

Homero Tinoco Matamoros



# FILOSOFÍA DEL DERECHO



Universidad Técnica Particular de Loja  
Ciencias Jurídicas

# FILOSOFÍA DEL DERECHO

# FILOSOFÍA DEL DERECHO

Antología

Dr. Homero Tinoco Matamoros

## FILOSOFÍA DEL DERECHO

© Homero Tinoco Matamoros

UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

Diagramación y diseño digital:

EDILOJA Cía. Ltda.

Telefax: 593-7- 2611418

San Cayetano Alto s/n

[www.ediloja.com.ec](http://www.ediloja.com.ec)

edilojainfo@ediloja.com.ec

Loja-Ecuador

Derecho de Autor Nro. 023746

Depósito Legal Nro. 003242

Primera edición

ISBN digital-978-9942-04-736-6

Reservados todos los derechos conforme a la ley. No está permitida la reproducción total o parcial de esta guía, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

17 de agosto, 2015

**E**s apasionante enclaustrarse para participar en un **diálogo** filosófico con distinguidos pensadores, que para estar presentes, anulan la distancia y el tiempo. ¿Quiénes son los invitados a este banquete intelectual?: *Sófocles, Sócrates, Platón, Aristóteles, San Agustín, Santo Tomás, Hobbes, Locke, Rousseau, Kant, Hegel, Comte, Marx, Hans Kelsen, Alf Ross* y tantos otros; todos ellos han aportado al desarrollo del pensamiento de la humanidad.

Me interesaba conocer su opinión sobre el origen del Derecho, cómo lo definen, su fundamento y razón de ser. Cómo explican la presencia de la ley en la humanidad, y si es posible conseguir la justicia en la sociedad. Qué relación existe entre Moral y Derecho.

Todos querían participar al mismo tiempo, y hubo que organizarlos, es decir asumir la función de *moderador*, y consideré lo más conveniente invitarlos para que se ubiquen en la corriente o teoría filosófica más afín a su pensamiento.

Así por ejemplo, los que defienden que *el Derecho tiene su origen en la naturaleza*, formarían el grupo número uno y se llamarían los *iusnaturalistas*; el grupo número dos lo integran los que sostienen que *el Derecho proviene de la experiencia*, les denominaríamos los *positivistas*. Otro grupo lo forman los que manifiestan que *el Derecho está demás cuando desaparezca la lucha de clases*, ellos serían los *socialistas*. Los que sostienen que *el Derecho surge de la práctica ordinaria de la justicia* tomaron el nombre de *realistas*; y, los convencidos de que *el Derecho está estructurado de tres elementos fundamentales* serán los *trialistas*.

La primera dificultad que tuve que vencer fue el reclamo de que ellos no admiten ser *encasillados* exclusivamente en una teoría del Derecho; que su producción filosófica participa de múltiples corrientes y que de teoría pura del Derecho solo le está permitido hablar a *Hans Kelsen*. Todos afirman que *su pensamiento es el resultado de otros anteriores*. No se puede contradecir argumentaciones de esta naturaleza. Solo aceptaron el encasillamiento como una estrategia para ser estudiados.

*Amigo lector*, tiene en sus manos una vivencia filosófica; con la ayuda de muchos autores me esfuerzo por presentar el discurso filosófico en su identidad, no lo interpreto ni lo analizo, *ese papel le corresponde a usted*.

*Filosofar es re-pensar*. El objetivo de este libro es proporcionarle material para que vuelva a pensar; prolongue, aumente con su criterio, el pensamiento del filósofo que lo estudia.

*Filosofar es re-crear*. Si usted considera que el maestro se ha equivocado, hay que crear una nueva doctrina, o por lo menos mejorarla.

*Filosofar es des-cubrir*. Es des-andar el camino recorrido por los filósofos y contemporizar sus pensamientos, es comparar el logos que tengo con el del otro que lo descubro.

Debe ser nuestra aspiración la sentencia del filósofo alemán *Martín Heidegger*: *Cuanto mayor es la obra de un pensador... tanto más rico es en esa obra lo no-pensado*.

# SUMARIO

## **CAPÍTULO 1**

*Introducción a la filosofía del Derecho*

## **CAPÍTULO 2**

*El derecho Natural*

## **CAPÍTULO 3**

*El Derecho Positivo*

## **CAPÍTULO 4**

*La Teoría Pura del Derecho*

## **CAPÍTULO 5**

*El Derecho Socialista*

## **CAPÍTULO 6**

*Teoría del Realismo Jurídico*

## **CAPÍTULO 7**

*Teoría Tridimensional del Derecho*

*Bibliografía*

*Índice*



*No tenemos ciencia de una cosa  
sino cuando hemos conocido la causa.*

**Aristóteles**

# INTRODUCCIÓN A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

*Cada uno es tanto más sabio,  
cuanto más accede al  
conocimiento de la causa.*

**Santo Tomás de Aquino**

Este capítulo introductorio nos permitirá ambientarnos en el estudio de la Filosofía en general, unas breves definiciones para pasar a enumerar las diversas disciplinas filosóficas y luego citar diferentes conceptos de la Filosofía del Derecho propuestas por algunos autores, para culminar con la justificación de la función que tiene esta disciplina.

## **1. DEFINICIÓN DE FILOSOFÍA**

*La*, que significa amor a la sabiduría. Según José Ferrater Mora, el vocablo aparece en el pasaje de Heródoto I,30, donde Cresos, al dirigirse a Solón, le dice que ha tenido noticias de él por su amor al saber y por sus viajes a muchas tierras con el fin de ver cosas. Empleo semejante se encuentra en Tucídides (II,40: Oración fúnebre de Pericles a los atenienses): *amamos la belleza, pero sin exageración y amamos la sabiduría, pero sin debilidad*. El nombre *filósofo* aparece en Heráclito: *conviene que los hombres filósofos sean sabedores de muchas cosas*. Se atribuye a Pitágoras el haberse llamado a sí mismo filósofo, pero se discute hasta qué punto, aun en el caso de ser cierta la atribución, el ser filósofo significó para Pitágoras algo semejante a lo que fue luego para Sócrates y Platón<sup>1</sup>.

Posteriormente Filosofía significó no el simple amor a la sabiduría, sino la sabiduría misma.

Las definiciones que se han dado de Filosofía son múltiples. Común a ellas solo parece ser el hecho de que, como lo ha observado Georg Simmel (1858-1918), la Filosofía es, en los diversos sistemas filosóficos, el primero de sus problemas. Así, cada sistema filosófico puede valer como una respuesta a la pregunta acerca de lo que es la Filosofía y también acerca de lo que la actividad filosófica representa para la vida humana. Cada una de estas respuestas es, por lo tanto, parcial. Pero, al mismo tiempo, es necesaria si tenemos en cuenta que la Filosofía se va formando en el curso de su propia historia. Por lo tanto, las definiciones dadas por los diversos filósofos pueden considerarse como el conjunto de las perspectivas desde las cuales la Filosofía ha sido vista.

La Filosofía es el estudio de todo aquello que es objeto de conocimiento universal; de los primeros principios; o, como dice el pensador español Xavier Zubiri, es saber acerca de las cosas, dirección para el mundo y la vida y, finalmente, forma de vida; o, como expresa José Ferrater Mora, la filosofía es, a la vez, algo en la vida, y dice algo o bien sobre la realidad, o bien sobre el lenguaje que empleamos para hablar acerca de la realidad<sup>2</sup>.

## **2. DISCIPLINAS FILOSÓFICAS**

La división de la Filosofía en diversas disciplinas no aparece en todos los sistemas, sino que depende, en gran parte, del filósofo o del movimiento filosófico de que se trate, así como de la época histórica.

