lo último en que puede fundarse toda consideración teórica. b) El concepto de evolución sólo tiene sentido como tendencia hacia un Estado; es decir, en relación con la cuestión de la finalidad. Encaja pues como una realización determinada en el cuadro de las ideas de medio y fin; es subordinado a ellas y no constituye pues la cúspide del razonamiento. c) La dialéctica, como método de validez general, es vaga e imprecisa. Falta de una base crítica, su eficiencia sólo puede deducirse de la observación de hechos y reflexiones aisladas. Respecto a la reversión en lo contrario no se sabe ni en qué momento tiene lugar ni tampoco si obedece a la ley de la causalidad o a la de la finalidad.

A la luz del método crítico, la doctrina de **Hegel** ofrece tres fallas fundamentales: a) No distingue entre la forma y la materia del contenido de la conciencia. La primera es la manera determinante por la cual se puede comprender unitariamente una cosa determinada; la segunda es el contenido de la conciencia determinado por la primera. Sólo puede darse un sistema cerrado de las formas puras de ordenación de nuestro espíritu. Pues un sistema es una unidad orgánica completa. Y de esta unidad completa no es susceptible la materia que es un amasijo desordenado de impresiones y anhelos. La inconsistencia de un sistema de contenidos materiales condicionados y el consiguiente descuido del buen derecho de la investigación empírica ha contribuido en su tiempo fundamentalmente y con razón a la caída de la metafísica. b) No se preocupa de la distinción entre el problema sistemático y el problema genético. El concepto del devenir de una cosa se funda en su esencia y por lo tanto la presupone. Las modificaciones o alteraciones de una cosa sólo se pueden referir a sus atributos no esenciales que, se adhieren a la unidad de sus condiciones permanentes. La mezcla de estos dos puntos de vista (el sistemático y el genético) en la concepción del proceso evolutivo no puede llevar a una comprensión clara. c) Yerra en la relación entre idea y realidad. La realidad de la vivencia estriba en el pensamiento de las concreciones ordenadas. La representación de la incondicional totalidad de todas las particularidades posibles - esto es la idea - significa sólo una tarea, un guía para la ordenación. Ofrece el punto de mira por el cual puede uno guiarse pero, precisamente por su incondicionalidad, no puede nunca aparecer

exhaustivamente dentro de los acontecimientos determinados. Bien comprendida la idea, esta es irrealizable. Lo eterno, en el verdadero sentido del pensamiento que expresa, no es nunca presente (como dice el mismo Hegel en su *Prefacio a su Filosofía del Derecho*); sólo señala la directriz del pensamiento mediante la cual puede juzgarse y orientarse una presencia, que siempre es determinada y limitada.

III. La concreción más importante de la concepción materialista de la historia es el socialismo moderno (llamado *científico*) cuya argumentación es la siguiente:

1. La economía de los tiempos modernos está ya en gran parte socializada y lo estará cada día más. Esto es: la producción se realiza en unidades económicas organizadas según un plan (fábricas, grandes haciendas, comercio en gran escala, etc.) en las cuales se acumulan los hombres para el trabajo en común. Estas grandes unidades económicas crecen cada día en tamaño y disminuyen en número. Sin embargo todavía subsiste el viejo orden jurídico fundado en el supuesto de que los instrumentos de producción pertenecen a los productores a los cuales corresponde pues también el producto. De ahí surge un conflicto entre la realidad económica y el derecho que la rige, conflicto que se manifiesta en las crisis industriales y comerciales. La propiedad privada de los instrumentos de producción no se adapta ya a las condiciones económicas que han variado. Es pues anticuado.

2. La naturaleza regular de los modernos fenómenos económicos, o sea la colaboración planeada de muchos para fines previstos choca con la anarquía de la producción en el mercado mundial. La caída de esta anarquía es pues un proceso natural que desemboca en la colectivización de los medios de producción.

IV. La concepción materialista de la historia es incompleta y falta de desarrollo.

1. Es incompleta porque usa sus conceptos fundamentales, como sociedad, fenómenos económicos, forma de producción social, etc., sin definirlos antes mediante características unitarias. La reflexión crítica enseña que el punto de vista social es el de la relación entre fines humanos. La cuestión social no pertenece a la ciencia de la naturaleza sino a la de la finalidad.