La Filosofía se puede dividir en teórica y práctica. La Filosofía Teórica estudia los primeros principios del ser y del conocer, y se divide, a su vez, en: Ontología o Metafísica, Gnoseología o Teoría del Conocimiento, Lógica, Sicología, Filosofía de la Historia y Estética. La Filosofía Práctica estudia los primeros principios del obrar y se divide en Filosofía Moral y Filosofía del Derecho.

Hasta fines del siglo XIX se consideraron como disciplinas filosóficas la Lógica, la Ética, la Gnoseología, la Epistemología o Teoría del Conocimiento, la Ontología, la Metafísica, la Criteriología, la Sicología y, además, un conjunto de disciplinas tales como la Filosofía de la Religión, del Estado, del Derecho, de la Historia, de la Naturaleza, del Arte, del Lenguaje, de la Educación y la Historia de la Filosofía.

Últimamente se han agregado a estas otras disciplinas filosóficas la Teoría de los Objetos, la Fenomenología, la Antropología Filosófica, la Semiótica, la Semántica, la Pragmática, la Filosofía de la Física, y la de las Ciencias.

Estas múltiples clasificaciones contemporáneas han planteado de nuevo el problema de si la filosofía es simplemente una matriz de las ciencias, que luego se van independizando de su origen común, o si tiene que abarcarlas a todas, adoptando un punto de vista distinto del de las ciencias<sup>3</sup>.

### 3. CONCEPTOS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Las definiciones de la Filosofía del Derecho varían de acuerdo con las direcciones y tendencias iusfilosóficas neo-tomistas, neo-kantianas, neo-hegelianas, etc., pero todas convienen en destacar a su manera ya la nota óntica, ya la nota lógica, ya la nota valorativa del Derecho.

Víctor Cathrein S. J., de la escuela neo-tomista, dice que: *La Filosofía del Derecho estudia la esencia y el fundamento del derecho natural y su relación con el derecho positivo*<sup>4</sup>.

*Hacia fines del siglo XIX el filósofo alemán del Derecho, Rodolfo Stammler, neo-kantiano (1856-1938), intentó restaurar con un nuevo sentido los estudios iusfilosóficos. Al respecto escribió: Entendemos por Filosofía del Derecho aquellas doctrinas generales que se pueden proclamar dentro del campo jurídico con un alcance absoluto.*

*Toda cuestión de Derecho se plantea frente a hechos concretos de la vida, encierra siempre una especial aspiración positiva o negativa, y se basa necesariamente en determinadas normas e instituciones. No hay una sola aspiración jurídica ni una norma en que se condense que no se halle condicionada históricamente, como producto de una situación dada, y en cuanto a tal sujeta a cambios y mudanzas y condenada a desaparecer en un plazo más o menos largo.*

*Pero hay algo común a todas estas disquisiciones así planteadas, y es el concepto del Derecho, que les imprime peculiaridad armónica y las reduce a unidad. El concepto del Derecho es el que delimita y separa las normas jurídicas de otras manifestaciones típicas: los meros hechos naturales, la moral, los usos sociales y el poder arbitrario.*

*El concepto del Derecho es, por tanto, una noción general y absoluta, la sustantividad siempre idéntica de una parte de las aspiraciones humanas, inseparable, como tal, de estas aspiraciones, cualquiera que sea su modo de manifestarse; pero no entraña nada de específico ni de mudable como las propias aspiraciones, sino que es, por el contrario, la esencia armónica que a todas las condiciona y las reduce a unidad dentro de nuestro espíritu.*

*Queda con esto definido uno de los puntos que constituyen la misión de la Filosofía del Derecho: desenvolver el concepto del Derecho y ver cómo aparece en la vida humana.*

*Misión de la Filosofía del Derecho es también, en segundo lugar, el enseñar en qué consiste la justicia.*

*El concepto del Derecho es una noción parcial que solo sirve para deslindar una categoría de actos de la voluntad humana frente a otras modalidades y categorías de la voluntad: la moral, los dictados convencionales y el poder arbitrario. Conceptos estos que hemos de empezar por delimitar y definir con arreglo a notas lógicas características.*

*Pero resuelto este problema, y por encima de él, surge enseguida otra cuestión: la de saber si son legítimos, intrínseca y fundamentalmente, los dictados de la voluntad así investigados y clasificados. Es este un problema distinto que nada tiene que ver con la clasificación de los actos de nuestra voluntad en categorías diferentes, conceptualmente definidas. No se podría, por ejemplo, trazar la distinción entre las normas jurídicas y los preceptos de la cortesía u otras prácticas cualesquiera, diciendo que aquellas son las únicas que ordenan lo justo, como si los demás preceptos solo pudiesen disponer en un sentido reprobable; e idénticamente por lo que se refiere a la contraposición entre el derecho y la moral o a la diferencia entre los imperativos jurídicos y los que emanan de la violencia.*

*Cabe, por el contrario, que todas las modalidades de la voluntad, sean cuales fueren, se demuestren intrínsecamente legítimas o dignas de reprobación en su modo concreto de manifestarse. La noción de lo justo y de lo injusto secciona intrínsecamente los actos de la voluntad humana en un sentido distinto del de la clasificación conceptual a que nos veníamos refiriendo. La noción de la justicia nace de la posibilidad de armonizar en nuestra mente de un modo absoluto todas las aspiraciones concebibles.*

*Esto es solo una idea, y como tal idea una noción abstracta, noción de totalidad de cuantos hechos son posibles en la vida humana. Claro que esta totalidad, meramente especulativa, no se debe concebir a modo de un objeto concreto y determinado. De lo que se trata es de ver si una aspiración cualquiera se armoniza con aquella idea de absoluta totalidad que abarca*

*todos los posibles fenómenos concretos. Puede decirse, pues, que la idea es como la estrella polar que nos guía a través de los hechos de la experiencia, sin que ella misma se pueda nunca presentar en toda su integridad en la realidad sensible.*

*Después de fijar el concepto del Derecho se le plantea, pues, a nuestra ciencia un problema ulterior. Se trata de esclarecer el fin último ideal que ha de informar y dirigir toda aspiración jurídica en los cauces concretos por los que discurre, para que pueda calificarse como fundamentalmente justa.*

*Este segundo punto de la misión de la Filosofía del Derecho se puede formular así: ¿qué es lo que fundamentalmente constituye la idea del Derecho? ¿Cómo puede la idea del Derecho triunfar en la práctica y cuál es su significación para la historia de la humanidad?<sup>5</sup>*

Max Ernest Mayer, neo-kantiano con tintes hegelianos, define la Filosofía del Derecho como la doctrina del concepto y de la idea del Derecho<sup>6</sup>.

Gustav Radbruch, neo-kantiano de la Escuela de Baden, define la Filosofía del Derecho como la consideración valorativa del Derecho<sup>7</sup>.

El insigne filósofo italiano del Derecho, Giorgio Del Vecchio (1878-1970) estableció que la Filosofía del Derecho es *la disciplina que define el Derecho en su universalidad lógica, investiga los orígenes y los caracteres generales de su desarrollo histórico, y lo valora según el ideal de la justicia trazada por la pura razón.*

Giorgio Del Vecchio establece que la Filosofía del Derecho comprende tres investigaciones: lógica, fenomenológica y deontológica.

*Ninguna ciencia jurídica en sentido estricto puede explicar qué sea el Derecho en sentido universal, sino únicamente lo que es el Derecho (o una parte del Derecho) en un cierto pueblo y en una investigación que trasciende de la competencia de todas y cada una de las ciencias jurídicas particulares, y constituye precisamente el primer tema de la Filosofía del Derecho. Como dijo con gran justeza Kant, ¿las ciencias jurídicas no responden a la*



*cuestión quid jus? (qué es lo que deba entenderse in genere por Derecho), sino ¿únicamente a la pregunta quid juris? (qué ha sido establecido como Derecho por un cierto sistema). Si queremos conocer el Derecho en su integridad lógica, esto es, saber cuáles son los elementos esenciales comunes a todos los sistemas jurídicos, debemos forzosamente superar las particularidades de estos sistemas y mirar al concepto universal del Derecho. La definición de tal concepto implica y supone varias indagaciones, a saber: sobre las relaciones entre Moral y Derecho; sobre la distinción de los varios aspectos o momentos constitutivos del Derecho (objetivo y subjetivo), y también sobre varios conceptos compenetrados con el del Derecho o conexos con él, por ejemplo, el de la coercibilidad; además, los conceptos de sujeto del Derecho, la relación jurídica, etc. Todos estos temas pertenecen a la Filosofía del Derecho y constituyen una esfera propia de investigación de la misma.*

*Pero además de esta primera investigación que llamaremos lógica, hay otra, la fenomenológica, también propia de la Filosofía del Derecho. El Derecho positivo no es un producto de causas especiales y excepcionales, sino un fenómeno común a todos los pueblos en todos los tiempos; es decir, constituye un producto necesario de la naturaleza humana. Esto significa que, además de los factores próximos y particulares que determinan a las normas singulares, hay otros generales y comunes. De aquí la necesidad de profundizar y extender las indagaciones hasta comprender al Derecho como fenómeno universalmente humano. La indicación de las contingencias a través de las cuales se ha originado una ley o costumbre, no es suficiente para demostrar el fundamento de la existencia del Derecho in genere. Por lo cual esta base no puede ser descubierta por las ciencias jurídicas en sentido estricto, porque, teniendo por objeto un campo particular, escapa a la competencia de cada una de ellas la investigación de las causas genéricas y universales. Para lograr el conocimiento del fenómeno jurídico íntegro, tanto en el momento estático como en el dinámico, precisa estudiar la historia jurídica de la humanidad de un modo omnicomprendivo, la historia ideal eterna, sobre la cual corren en el tiempo las historias de todas las naciones (Vico) y dibujar un cuadro lo más integral posible de la vida del Derecho, en su origen y en su evolución. Demuestra la posibilidad de esta investigación, además del hecho ya mencionado, de que no hay existencia*

*humana sin un cierto sistema de Derecho, el gran número de semejanzas y analogías que se encuentran en los sistemas jurídicos de todos los pueblos. Con ello tenemos una confirmación de la identidad fundamental de la naturaleza humana, en la que tiene sus raíces el Derecho. He aquí, pues, otro campo de indagación filosófica, que si bien tiene un cierto carácter fenoménico e histórico, podríamos empero llamarla mejor metahistórica, porque va más allá de la historia particular de una nación y, por consiguiente, más allá de la competencia de las ciencias que se refieren al Derecho de una nación determinada.*

*Estas son las dos primeras investigaciones de la Filosofía del Derecho. Mas hay todavía una tercera, la deontología. La mente humana nunca ha permanecido pasiva por completo frente al Derecho: jamás se ha dado por plenamente aquietada con el hecho consumado, como si fuere este un límite insuperable. Todo individuo siente en sí la facultad de juzgar y de valorar el Derecho existente; cada uno tiene dentro de sí el sentimiento de la justicia. De aquí la posibilidad de una investigación que es totalmente distinta de las que llevan a cabo las ciencias jurídicas en sentido estricto.*

*Las ciencias jurídicas particulares se limitan, por su propia naturaleza, a explicar un sistema vigente; se atienen estrictamente a él sin someter a discusión sus bases -por lo cual decía Bacon que los juristas e vinculis sermocinantur-. Y es lógico y necesario que un jurista -estrictamente como tal- considere solo lo que es, se limite a comprender e interpretar en su propio sentido las normas positivas, sin indagar si podría haber otras mejores. Pero, además de esta especial actividad del jurista en sentido estricto, tenemos la necesidad humana de investigar y valorizar la justicia, o sea el Derecho tal como debiera ser. Esta investigación (deontológica) se desarrolla de un modo autónomo y comprende la indagación del ideal, y la crítica de la racionalidad y legitimidad del Derecho existente. La Filosofía del Derecho, en esta específica función suya, investiga cabalmente aquello que debe o debiera ser en el Derecho, frente a aquello que es, contraponiendo una verdad ideal a una realidad empírica<sup>8</sup>.*

*Felice Battaglia, el representante más conspicuo del idealismo jurídico contemporáneo, afirma que la Filosofía del Derecho es la disciplina que estudia el Derecho como actividad espiritual, es decir, como*

*momento absoluto y universal del espíritu, encontrando en él su principio constitutivo y comprendiéndose mediante él<sup>9</sup>.*

Benigno Mantilla sintetiza que la Filosofía del Derecho estudia la estructura óntica, la esencia lógica y el valor del Derecho<sup>10</sup>.

#### **4. FUNCIÓN PRÁCTICA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO**

No es raro que el hombre común -el hombre masa del cual hablara Ortega y Gasset- se pregunte para qué sirve la Filosofía del Derecho y no acierte a responderse adecuadamente. Probablemente no le sirva para calmar un dolor de muelas. Ninguna filosofía es medicina corporal, aunque sí sea para algunos medicina del alma. La Filosofía del Derecho es ante todo un idearium jurídico, un mentís a todas las imposiciones pseudo-jurídicas oprobiosas a la persona y a la libertad humanas y una medida del progreso jurídico evidente, aunque no siempre continuo, puesto que registra grandes estancamientos y vergonzosos retrocesos. En este sentido, la Filosofía Jurídica es una especie de *Filosofía política*. Todas las grandes transformaciones políticas, dice Gustav Radbruch, *fueron preparadas o acompañadas por la Filosofía del Derecho. Al principio surge la Filosofía del Derecho, al final la revolución<sup>11</sup>.*

Battaglia afirma que: *no existe gran conquista de la humanidad en el sentido de la libertad y del progreso, que no se ligue al nombre de un filósofo del Derecho. El Derecho Internacional moderno, en el que se encuadran la paz y la guerra junto con las relaciones de los Estados contemporáneos, nació sin ninguna exageración de la obra de Alberico Gentile y de Hugo Grocio. La abolición de la tortura y la humanización de las penas se realizaron en las legislaciones positivas después que Christian Tomasio y Cesar Beccaria denunciaron los abusos de los viejos sistemas procesales.*

Giorgio Del Vecchio, en un párrafo admirable que merece recuerdo eterno, destaca la función jurídica de la Filosofía del Derecho a través de la historia de la humanidad. *Una milenaria tradición filosófico-jurídica, dice Del Vecchio, enseña la validez del Derecho natural sobre el positivo, los principios inmortales de la libertad y la igualdad humanas, el ideal cosmopolita de una societas humani generis, el*

*derecho imprescriptible de todo pueblo a resistir y rebelarse contra los gobernantes opresores. Mientras exista opresión del hombre sobre el hombre, la Filosofía del Derecho será siempre una philosophia militans<sup>12</sup>.*

En síntesis, la Filosofía del Derecho cumple una función práctica triple: políticamente anuncia la revolución; científicamente impulsa el progreso de la ciencia del Derecho; jurídicamente defiende la dignidad humana contra el abuso y la opresión.

# EL DERECHO NATURAL

*El culto de la justicia no consiste solo en la observancia  
de la legalidad, ni puede ser confundido con ella.  
No es deseando irreflexivamente en el orden establecido, ni esperando inertes  
que la justicia descienda desde lo alto, como nosotros respondemos  
verdaderamente a la vocación de nuestra conciencia jurídica.  
Esta vocación nos impone una participación activa e infatigable en el eterno  
drama que tiene por teatro la Historia.*

**Giorgio Del Vecchio**

*Vivo en un nuevo mundo desde que leí  
la Crítica de la Razón Pura...  
Es inconcebible el respeto por la humanidad,  
la fuerza que nos da este sistema!*

**Fitche**

## 1. INTRODUCCIÓN

Una de las ideas que con mayor frecuencia han aparecido en la historia del pensamiento humano es la de la existencia de un Derecho Natural, es decir de una ley que no emana de la voluntad humana sino que procede de algo superior, que algunos piensan es Dios, otros la naturaleza humana, otros la razón, y que, de todos modos, es superior al Derecho Positivo y sirve de fundamento a sus normas.