La relación entre economía y derecho no es la de la base y la superestructura. Al contrario, no puede pensarse la economía social sin una forma jurídica determinada según la cual funciona. Todo concepto económico presupone ciertas instituciones jurídicas cuya desaparición entrañaría también la suya propia. No sucede en cambio lo contrario. En tal sentido el derecho es la forma (o sea el modo lógicamente condicionante) y la economía la materia (pensamiento lógicamente condicionado) en la representación de la existencia

social del hombre. Ambos están implícitos en el concepto de la colaboración con igualdad temporal; pero con la expresada prelación lógica.

Los fenómenos económicos no significan cosas de la naturaleza en el sentido de percepciones espaciales. Son fenómenos colectivos iguales en las relaciones jurídicamente reguladas. Se forman en el desarrollo de una vida social históricamente dada. De ellas manan tendencias a la modificación del orden jurídico que les es implícito. Si estas tendencias tienen éxito se desarrollan bajo el nuevo derecho otros fenómenos económicos de la misma naturaleza y así se produce un circuito abierto de la vida social.

2. Esta falta de desarrollo porque no ha elaborado consecuentemente el pensamiento de la regularidad de la vida social.

Regularidad significa la forma superior y unitaria en la cual se ordenen determinadas vivencias. La regularidad de las tendencias sociales no resulta simplemente de su devenir, del mismo modo que el conocimiento del desarrollo de una doctrina de las ciencias naturales no garantiza la certeza de su contenido. También el error y la conducta reprobable nacen causal y necesariamente. Una reforma social está científicamente fundamentada cuando en su contenido es necesaria para armonizar determinada situación social con la idea fundamental de la vida social; la idea de la comunidad pura.

Esto ha de tenerse en cuenta para obtener una concepción de la historia que esté críticamente fundamentada.

La historia social enfoca la evolución de la forma de la convivencia social. Es por ello una historia de fines. Cada fin a su vez puede ser examinado por el método científico natural para averiguar sus causas; pero la totalidad de la historia social es una cadena continua de ambiciones humanas.

En qué sentido puede pues abarcarse la historia humana como un proceso unitario; ¿qué es la historia de los hombres?

No es un proceso natural como efecto único de una causa determinada. Pero tampoco puede considerarse como un devenir natural continuo en que no haya otra cosa que causas y efectos, sino que ha de reflejar la continuidad temporal de las tendencias sociales en su relación de fines y medios.

La tesis que la historia (transmitida por escrito) es la historia de las luchas de clase no resuelve en modo alguno el problema. Esta afirmación no dice otra cosa sino que los esfuerzos hacia la conservación o modificación de una organización social han estado siempre contrapuestos. El que esto, en sociedades organizadas, se haya realizado mediante las clases (tanto si por ellas se comprenden todos o sólo determinados grupos sociales) deja siempre pendiente

la cuestión de cuál de las concepciones contrapuestas en esta lucha es fundamentalmente preferible.

Para ello, como hemos dicho, no tenemos más que un guía: la idea de la voluntad pura que, traducida a la vida social, es la concepción ideal de una comunidad de hombres de voluntad libre. Si llamamos a la colaboración guiada por esta idea la voluntad común, resulta que la *Historia de la Humanidad* es el progreso de su voluntad colectiva. Un suceso histórico determinado es pues científicamente estudiado cuando se examina si está en armonía o en contradicción con aquella idea fundamental.

No hay ninguna garantía absoluta de que la humanidad irá siempre por el camino del progreso histórico. Pero la experiencia nos autoriza a esperar que el anhelo por lo justo será cada día más vigoroso.

Conviene finalmente hacer una distinción fundamental y de gran importancia y necesidad. La fundamentación crítica de la ciencia igual que esta misma sólo ofrece posibilidades de llegar a resultados objetivamente correctos. El que estas posibilidades deban ser aprovechadas es cosa que no interesa a la teoría. Tampoco puede ella decir por qué los hombres deben perseguir la verdad y la justicia. Esto pertenece a otro orden de pensamiento.

El anarquismo

✘ **Anarquismo** es la representación de una vida social organizada de otro modo que por la voluntad jurídica. Hay que distinguirlo de *anarquía* que implica un estado de perturbación en una comunidad jurídica.

Su primer representante sistemático es **Proudhon** (1809 - 1865) de entre cuyos escritos son de mencionar *¿Qué es la Propiedad? Investigaciones sobre el principio del derecho y del gobierno* (1840), *De la creación del orden en la humanidad* (1843), *Las confesiones de un revolucionario* (1849), *Idea general de la revolución en el siglo XIX* (1851), *De la justicia en la revolución y en la iglesia* (1858). Funda la convivencia humana en un orden natural. Las relaciones humanas, la producción y el comercio se desarrollarían espontáneamente según una regularidad inmanente y, dejándolos libres y sin trabas, se realizarían en una armonía natural.