### 1.1. El drama de Antígona

Esta idea fue muy bien desarrollada por el poeta griego Sófocles (497-406 a. de C.) en su obra *Antígona*, donde relata, dentro de la gran carga emotiva del teatro griego, la tragedia de Antígona, heroína de la adhesión a la idea de la preeminencia del Derecho natural sobre la ley positiva, quien logra imponer su mensaje espiritual mientras sus antagonistas son abatidos por una desventura irreparable<sup>13</sup>.

Polineces, alzado en armas contra su propia patria, muere junto a las murallas de Tebas en lucha con su hermano Estéocles, quien resulta también herido de muerte. El tirano Creonte dispone, como castigo para el rebelde, que su cadáver insepulto sea pasto de los perros y las aves, y sanciona con la muerte a quien desobedezca el mandato. La orden del tirano choca con los sentimientos de piedad de la joven Antígona, sobrina de Creonte y hermana del difunto Polineces, quien, clandestinamente, tributa a su hermano honores fúnebres, para así dar cumplimiento a las leyes de los dioses. Surge, entonces, el conflicto entre las dos legalidades, y Creonte, dispuesto a defender la autoridad de la ley positiva aun cuando sus rigores caigan sobre la joven prometida de su hijo, interroga a Antígona :

**Creonte:** *Tú que inclinas al suelo la cabeza, ¿confiesas o niegas haber sepultado a Polineces?*

**Antígona:** *Lo confieso, no niego haberle dado sepultura.*

**Creonte:** *Y tú, dime sin rodeos, brevemente, ¿sabías que por bando se había prohibido hacer eso?*

**Antígona:** *Lo sabía ¿cómo no había de saberlo? ¡Si era público!*

**Creonte:** *¿Y no obstante osaste violar esas leyes?*

**Antígona:** *Sí, porque no fue Zeus quien promulgó esa prohibición; ni la justicia, compañera de los dioses inmortales, estableció esas leyes entre los hombres. Y yo no he creído que tu decreto tuviese fuerza suficiente para dar a un ser mortal poder para despreciar las leyes divinas, no escritas, inmortales. Su existencia no es de hoy, ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe cuándo aparecieron. No quiero, por miedo a las órdenes de un solo hombre, merecer el castigo divino. Ya sabía que un día debo morir -¿cómo ignorarlo?- aún sin tu voluntad; y si muero prematuramente, ¡oh! será para mí una gran fortuna. Para los que como yo, viven entre miserias innumerables, la muerte es un bien<sup>14</sup>.*

## **1.2. La tragedia de Sócrates**

Enfrentado al mismo conflicto, Sócrates (469-347 a. de C.) consideraba que es un deber para los ciudadanos obedecer las leyes del Estado, aun cuando ellas fuesen injustas, y dio testimonio de esta creencia con el holocausto de su propia vida.

Platón (427-347 a. de C.), discípulo de Sócrates, describe en su diálogo Critón, la tragedia del maestro. Este diálogo fue escrito, según parece, entre 399 y 394 a. de C., o sea, después de la muerte de Sócrates (399).

Sócrates, condenado injustamente por los tribunales de Atenas a la pena de muerte, espera en su celda el momento en que deberá beber la cicuta. Es la hora del alba. Critón, el gran amigo de Sócrates, obtiene entrar a la prisión para solicitarle, a nombre de sus amigos, que escape de ella y huya de la ciudad. El tiempo apremia. La nave de Delos, cuyo arribo al puerto señalaría el fin de la vida de Sócrates, debe llegar ese día o al siguiente. Por eso sus amigos han preparado todo para la fuga e incluso algunos disponen de dinero suficiente



para lo que sea menester y todos están dispuestos a afrontar las consecuencias que se sigan de la liberación de su maestro.

Frente a la angustia de Critón, Sócrates conserva toda su serenidad y entereza y, dispuesto a ser fiel a sus principios, analiza con su amigo, a la luz de la razón, si la fuga sería un acto justo. Al respecto expresa Sócrates: *Nosotros, ya que la razón así lo manda, no examinaremos otra cuestión que la que ahora mismo mencionábamos, es decir, si obraremos justamente pagando dinero y prodigando favores a los que me han de sacar de aquí; siendo nosotros fugitivos, amén de cómplices de la huida, o cometeremos verdaderamente injusticia, al hacer todo eso; si resulta evidente que tal conducta sería injusta, no deberemos pararnos a considerar ni si será forzoso que muramos, por permanecer aquí cruzados de brazos, ni si habremos de sufrir lo que quiera que sea, con tal de no obrar con injusticia*<sup>15</sup>.

## **2. REPRESENTANTES DEL IUSNATU-RALISMO**

### **2.1. El Derecho natural en Grecia**

La primera concepción racional del Derecho Natural en la civilización occidental apareció entre los griegos.

*Es sorprendente comprobar cómo, desde los primeros momentos de la filosofía del derecho, o mejor, de la Filosofía de la ley, lo que vale decir desde los comienzos del Derecho natural, los griegos hicieron una distinción que debía mantenerse en vigor hasta la época más reciente. Contraponían, por una parte, la idea de un Derecho natural individualista-revolucionario, esencialmente ligado al concepto fundamental del Estado de naturaleza y a la noción del Estado como unidad social arbitraria y artificial, basada en el libre contrato, determinada por el interés y no por necesidades metafísicas; y, por la otra, la idea de un Derecho natural de fundamento metafísico, carente de existencia con anterioridad a las leyes, en cierto estado de naturaleza mítica, pero que vive y debe vivir en las leyes, Derecho natural al que se califica usualmente -aunque no con mucha justicia- de conservador. Es interesante, además, observar que la idea de Dios como legislador supremo, está íntimamente ligada a esta concepción*<sup>16</sup>.

#### **2.1.1. Sócrates (469-399 a. de C.)**

Expongamos brevemente lo más sobresaliente del pensamiento socrático en los puntos conexos con la filosofía jurídica.

Para Sócrates existe, por encima de los hombres, todo un mundo de valores objetivos y, entre ellos el de la justicia, que tiene, por tanto, una realidad efectiva superior a toda determinación humana. Ese conjunto de valores es el que articula el orden impuesto al mundo por la divinidad; luego los hombres, si quieren obrar conforme a los designios divinos, han de implantar y realizar entre ellos aquellas nociones axiológicas y, con ellas, la idea de justicia a través de las leyes. Las leyes humanas ya no son meros inventos o convencionalismos de los hombres para dominar a otros, sino fiel trasunto del valor objetivo de la justicia.

Por lo demás, dichos valores son siempre cognoscibles por el hombre, son inteligibles. De ahí que se pueda afirmar que la moral socrática es una moral racional: la virtud se capta por el conocimiento, el hombre es más virtuoso cuanto más y mejor conoce la virtud, y quien obra el mal no lo hace por una perversión de la voluntad, sino por un defectuoso conocimiento del bien.

El elemento natural es más fecundo en la Filosofía socrática que en el pensamiento sofista. El Estado es una realidad natural, no humana ni arbitraria, encarnando en sus leyes el ideal objetivo de justicia, del que en cada hombre en particular hay también como un eco, manifestado en el dáimon o voz de la conciencia. Al afirmar Sócrates la existencia de normas de conducta objetivas, avala y garantiza las normas humanas, en lugar de apoyarse en la *physis* para combatirlas, como lo hicieran los sofistas, por lo que puede afirmarse que su inusnaturalismo -entendido, por supuesto, en términos amplísimos- es *conservador*, frente al carácter revolucionario del iusnaturalismo sofista<sup>17</sup>.

Precisamente por la armonía que existe entre la justicia objetiva y las leyes humanas, estas deben ser respetadas y obedecidas ciegamente, ya que en ellas se incorpora aquella justicia. Pero incluso en presencia de leyes injustas, Sócrates se inclina también por la obediencia; y no era simple teoría, pues, condenado a muerte por

una sentencia a todas luces injusta, prefirió acatarla antes que huir, como sus discípulos le proponían, diciendo a Critón (según relata Platón en el diálogo de ese nombre), como lo expusimos en la introducción de este capítulo, precisamente para demostrar la fundamentación filosófica del Derecho natural.

### **2.1.2. Platón (427-347 a. de C.)**

En el diálogo *La República*, Platón desarrolla su concepción del Estado y de la *justicia*. El Estado es, para Platón, un organismo perfecto en el cual se encarna una completa unidad. Es un todo formado por individuos, sólidamente constituido. En él debe reinar la armonía, la que se alcanza por la virtud. La justicia es la virtud por excelencia y consiste en una relación armónica entre las varias partes de un todo. La justicia armoniza y rige tanto el obrar de los particulares como el de la comunidad, asignando a cada cual su verdadera dirección y estableciendo sus propios límites. Esta doctrina hace de la justicia un todo con el orden.

El ser perfecto que se basta a sí mismo, que todo lo domina, es el Estado. El fin del Estado es universal porque comprende en sus atribuciones la vida toda de los individuos. El Estado tiene por fin la felicidad de todos mediante la virtud de todos. En consecuencia, el Estado rige la actividad humana en todas sus manifestaciones y a él le incumbe promover el bien en todas sus formas. El poder del Estado es ilimitado; todo cae bajo su competencia.

En el diálogo *Las Leyes*, Platón desarrolla su concepción de la legislación. Para él la ley debe ser verdadera y procurar el bien común; solo así realiza su ideal. Platón contrapone la ley verdadera y justa a la ley positiva, y convierte a la primera en medida de la segunda y criterio de su rectitud.

*Al respecto manifiesta que únicamente pueden considerarse como verdaderas leyes las que procuran el bienestar general del Estado; que la legislación cuyo solo objeto es el beneficio de algunos, corresponde más bien a las fracciones que a los gobiernos; y en este caso, lo que se denomina justicia, no es más que una palabra sin sentido alguno<sup>18</sup>.*

Para Platón el verdadero Derecho vive en el mundo de las ideas y las leyes positivas no pueden pretender ser valiosas sino en la medida en que participen de la idea de la ley justa. Es por eso que el legislador -y únicamente los filósofos y los reyes filósofos pueden ser legisladores- debe contemplar el mundo de las ideas, en donde habita la esencia de la ley inmutable y eterna, e inspirarse en él para la organización de la vida jurídica.

Platón reconoce, así, la existencia de un Derecho natural, que convierte en Derecho ideal y que es el fundamento de las leyes positivas<sup>19</sup>.

### **2.1.3. Aristóteles (384-322 a. de C.)**

#### ***Esquema de su pensamiento jurídico y político***

Cuatro son los más importantes temas de la filosofía jurídica y política de Aristóteles: el problema de la justicia, de la que hace un análisis muy minucioso; la equidad, íntimamente unida a aquella; su concepción de la polis y de las formas de gobierno; y, el valor de las leyes positivas y su función en la vida política.

#### ***La justicia y sus clases***

Para Aristóteles la justicia es una virtud, por lo que su estudio lo realiza en los tratados éticos, singularmente en la *Ética a Nicómaco*, junto con las demás virtudes. Hay que comenzar, pues, por este concepto básico, que desarrolla en los libros I y II. Se entiende por bien *aquello a que todas las cosas tienden*; el hombre, por tanto, se inclinará hacia sus propios bienes, aunque no todos son de idéntico rango, puesto que hay bienes imperfectos y un bien sumo que no es otro que la felicidad. La consecución de la felicidad se alcanza por las virtudes, que son los hábitos que nos inclinan a obrar para el logro de aquéllas. Las virtudes son de dos clases: intelectuales o dianoéticas y morales o éticas; la diferencia está en que las primeras se dan en la esfera de la razón y son susceptibles, por tanto, de adquirirse por el aprendizaje (*la virtud intelectual procede en su mayor parte de la instrucción o educación, de la que precisa para manifestarse y desarrollarse*), mientras que las otras pertenecen al área de la voluntad

y se adquieren por la práctica (*la virtud moral es hija de los buenos hábitos*).

Toda virtud la configura Aristóteles como el término medio entre dos excesos contrapuestos, como el valor es intermedio entre la cobardía y la temeridad, o la liberalidad entre la avaricia y el despilfarro. Esta concepción de la virtud es, precisamente, la que lleva al estagirita a considerar la justicia como la virtud por excelencia, ya que la esencia de la misma estriba en buscar siempre ese equilibrio o *término medio* en que toda virtud consiste. Tenemos, pues, un primer concepto aristotélico de la justicia como *la más acabada expresión de la virtud* o, si se prefiere, como *la expresión y compendio de todas las virtudes*, según dijera Teognis, un poeta del siglo VI a. de C., citado por Aristóteles.

Pero junto a esta justicia general hay también una justicia particular, una virtud concreta, que es la que a nosotros nos interesa y que tiene en la concepción aristotélica un claro sentido de alteridad, de referencia a otro; es decir, se trata de una virtud que necesariamente se da y ejercita entre hombres: *el que la posee, puede manifestar su virtud igualmente respecto de otros y no solo en relación consigo mismo*. Esta configuración de la justicia como elemento que preside las relaciones intersubjetivas hace discrepar la idea de Aristóteles de la de Platón, que tiene un concepto ético de la justicia, en tanto que su discípulo la entiende con un evidente sentido político: *Llamamos con una sola palabra, lo justo, a todo aquello que es capaz de crear o de salvaguardar, en su totalidad o en parte, la felicidad de la comunidad política*.

El objetivo último de la justicia es la igualdad; pero perseguir un tratamiento idéntico en todos los casos podría conducir, en algunas situaciones, a resultados paradójicamente injustos, pues la auténtica justicia aconseja tratar desigualmente los casos desiguales. Ello da pie a Aristóteles para distinguir dos clases de justicia: la distributiva y la correctiva o sinalagmática. La *justicia distributiva* recibe este nombre porque con arreglo a ella se reparten o distribuyen los honores, los bienes y cualquier otro elemento del bien común del que

hayan de participar los ciudadanos, dando más a quien más méritos ostente y menos a quienes menos méritos tenga; con lo que el criterio que aquí impera es el de la proporcionalidad o, como dice Aristóteles, una proporción geométrica. La *justicia correctiva* o *sinalagmática*, por el contrario, está presidida por la razón de la estricta igualdad (proporción aritmética) desentendiéndose de la condición de las personas para atender solo al valor de las cosas; y así, será justa una compraventa, por ejemplo, cuando el precio pagado sea igual al valor de la cosa vendida; es la justicia que debe darse en las relaciones contractuales y, en general, en las relaciones entre particulares, a diferencia de la anterior, que ordena las relaciones entre la comunidad y sus miembros. La justicia correctiva se subdivide, a su vez, en conmutativa y judicial. La *conmutativa* se da cuando la igualdad viene establecida por la voluntad de las partes; pero hay ocasiones en que estas no pueden, o no quieren, establecer la igualdad, que es impuesta por el juez, llamándose entonces *justicia judicial*.