Esta doctrina pugna con el concepto de la economía social que sólo puede ser la ejecución de un orden social y no puede ser pensada sin la base de una voluntad entrelazante.

II. **Stirner** (1806 - 1856) en su libro *El único y su propiedad* representa el esfuerzo más decidido para expulsar toda autoridad del derecho, de la moral y de la religión. Su aspiración suprema es la libertad absoluta del individuo, del yo, tal como es. Esta libertad no la consiguen ni el liberalismo que, en la mayoría establece otro dueño, ni el socialismo que hace de todos los hombres unos miserables bajo el poder del único propietario, la sociedad. Por ello hay que suprimir el Estado substituyéndolo por *la sociedad de los egoístas*.

Al postular al individuo empírico como ley suprema de la voluntad revela Stirner la contradicción ineludible de todo escepticismo radical. Identifica lo subjetivamente válido con lo objetivamente justo. No renuncia a la justificación fundamental de un anhelo dado, ya que en otra cosa sobraría toda discusión sobre la justificación de una finalidad; pero ve esta justificación en el azar dependiente de las cualidades particulares de este o aquel individuo.

III. El anarquismo moderno se basa en ambos, Proudhon y Stirner cuya tesis intenta sintetizar. Hay dos tendencias:

1. El anarquismo comunista o anarco-sindicalismo. Imagina comunidades libres con vida fraternal y sin propiedad privada. De sus filas sale la propaganda por la acción.

2.-El anarquismo individualista. Imagina comunidades puramente convencionales con propiedad privada. Espera su propósito del progreso moral de la humanidad.

Estas doctrinas invitan a reflexionar sobre la organización convencional y la organización legal de la convivencia humana. Se

pregunta si la autarquía de la reglamentación jurídica, independiente del contenido de esta reglamentación, es justificada.

IV. El derecho del derecho. Se ha pretendido fundar la necesidad de una comunidad jurídica en que la coacción jurídica se causa ineludiblemente; la tendencia a ella nace ya en los gobernantes ya en los gobernados. Pero el derecho es una forma de la voluntad humana. De ahí que sólo se justifique como un medio para un fin justificado, y esto debe suceder con su pretensión a la *autarquía* o sea sin consideración al consentimiento de los obligados, y a la inviolabilidad o sea la independencia del arbitrio del gobernante.

La coacción jurídica no es un medio indispensable para una posible moralidad, pues ésta sólo se relaciona con la vida interior del hombre. Tampoco la educación para una buena voluntad puede justificar el derecho como tal, pues el problema es este: cómo fundamentar la coacción jurídica sin consideración al contenido de un derecho determinado.

Hobbes enseña que, sin derecho, habría una guerra de todos contra todos. Pero al poner en duda la coacción jurídica deja abierta la posibilidad de un orden fundado en la arbitrariedad o en el convencionalismo.

La cuestión se precisa de este modo: ¿Es la forma jurídica de la voluntad social condición indispensable para la regularización de la convivencia humana? Esta pregunta ha de contestarse afirmativamente.

En las reglas convencionales y en los preceptos arbitrarios, por su propia naturaleza, todo depende del criterio subjetivo del obligante o de los obligados. No ofrecen por lo tanto una base adecuada para una plasmación objetiva de la sociedad humana. Ambos actúan solamente de caso en caso; no garantizan la subsistencia de la vida social como tal en forma generalmente válida ajena a los caprichos personales. Yerra especialmente la doctrina anarquista al no reconocer en principio más que sociedades convencionales porque presupone la capacidad ocasional de los individuos a convencionarse y no se presta a la regulación de toda posible convivencia humana.

La voluntad jurídica incluye, al contrario, entre sus características conceptuales la de la permanencia del nexo. Comprende todo posible enlace de los fines de todos los hombres posibles; libra a la existencia social en sí de todo capricho subjetivo y garantiza la subsistencia de la vida social como tal. Sólo partiendo de aquí se puede pensar en la formulación jurídica de un contenido concreto de una voluntad entrelazante. Así pues, el derecho, en cuanto voluntad entrelazante, autárquica e inviolable, es el medio indispensable para toda posible

reglamentación de la vida social; en ella está su fundamentación absoluta; de ahí *el derecho del derecho*.