Desde otro punto de vista, Aristóteles ofrece una nueva división de la justicia, distinguiendo entre lo justo natural y lo justo legal o convencional. Es *justo natural* aquello que en todas partes es reputado por tal con independencia de la voluntad humana, en tanto que es *justo legal* lo que resulta de justicia porque así lo establece la ley humana y, por tanto, puede variar de unos lugares a otros y puede cambiar en el tiempo cuando cambie la ley que lo regule. Esta distinción -paralela a la que después establecerá el pensamiento romano entre el *ius gentium* y el *ius civile*- sitúa a Aristóteles en una posición favorable a la tesis *iusnaturalista*<sup>20</sup>.

### *La equidad*

Al final del libro V de la *Ética a Nicómaco*, dedicado a la justicia, se ocupa Aristóteles de la equidad, a la que designa con el término *epiēikeia*. Las leyes se dictan siempre con carácter general, es decir, previendo las cosas que ordinariamente se presentan en la realidad, por lo que no puede tener en cuenta el caso concreto que talvés, por sus especiales circunstancias, resulte singular; cuando así suceda, la

aplicación al mismo de la ley general, sin modulación ni adecuación a esas circunstancias, podría producir un resultado injusto. Para evitarlo, el juez debe aplicar la ley con equidad, esto es, teniendo en cuenta las peculiaridades propias del caso, como haría el legislador mismo, quien *si estuviera presente, admitiría el caso y, de haberlo previsto, lo hubiera regulado en la propia ley.*

La *epiíikeia* no es pues, en Aristóteles, un elemento corrector de la ley sino integrador de la misma, completándola en el momento de su aplicación al caso concreto mediante su adaptación a las circunstancias del supuesto de hecho, como ocurría -el símil de Aristóteles se ha hecho famoso- con la vara lesbia, que era una regla de plomo empleada por los arquitectos de Lesbos, la cual, por ser maleable, medía las superficies amoldándose a las formas de las piedras.

No es un azar que el estagirita se ocupe de la equidad inmediatamente después de estudiar la justicia, puesto que una y otra están en íntima relación. Pero en Aristóteles no es la equidad, como en otras posteriores concepciones de la misma, un factor distinto de la justicia y, en cierto modo, rectificador de ella en cuanto que introduce criterios de benevolencia o de aplicación indulgente de la ley cuando así lo aconsejan las circunstancias del caso concreto. Al contrario, la *epiíikeia aristotélica* es un elemento integrante de la justicia, de modo que no hay una actuación de la justicia y, después, se hace presente la equidad mitigando el rigor de la misma, sino que realmente no puede haber justicia sin equidad puesto que esta pertenece constitutivamente a aquella. Dos veces repite Aristóteles en el capítulo 10 del libro V que *lo que es equitativo es justo, añadiendo que lo justo y lo equitativo son idénticos y que la equidad es una variedad de la justicia y una disposición que, en realidad, no difiere de ella*<sup>21</sup>.

### ***Concepción política***

Pretende Aristóteles, como Platón, llegar a determinar la esencia de la *polis* mediante el examen de las relaciones internas que consiguen mantener en la unidad, como un todo, los distintos factores que integran la ciudad o Estado, palabra esta que, si bien no

nace hasta el Renacimiento (concretamente la inventa Maquiavelo con el sentido que hoy tiene) no hay inconveniente en utilizarla aquí para expresar la más amplia y extensa manifestación de la convivencia.

Al problema del Estado dedicó Aristóteles no pocos de sus escritos, si bien en el *corpus aristotelicum* figura un tratado especialmente centrado en el tema *La Política*, obra que, muy probablemente, está integrada por diferentes escritos -y acaso alguno no redactado personalmente por el estagirita, sino por algunos discípulos- y en épocas distintas, que después se englobaron, por su unidad temática, bajo el nombre con que han llegado a nosotros, ya que, en griego *politiká* quiere decir *cosas que se refieren a la polis*.

En el análisis del Estado, Aristóteles no opera como Platón, que atendía a su estructura, sino que se interesa por el proceso de su formación, proceso que reconoce como inicio, como primer motor e impulso, el instinto de sociabilidad que lleva al hombre a unirse con sus semejantes. He aquí un primer dato importante: las sociedades o manifestaciones de la convivencia humana -desde la familia al Estado- no son construcciones artificiales, sino instituciones naturales en cuanto que son fruto de aquel instinto o tendencia. La posesión de esta tendencia por el hombre es tan significativa que sirve a Aristóteles para identificar por ella a la criatura humana, dando lugar a la conocida definición del hombre como *zoon politikón*, como *animal político*, teniendo este adjetivo -insistimos- no el sentido que hoy encierra, sino el de referencia a la *polis*: el hombre es un animal ciudadano o, si se prefiere, un ser convivente, esencialmente inclinado a la convivencia con los demás. Y hasta tal punto es connatural al hombre este rasgo que si alguno *por naturaleza y no por simple azar, fuese no político, o bien sería inferior a lo humano o bien estaría por encima de la humanidad*.

La *política* se abre con una afirmación capital: toda ciudad -es decir, todo Estado-, es una comunidad; pero como la comunidad se constituye para alcanzar un bien, es lógico que la *polis*, comunidad suprema, tenga por fin lograr el bien supremo del hombre, su



felicidad máxima o, como afirma más adelante, conseguir las condiciones que le permitan *vivir bien*. Se ofrecen por tanto al hombre una serie de bienes jerarquizados de menor a mayor, que son otros tantos fines a alcanzar. Este planteamiento permite al estagirita explicar la génesis de la polis como una sucesión de situaciones de convivencia de complejidad creciente, cada una de las cuales viene a remediar diferentes tipos de necesidad.

La primera es la de perpetuarse mediante la unión sexual y, por ello, *la primera unión de personas a que da lugar la necesidad es la que se da entre quienes son incapaces de vivir el uno sin el otro, es decir, es la unión del varón y la hembra para el mantenimiento de la especie... y la unión del que por naturaleza está llamado a servir*. Se constituye así la familia, la sociedad más elemental, integrada, como se ve, por la relación conyugal y la relación señor-esclavo; relaciones que no son entre iguales, puesto que *la hembra y el esclavo son naturalmente distintos*, pero que, en todo caso, vienen a remediar una necesidad: la que tienen el hombre y la mujer de engendrar, la que tienen el amo de que alguien le sirva y la que tiene el esclavo de que otro le gobierne en vista de su incapacidad para gobernarse por sí mismo.

En un segundo momento, las familias, incapaces de subvenir por sí mismas a las necesidades elementales y cotidianas, se unen varias para constituir la *aldea* (el término no tiene el sentido actual, expresando lo que hoy llamamos núcleos urbanos, independientemente de su magnitud). Por último, la comunidad compuesta por varias aldeas es ya una comunidad estatal, caracterizada por la autosuficiencia (*autarquía*) que le permite ofrecer a los ciudadanos las condiciones para *vivir bien*.

La existencia de la polis presupone, pues, la previa de las dos comunidades anteriores, pero, a su vez las subsume en sí, como un todo depende de las partes que lo componen al tiempo que estas quedan integradas en él. La familia y la aldea no tienen sentido en sí mismas sino en tanto en cuanto son fases conducentes al Estado: *la polis es el fin de las otras comunidades*, las cuales solo se explican como partes de aquella, de modo análogo a como un pie o una mano

separados del cuerpo no son propiamente pie ni mano. Se sitúa aquí Aristóteles en una línea muy constante en el pensamiento helénico y que ya vimos en Platón: la subordinación de las partes al todo, del individuo a los fines e intereses del Estado; el hombre griego, si es algo, lo es por ser ciudadano, miembro de la *polis*, en la que encuentra la satisfacción de todas sus necesidades<sup>22</sup>.