El empirismo jurídico

I. Por **empirismo** se entiende la doctrina según la cual debe partirse de los hechos concretos para sacar de su constatación simple y sin prejuicio una concepción del mundo y normas generales para el conocimiento y la voluntad de los hombres.

Esta doctrina es en si misma contradictoria e inestable. Pues convertir una impresión en un hecho significa determinarlo de acuerdo con un fundamental principio formal. No es posible constatar un hecho aislado por si mismo o fundar el método de constatación en las peculiaridades que sólo pueden ser ordenadas según el método. Hay que presuponer, al contrario, la posibilidad de una ordenación unitaria de nuestro mundo mental. Esta posibilidad ha de encontrarse por una reflexión crítica, preguntándonos: ¿en qué manera uniforme es pensable toda posibilidad de una determinación y orientación sustancialmente armónicas?

Se trata pues de la jerarquía lógica entre el método fundamental y el caso concreto y no de la sucesión temporal de las vivencias individuales. El todo es el supuesto lógico de la parte que, sólo una vez situada en un marco incondicionalmente firme, adquiere la categoría de hecho.

II. Algunos han practicado el empirismo desentrañando de una época determinada sus características predominantes. Este procedimiento descriptivo lo aplican también a las cuestiones jurídicas que se han presentado en diversos pueblos con cierta homogeneidad. Así, por ejemplo, **Montesquieu** (1689 - 1755). Son de mencionar *Cartas persas* (1721), descripción satírica de la situación de su tiempo, especialmente en Francia, en cartas que un supuesto viajero persa en Occidente manda a su país; *Consideraciones sobre las causas de la grandeza y decadencia de los romanos* (1734) y *Del espíritu de las leyes* (1748). En estas obras describió una variedad de órdenes jurídicos, los compara y constata sus analogías. De este modo llega a afirmaciones de generalidad relativa referentes, ya al contenido, ya al origen y desarrollo de ciertas organizaciones estatales y jurídicas. De este modo establece la dependencia de las instituciones jurídicas de las formas políticas que las sustentan y de las condiciones naturales de un país y de un pueblo. La sustancia de estas relaciones la denomina *el espíritu de la ley*.

Todas estas tentativas no pasan sin embargo de constataciones limitadas. No nos pueden dar una visión del derecho de validez absoluta. La comparación de las peculiaridades de diversos órdenes jurídicos permite entenderlas mejor; pero no consigue las reglas fundamentales a las que está sometido todo derecho.

III. La moderna jurisprudencia ha seguido frecuentemente la vía empírica. Del modo más serio lo ha hecho sobre todo **Adolfo Merkel** (1836 - 1896), especialmente en su *Colección de ensayos en la esfera de la teoría general del derecho y del derecho penal* (1899).

Como consecuencia de ello se ha intentado resolver con la sola ayuda de hechos determinados de la historia jurídica y de juicios pronunciados en casos concretos, los problemas últimos de la naturaleza y significación del derecho.

IV. Perc se da el caso de que toda proposición jurídica, todo pensamiento en una voluntad jurídica, presupone necesariamente el concepto del derecho. Pensar jurídicamente quiere decir descubrir en un contenido volitivo su calidad de voluntad jurídica. Y el concepto del derecho no se puede sacar de una serie de hechos jurídicos relacionados entre sí, pues cada uno de ellos ha recibido ya su carácter jurídico del concepto del derecho.

Lo mismo sucede cuando juzgamos de la justicia esencial de un contenido jurídico concreto. La norma para este juicio no podemos encontrarla en ningún fin concreto perseguido por un precepto peculiar. La norma unitaria y absoluta no puede ser más que un método formal que permita juzgar indistintamente la materia heterogénea que encontramos en la historia.

La afirmación de que este modo unitario y condicionado no sirve es errónea. Si un juicio ha de ser cierto ha de ser hecho por un seguro método crítico cuya observancia es la única garantía para un juicio objetivo.

Finalmente, la objeción de que este método formal es vacío de contenido deriva de una confusión. Pues contenido es la peculiaridad por la cual un pensamiento se distingue de otro; no hay pensamientos vacíos. Aquí se confunde el contenido de un pensamiento con la materia concreta a que se refiere. Es claro que hay pensamientos que están desprovistos de materia; pero esto es precisamente lo que buscamos cuando queremos encontrar un procedimiento de valor general.