### *Formas de Gobierno*

Después de analizar la realidad del Estado, no podría Aristóteles dejar de ocuparse de los diferentes modos de regir la comunidad política, recogiendo la clasificación platónica (la del *político*, no la de la *república*) que distingue tres formas puras y tres corruptas. Pero los criterios que ahora se manejan no son los mismos: mientras en Platón se atendía al número de los que gobiernan y a la sumisión o no de los gobernantes a las leyes, el estagirita se fija, además de en el número, en la condición económica de los rectores de la cosa pública y, en cuanto al segundo criterio, lo determinante es que el gobierno se ejercite con vistas al bien común o para lucro personal (aunque, como luego veremos, postula siempre la sumisión a las leyes, no hace de ella un criterio clasificatorio).

Del tema se ocupa extensamente en el libro III de *La Política*, cuyo capítulo V se inicia con un texto bien elocuente: *El gobierno es el supremo poder del Estado y debe estar constituido o por un solo gobernante, o por unos pocos o por el conjunto de los ciudadanos. En el caso en que el gobernante único, o los pocos o los muchos gobiernen atendiendo a los intereses comunes, estas formas serán justas, mientras que serán formas injustas aquellas en que se gobierne con la mira puesta en el interés privado de uno, de pocos o de muchos.*

Las formas justas o puras las denomina así: *monarquía*, cuando se trata del gobierno de uno; *aristocracia*, si el gobierno está encomendado a un grupo, y *politeia* (palabra que podría traducirse por *república* en el sentido de la *res publica* romana, de la *cosa pública*), en el caso del gobierno atribuido a la masa de ciudadanos.

Las formas impuras son sendas desviaciones de las anteriores: respectivamente la *tiranía*, la *oligarquía* y la *demagogia*. Como antes se indicó, la corrupción viene del hecho de desatender los intereses generales para aprovechar el gobierno en beneficio de quienes lo ejercen: *la tiranía es una monarquía en que se gobierna en favor del monarca; la oligarquía es un gobierno que atiende a los intereses de los ricos y la democracia está orientada a los intereses de los pobres; y ninguna de estas formas gobierna en favor de los intereses de la comunidad.*

Al igual que Platón, se inclina el estagirita por una forma mixta de gobierno, lo cual nada puede extrañar teniendo en cuenta la concepción aristotélica de la virtud como término medio. Pero esta forma mixta tiene en Aristóteles un claro sentido socio-económico y se basa en un acusado pragmatismo. Los peligros vienen del gobierno de los muy ricos o de los muy pobres, pues los primeros son proclives a la insolencia y los segundos a la maldad, *y las causas de toda injusticia y de todo crimen son la insolencia y la malicia*. Se pronuncia, pues, Aristóteles, claramente por un gobierno de la clase media que, además, *es la menos inclinada a evitar el cargo y a codiciarlo, siendo para él evidente que la comunidad política gobernada por la clase media es la mejor y están bien gobernados aquellos Estados en que la clase media es numerosa y más fuerte que las otras dos*<sup>23</sup>.

## **2.2. Los romanos**

### **El pensamiento jurídico ciceroniano**

Cicerón era un jurista práctico, pero sin embargo su preocupación intelectual no se centró exclusivamente en el desarrollo de la práctica forense, sino que se preocupó además de dotar al Derecho de un fundamento universal, es decir, de hallar la auténtica naturaleza del Derecho, la cual ha de realizarse en el terreno filosófico. Por eso, para Cicerón, la ciencia del Derecho nace *ex intima philosophia*.

Para conocer el Derecho, por consiguiente, no hay que partir de las leyes positivas, sino de la ley que emana de la razón natural. De

este modo, Cicerón vincula la naturaleza del Derecho a la naturaleza del hombre, la cual no es otra que la *razón*.

Así, hay una ley suprema, constituida por los preceptos de la recta razón y por tanto ínsita en la naturaleza del hombre, que es el origen y el fundamento del Derecho positivo, ya que, como dice en *De Legibus*: *la ley es la razón suprema ínsita en la naturaleza, que manda lo que se debe hacer y prohíbe lo contrario. Razón que realizándose en el pensamiento del hombre es precisamente la ley.*

La ley a la que, en consecuencia, habrá que considerar como el principio del Derecho, siendo como es la ley la quinta esencia de la naturaleza humana, el criterio racional del hombre prudente, la regla de lo justo y de lo injusto.

El origen de esta ley natural no es, empero, la razón humana, sino la ley cósmica, el logos divino ordenador del cosmos. *Summa lex* de la que participa el hombre mediante su razón.

Como vemos, el pensamiento jurídico de Cicerón tiene una clara inspiración estoica y se configura como un auténtico iusnaturalismo, de estructura trimembre, ya que en él se vincula el Derecho positivo a la ley natural, y esta a la ley cósmica.

Conforme a esta concepción, la justicia se constituye como justicia objetiva y, por tanto, no ha de ser un producto de la convención humana. Y así escribe en *De Legibus*: *hay un único derecho que mantiene unida la comunidad de todos los hombres, y está constituido por una sola ley, la cual ley es el criterio justo que impera o prohíbe; el que ella ignora, esté escrita o no, es injusto....* Hasta el punto de que para Cicerón solo es verdadero Derecho el que es justo, siendo el único criterio de justicia la ley de la naturaleza, ya que *para distinguir la ley buena de la mala no tenemos más norma que la de la naturaleza.*

Sin embargo, como ha observado G. Fassó, pese a que Cicerón establezca como fundamento del Derecho la ley natural, desarrollará un tratamiento de las leyes ocupándose del Derecho positivo. Y así se evidencia cuando realiza su distinción del Derecho (*ius*) en *ius gentium*, *ius civile* e *ius naturale*. En concreto, el concepto de *ius*

*gentium* lo toma de la experiencia jurídica de Roma, según la cual este, como dice Cicerón, está constituido por un conjunto de normas (positivas) comunes a los romanos y a los otros pueblos. El *ius civile*, también positivo, se distingue del *ius gentium* porque es propio y peculiar del pueblo romano. Y ambos tienen su fundamento en el *ius naturale* constituido por la *lex naturalis*. Si bien en ocasiones Cicerón confunde *ius gentium* e *ius naturale* y habla de un *ius gentium por ley de naturaleza*, el cual contrapone conceptualmente con el *ius civili*.

Esta confusión, no obstante, permite atisbar en el pensamiento ciceroniano una concepción iusnaturalista menos abstracta que la estoica, en tanto que perfila un Derecho natural dictado por la razón que a la vez es un Derecho positivo, lo cual, como afirma J. M. Rodríguez Paniagua, es lógico si tenemos en cuenta que para Cicerón la ley natural puede ser conocida por la razón de todos y por tanto habría tendido a ver en las instituciones del Derecho de gentes, común a todos los pueblos, un indicio de que también fueran de Derecho natural.

En cuanto a su concepción del *ius civile*, Cicerón también sigue el criterio de la práctica jurídica romana, según el cual este Derecho es la realización de la *aequitas*, como evidencia este pasaje de *La Tópica* en el que dice: *El Derecho civil es la aequitas establecida por aquellos que pertenecen al mismo Estado a fin de que ellos obtengan lo que es suyo.*

En lo que se refiere a su pensamiento político, este se halla claramente influenciado por el jurídico. Para Cicerón, el Derecho no solo realiza la justicia, sino también la seguridad, hasta afirmar que *todo deviene incierto si de allí se aleja del Derecho*. Por eso considera al Derecho como un freno a la tiranía: *seamos esclavos de las leyes para poder ser libres*, llegará a decir. De aquí que para Cicerón el Estado tenga una naturaleza jurídica, como para Aristóteles. Así, el Estado es *utilitas communio*, pero también *iuris consensus*. De modo que se trata de una sociedad organizada jurídicamente en la que todos gozan de la igualdad de derechos, cuyo vínculo es la ley.

Sin embargo, y como pone de relieve G. Fassó, Cicerón también concibe organizaciones no estatales estructuradas jurídicamente, incluso las ilegales según el Derecho del Estado, como cuando menciona en *De Officiis* que *incluso entre los ladrones existen leyes que ellos respetan*.