Se impone pues la necesidad de inquirir las formas puras del concepto y del juicio que sean invariables para el jurista y le permitan hacerse cargo del contenido variante de los anhelos humanos y entenderlos en su ordenación justa y acertada. Esto es imposible mientras nos limitemos a estas peculiaridades que inadvertidamente ya están en su orden. Aquí necesitamos también el método para la reflexión crítica sobre la posibilidad de la ordenación unitaria de los pensamientos jurídicos en sí.

El realismo jurídico

✘ **Kirchman** (1802 - 1884), *La inutilidad de la jurisprudencia como ciencia* (1848), *Los conceptos fundamentales del Derecho y de la Moral como introducción al estudio de las obras filosófico - jurídicas* (1873), *La doctrina del saber* (1878).

El procedimiento fundamental ha de ser la inducción. Por medio de él se ha de llegar al conocimiento del contenido real y del movimiento real en la evolución del derecho y de la moral. De los hechos históricos puede la abstracción sacar leyes. Según ello lo moral no es deducible de un principio eterno ni de una actuación divina. Lo moral ha de referirse a los mandatos de los pueblos o de los soberanos. Por ello ha de ser siempre diversa y mudable. La mudanza se determina por tres causas: por el crecimiento del saber, por el crecimiento del dominio sobre la naturaleza y por la variación de la receptabilidad por las causas del placer. Esto se refiere tanto al derecho como a la moral.

II. Si el realismo quiere ser verdaderamente una norma fundamental, entonces no ha de olvidar que ha de partir de un principio. Su doctrina depende naturalmente de pensamientos ordenadores unitarios. Su característica está en que no quiere verlos.

Kirchmann habla de conceptos generales del derecho y de la moral y además va en busca de sus conceptos fundamentales. Acepta pues la existencia de pensamientos sólidos y fundamentales que han de plasmar y dominar de modo uniforme la materia varia y cambiante de la experiencia histórica. A todas las diversas concepciones morales las califica de *moral*. Las está agrupando bajo un concepto fundamental y único cuando precisamente se está esforzando también por subrayar las diversas acepciones de este concepto.

Con ello, toda representación, lo mismo de la apercepción como de la voluntad, consta de un todo compuesto. Hay en ella un método determinante de significación unitariamente comprensiva y además, como segundo elemento, particularidades sensibles que llevan ya íncito un orden y no pueden ser pensadas simplemente como materia informe. Estos dos elementos están siempre ligados. No tiene nada de extraño, como a veces se ha creído, que se junten porque jamás estuvieron separados en la realidad sensible. Tampoco tiene nada de extraño que sólo tengamos experiencias compuestas que podamos desgranar en una investigación crítica.

Queda pues, frente a aquel enfoque realista, una tarea peculiar que consiste en asegurarse por el análisis crítico, del método unitario de ordenación que caracteriza el conocimiento científico. Se efectúa por medio de una reflexión inquisitiva dirigida a la posibilidad general del orden exhaustivo de la vida espiritual.

Esto es imposible por medio de la inducción. No puede obtenerse el concepto del derecho inductivamente, o sea coleccionando muchas experiencias jurídicas para sacar de ellas, como una nota común, el concepto del derecho, pues al reunir esas experiencias jurídicas ya se da por supuesto en cada caso el concepto del derecho como criterio de selección. Y tampoco puede aislarse y definirse inductivamente la idea de la justicia en su peculiaridad y con sus contradicciones. Pues toda inducción consiste en subsumir fenómenos concretos a géneros superiores: Se limita a la materia accesible a los sentidos y no puede pues dar las formas puras del concepto y del juicio.

Hay que advertir sin embargo que no existe oposición alguna entre el idealismo y el realismo. No se trata de una alternativa sino de una disyuntiva, (no de *esto o aquello* sino de *esto o también aquello*). La idea, como dijimos, no es creadora. Necesita la materia sensible que le es dada en la vida social. Y esta materia históricamente condicionada debe ser elaborada realísticamente lo mejor posible.

Si alguien sólo tiene sentimiento y fantasía, corre en política siempre el peligro de ser un simple *soñador utopista radicalmente subjetivo*. Por otra parte la idea de lo bueno es totalmente indispensable para manejar la materia realísticamente seleccionada. El que carece de esa idea es como el piloto que navega sin brújula.

A esta ignorancia de la doble tarea a que nos hemos referido se debe la errónea posición de Kirchmann al tratar de la Jurisprudencia como Ciencia. El tiene tres escrúpulos: la materia del derecho es siempre cambiante; el contenido del derecho no está sólo en el conocimiento sino también en el sentimiento; las normas jurídicas positivas son siempre preceptos humanos. Kirchman debía saber que la característica de la ciencia no está en la materia que elabora sino en la forma de su elaboración. De hecho sólo debía preguntarse si era posible un método absolutamente unitario de ordenación del contenido de la voluntad jurídica. Pero no se preocupó de esta cuestión que debe ser contestada afirmativamente y por el camino crítico.

III. **Jhering** (1818 - 1892), discípulo de **Puchta** se revolvió luego contra la escuela histórica, especialmente en su discurso sobre *La Lucha por el Derecho* (1872). En su famosa obra *El Espíritu del Derecho Romano* (empezada a publicar en 1852) hace brillantes descripciones de grandes períodos de los romanos, tan especialmente dotados para el derecho, con sus características históricas. Se interrumpió en el tercer tomo para orientarse hacia la Filosofía del Derecho. Siguió *El fin en el Derecho* (desde 1877, dos tomos) que tampoco fue terminado. Este libro está presidido por el lema de que *el fin es el creador del derecho*. Pero el fin es para Jhering *causalidad*

psicológica. Y aquí el error. Mientras enfoquemos las experiencias o vivencias concretas bajo la categoría de la causalidad estamos en el terreno de las ciencias naturales encargadas de ordenar unitariamente los fenómenos corpóreos. Ellas estudian los cambios que experimentan por sus causas venidas del pasado. Pero el fin está en el futuro y determina el presente por la elección de medios. Y el derecho no es el producto de fines sino una peculiar actividad finalista.

Jhering no ha podido dar una definición conceptual exacta del derecho en relación con las otras formas de la volición.

IV. Para desprender de ellos la concepción fundamental del derecho, describe Jhering los intereses y los fines determinados que pueden darse en una sociedad. Intenta formular una mecánica social. Por tal entiende las palancas que se emplean para poner en movimiento la voluntad. Ellas son de una parte la coacción y el premio, de otra el amor y el sentimiento del deber. Y todo sucede a través del derecho, como *una política de la fuerza*. El manejo de esta política corresponde al ocupante del poder, el cual, como el egoísta más despiadado e incorregible, colecciona un tesoro de reglas de conducta destinadas a sacar el mayor provecho posible de su poder.

Los apetitos egoístas no son pues para él la materia que ha de ser objetivamente elaborada sino la ley suprema de la vida humana, y por lo tanto del derecho. Como materia de la voluntad aquellos deseos puramente personales existen naturalmente siempre y en todas partes. Han de ser, pues como ya dijimos antes, tenidos rigurosamente en cuenta en la cuestión social y, tal como son y existen, cuidadosamente investigados y estudiados.

Pero, por el hecho de existir no se justifican ya los deseos y tendencias. Si nos entregáramos a ellos tal como en particular existen y actúan, dejaríamos de poseerlos científicamente. Sería lo mismo que si aceptáramos las inclemencias naturales o los quebrantos del cuerpo por el solo hecho de que se dan en el curso natural de las cosas y en el proceso necesario de la naturaleza. Para evitarlo se impone una elaboración unitaria de los numerosos y variados impulsos humanos. Y esto no se puede hacer confiándose simplemente al criterio puramente subjetivo del detentador del poder.

La sociología

I. La palabra *sociología* se ha puesto de moda en los últimos tiempos. Esto no ha contribuido sin embargo a aclarar el pensamiento que con ella se quiere expresar. El americano **Ward** recoge en su libro nada menos que doce diversas acepciones de la palabra *sociología*. Tiene razón; este número seguramente podría ser aún aumentado. Entre estas acepciones descuella una según la cual la cuestión social debe tratarse con el método de las ciencias naturales. Con ello se aproxima a la concepción materialista de la historia sin que sin embargo haya de depender de ella. Su intención es construir una teoría de la sociedad. Ha de precisar pues su objeto, la sociedad humana. Y ya aquí falla la simple referencia a acontecimientos histórico - naturales.

El estudio de la cuestión social depende de otras condiciones del conocimiento que la simple investigación del mundo corpóreo que nos rodea. El orden unitario de pensamientos sobre la convivencia humana ha de enfrentarse al contenido de las corrientes sociales y no se agota en la observación de variaciones causales.

Tampoco es lícito, como lo han propuesto **Simmel**, determinar el concepto de la sociedad por la categoría de la interrelación, pues esto sería estudio de una causación contrarrestada por otra de parte del cuerpo influído anteriormente. Al estudiar la existencia social nos enfrentamos con un entrelazamiento de fines de miembros de la comunidad entre sí. De ahí que las leyes de la interrelación corporal no puedan ser aplicadas a las tareas de la política y la jurisprudencia y de la vida social en general. Si, por ejemplo, la ciencia natural enseña que en la trasmisión de un movimiento son siempre iguales la acción y la reacción, ello no constituye un principio aplicable a la ciencia social. El sistema de la ciencia social debe construirse independientemente, como un modo peculiar de las ciencias finalistas.

II. Frecuentemente se ha intentado explicar la finalidad e importancia del derecho y del Estado haciendo referencia al cuerpo humano. Mientras esto son meras evocaciones, como en **Menenius Agripa**, pueden ser un auxiliar del pensamiento científico social. Pero el lenguaje gráfico es raramente inofensivo y hay que evitar confiarse a él sólo.

Últimamente ha divulgado **Steiner** una explicación tripartita del organismo social. Encuentra en el organismo humano tres sistemas: el cerebral, el respiratorio y circulatorio y el del metabolismo. A ellos corresponde la vida económica, la vida política propiamente dicha y finalmente todo lo demás que se refiere a la vida espiritual. Steiner no quiere trasplantar simplemente los conocimientos científico -

naturales, pero dice que lo que importa es que el pensamiento, el sentimiento humano aprenda a percibir y sentir lo viable en la observación del organismo natural para poderlo aplicar al organismo social (Steiner, *Los puntos medulares de la cuestión social*, pág. 29). Ante esto no queda aquí claro el concepto del organismo social. Un organismo natural es un cuerpo compuesto cuyas partes se producen y alimentan recíprocamente (Kant, *Crítica del Juicio*) lo que no sucede en un mecanismo o en una máquina. Steiner no dice lo que ha de ir paralelo a esta distinción. El ejemplo que da, el de Austria después de la sexta década del siglo XIX, no lo aclara. No se sabe cuantos organismos sociales haya ni tampoco cuales hayan de ser sus características distintivas. ¿Es el Estado solamente o también el municipio, la sociedad anónima, la familia, la fábrica? Tampoco nos da ejemplos de su afirmación de que cada uno de aquellos tres sistemas ha de actuar con una relativa independencia y desarrollarse según sus propias leyes y fuerzas. Steiner intenta oponer el trueque de bienes contra bienes, al trueque de bienes contra derechos (pág. 39 y sigs.) Esto es un error: en el tráfico social necesariamente se cambian derechos. Este error produce una concepción equivocada de la relación entre derecho y economía y también resulta confuso y carente de ejemplos la existencia, al lado de la vida jurídica y de la económica, de una producción intelectual que no atañe directamente a esta interrelación, en la vida social Así falla el laudable propósito que proclama Steiner de llegar al *principio último* que late en el fondo de todas las corrientes sociales.

III. Un desdoblamiento peculiar de la sociología son las recientes concepciones sobre la misión de la Jurisprudencia en el dominio y aplicación del derecho, especialmente en la judicatura y la administración. Esta jurisprudencia sociológica persigue dos fines. De una parte se afana por llegar al derecho viviente. La suma de las reglas jurídicas positivas se contradice a veces con la realidad jurídica. Hay instituciones legales que sólo están en el papel y frecuentemente el comercio jurídico se desarrolla según normas que sólo surgen de él posteriormente.

Pero esto no tiene ninguna importancia fundamental. La búsqueda del derecho vivo presupone la concepción dogmática del derecho y sólo quiere, por el mismo método de aquella, afinarla y completarla en sus detalles.

IV. Otro matiz de la llamada jurisprudencia sociológica quiere sacar del enfoque económico el sentido y valor de un derecho dado. También parte pues de una aberración sobre la relación entre el derecho y la economía.

Es cierto que la observación de la vida real de un orden jurídico, que podríamos llamar economía social, no puede decir si el legislador ha

conseguido o no sus propósitos. Pero el sentido de aquella base legislativa ha de ser establecido por si mismo según su método propio.

Y cuando alguien pregunta si estas normas jurídicas condicionantes son fundamentalmente justas, el juicio crítico que pide no puede apoyarse en la simple observación del modo como realmente se desarrolle la vida social.

También aquí resulta pues la necesidad ineludible que una directriz ideal para poder justificar, desde el punto de vista de la justicia, una resolución jurídica cualquiera. El sentimiento social, los intereses reales, la intuición realista, etc., son sólo tópicos inadecuados para fundamentar tal juicio.

El derecho libre

✕ **Magnaud**, presidente del Tribunal de Chateau - Thierry , que actúa desde hace unos 40 años, es muy conocido en los países de lengua francesa por sus fallos muy libres y personales (ver **Leyret**, *Las sentencias del Presidente Magnaud*, I, 1903). Parte del principio de que la ley debe interpretarse humanamente y el juzgador se ha de guiar en sus juicios por la solidaridad humana. Este criterio lo aplica Magnaud en cada caso en sus juicios civiles y penales. Para ello se aparta discrecionalmente de los artículos de la ley positiva; pero no como el Pretor romano que durante su período podía apartarse en sus juicios del *ius civile*, pero quedaba ligado a las reglas que él mismo había establecido en sus edictos.

Este juez ha sido tanto objeto de grandes alabanzas en el país como *el buen juez*, como del repudio de la judicatura. El mismo ha publicado sus puntos de vista en la revista alemana *Mañana*, números 26 y siguientes de 1908. Pero sus explicaciones no constituyen una disertación científica ni en lo que se refiere a la cuestión fundamental ni en los detalles de su aplicación práctica.

II. El llamado *movimiento del derecho libre* ha nacido últimamente en Alemania sin relación alguna aparente con las actividades del juez Magnaud. Pero en esencia llega a los mismos resultados. Los principios fundamentales de esta nueva escuela no han sido expuestos siempre con gran claridad por sus representantes; pero traducen dos tendencias dignas de mención.

La primera es la proposición práctica de que ningún precepto técnicamente elaborado en nuestra legislación tenga carácter obligatorio. La formulación de los preceptos legislativos en los artículos de nuestras leyes no debería ser mas que una formulación provisional sin observancia impuesta al juez; debiera ser abandonada en cada caso en que no condujera a una resolución justa y todo litigante debiera poder exigir del juzgador este examen previo.

Sería erróneo decir que de este modo el juez quedaría por encima de la ley, ya que se exige de la ley que obligue al juez al examen previo que hemos mencionado y el juez, debería pues practicar este examen en obediencia a la misma ley.

Pero las pretensiones de los partidarios del *derecho libre* sugieren escrúpulos derivados de nuestra situación actual y que no han podido ser desvanecidos. La exención del carácter obligatorio de los preceptos formales de la ley equivaldría, por ejemplo, en materia de letras de cambio, cheques y otros títulos de crédito, a su supresión; en los testamentos, registro de la propiedad, etc. producirían una lamentable inseguridad; en cuestión de plazos y términos judiciales sería imposible una comprobación como en el problema de la edad de

una persona o, en el caso de la prescripción, produciría una confusión espantosa. Ni los litigantes ni los jueces están preparados para razonar un criterio justo sin unas normas fundamentales; tendrían que reeducarse progresivamente. Esta experiencia se ha intentado desde el siglo XVIII en la justicia penal y hasta ahora han prevalecido los motivos en favor de una seguridad formal no obstante la estrechez de sus consecuencias.

Según ello el buen legislador sacará partido de ambas posibilidades: derecho rígido y derecho flexible (ver **Platón** en *El Político*). En las circunstancias actuales no hay motivo convincente para una supresión radical de la legislación formal.

III. La segunda tendencia del movimiento del derecho libre es de carácter teórico. Aspira a ser el método de encontrar el derecho justo. Y cree que este derecho justo se encuentra dejando al juzgador en libertad para buscarlo.

Si con esto entiende solamente rechazar la servil sumisión a la opinión dominante, tiene razón. Pues esta opinión dominante es muy difícil de precisar y en cada ocasión puede preguntarse si además constituye la premisa mayor correcta.

Lo mismo puede decirse de la conciencia jurídica popular.

IV. Por otra parte, la remisión al libre sentido jurídico es metódicamente insuficiente. Pues tal sentido jurídico no se tiene por nacimiento; se forma diversamente en cada individuo bajo influjos imponderables, produciendo sólo un conglomerado de experiencias y juicios que no puede conducir más que a resoluciones de valor subjetivo.

Quien pretenda justificar objetivamente los juicios de derecho que ha encontrado libremente, deblera someter a la crítica el método que ha seguido para llegar a ellos.