En cuanto a la influencia ejercida por el pensamiento ciceroniano, cabe decir que fue importante, dado que sus doctrinas tuvieron una gran difusión y por ello contribuyó a divulgar las doctrinas de las que él se había nutrido, particularmente de las estoicas relativas al Derecho natural recogidas de sus obras por la patrística y los escolásticos<sup>24</sup>.

### **2.3. Los primeros cristianos**

#### ***Pablo de Tarso***

Las epístolas de San Pablo son los primeros escritos de los cuales se van a nutrir las doctrinas de los Padres de la Iglesia.

San Pablo nace en Tarso y se forma en la Filosofía griega, fundamentalmente en el estoicismo, lo cual se deja traslucir a lo largo de sus escritos, siendo este el modo como algunas concepciones de la Filosofía pagana van a pasar a los escritos cristianos.

Hay un punto fundamental que es el de la recepción de la idea iusnaturalista por la patrística, a partir de la epístola de los Romanos. En el capítulo 2 de la misma y en los versículos 14 y 15 escribe San Pablo: *Pues cuando los gentiles, que no tienen ley, guiados por la naturaleza obran los dictámenes de la ley, estos, sin tener ley, para sí mismos son ley; como quienes muestran tener la obra de la ley escrita en sus corazones, por cuanto su conciencia da juntamente testimonio y sus pensamientos, litigando unos con otros, ora acusan, ora también defienden*.

San Pablo se está refiriendo en este párrafo a los gentiles, es decir a todos los que no son el pueblo judío, y en él aparece una clara referencia a una ley, por naturaleza, escrita en el corazón de los hombres, lo que les lleva a obrar rectamente, aun cuando no tienen conocimiento de la ley, es decir, de la ley mosaica. Es clara la

influencia estoica en el autor, por cuanto en esta doctrina se contiene la idea de una ley natural y racional, por tanto que el hombre conoce por sí mismo, y que le conduce a obrar rectamente conforme a esa naturaleza racional.

Las referencias de San Pablo a la *ley* son a la ley mosaica, al *Decálogo* en definitiva. *Por las obras de la ley* -dice San Pablo- *nadie será reconocido justo ante el Dios, pues de la ley solo nos viene el conocimiento del pecado* (Romanos 3,20). El pensamiento paulino es este: *nadie puede justificarse por el solo cumplimiento de los preceptos mosaicos, pues necesita el hombre la gracia proveniente de la redención, sin la que no es posible la salvación*. La ley únicamente nos da *conocimiento del pecado*, nos dice lo que es pecado, pero no justifica por sí misma. Prueba de que esta referencia a la *ley* es, como en Romanos 2, 14-15, a la mosaica es lo que afirma en 2, 19: *Sabemos que cuanto dice la ley, lo dice a los que viven bajo la ley para tapar la boca y que todo el mundo se confiese reo ante Dios*.

Con independencia de la interpretación que dan distintos autores sobre la valoración de la ley en San Pablo, la pregunta que cabría hacerse es la de ¿si existe un iusnaturalismo en San Pablo?

Como señala Fernández-Galiano, lo que se da en San Pablo es una identificación entre ley natural y *Decálogo*; este solo nos ofrece una normativa moral, en orden a la perfección en la vida del hombre, y con una finalidad sobrenatural, pero no contiene preceptos que regulen la vida de convivencia, las relaciones intersubjetivas del individuo, por lo que no tiene carácter jurídico.

La conclusión debe ser, por tanto, que lo que encontramos en la doctrina paulina es la referencia a una ley moral natural, lo que no responde al auténtico concepto de iusnaturalismo.

Sin embargo, lo que sí parece evidente es que, precisamente, esta inclusión y aceptación por parte de San Pablo, de la idea de una ley natural, es la que favorece su inclusión en las doctrinas de los *Padres de la Iglesia*, y que en su desarrollo posterior llegará a culminar en la elaboración de la auténtica teoría iusnaturalista.

Otro punto importante en la doctrina paulina es su concepción de la Iglesia como cuerpo místico de Cristo, influido por la concepción organicista, a la que considera como una en la multiplicidad de los fieles, como uno es el espíritu que se manifiesta en la multiplicidad de los carismas (Romanos 12,4-7).

También aparece en las epístolas la referencia a la legitimación del poder político que tiene su justificación y legitimación en Dios, que es de quien proviene todo poder, y es quien lo delega en los hombres; expresamente dice San Pablo: *no hay autoridad sino bajo Dios; y las que hay, por Dios han sido establecidas* (Romanos 13,1).

Esta idea va a perdurar a lo largo de todo el pensamiento cristiano y adquirirá especial importancia en el tema de la diferenciación entre el gobierno legítimo y el ilegítimo según que con dicho poder se busque el bien común de los súbditos o el beneficio particular. Debemos recordar el tratamiento que de este tema se dará en la Escuela Española del Derecho Natural al abordar el punto importantísimo de la legitimación de la resistencia del súbdito frente al gobierno tiránico<sup>25</sup>.

## **2.4. Los Santos Padres**

### **2.4.1. San Agustín (354-430)**

Aun cuando hay diversos *Padres de la Iglesia* que tienen ideas interesantes acerca del Derecho, descuella entre ellos San Agustín, por su riqueza y profundidad de pensamiento y por la trascendencia del influjo de su obra a lo largo de todo el pensamiento cristiano.

En él aparece ya la división, de origen estoico, de la ley y el Derecho que va a configurar el esquema de toda la doctrina del Derecho en el pensamiento cristiano posterior:

- Ley eterna.
- Ley natural.
- Ley humana o temporal (Derecho positivo).



La *ley eterna* en San Agustín no es lo mismo que la ley divina de los estoicos, para los que era una misma cosa con el orden del universo. En San Agustín aparece referida a Dios y es definida así: *La razón o la voluntad de Dios que manda conservar el orden natural y prohíbe perturbarlo*<sup>26</sup>. Sorprende que esta definición empiece por una alternativa: ¿es la *razón*? O ¿es la *voluntad* de Dios? O ¿es que es lo mismo una que otra? Esto último es en realidad lo cierto, puesto que en Dios todas las perfecciones se identifican. Pero se diferencian en cuanto a nuestro conocimiento: sino, no habría por qué mencionar las perfecciones divinas, y en concreto aquí la razón y la voluntad, con distintos nombres. Suárez dirá luego que en la fórmula de San Agustín, la partícula o (*vel*) puede ser interpretada no como disyuntiva, sino como copulativa,<sup>27</sup> equivalente a la partícula y (*et*). Pero, entonces, ¿por qué San Agustín no empleó expresamente una partícula copulativa? Diríamos más bien que San Agustín lo que hace es expresar la duda sobre cuál de los dos aspectos, razón o voluntad, es más importante en la ley eterna, y en la duda no se decide por ninguna de las dos partes de la alternativa. Por un lado, la razón es importante, ya que es la que tiene que discernir qué es lo bueno y qué es lo malo. Pero, por otro lado, la voluntad también lo es, ya que en último término es la que establece lo que hay que hacer, es la verdadera fuente de los preceptos, de la imposición de una obligación. ¿Cuál de las dos es más importante? Es cuestión que se disputará en la Edad Media y que será decisiva para diferenciar en dos vertientes el pensamiento cristiano acerca de la Moral y del Derecho: la intelectualista y la voluntarista. Esta última significa, en definitiva, la eliminación del papel de la razón en la determinación de lo que es bueno y lo que es malo; y, por consiguiente, la eliminación de la Filosofía como competente en estas materias (de Moral y de Derecho): serán, por un lado, cuestión de revelación por parte de Dios, es decir, de teología, y, por otro, cuestión de decisión por parte de las autoridades humanas. Pero en San Agustín se mantiene el equilibrio y el papel de la razón.

Como referida directamente a Dios, la ley eterna es inmutable; y es universal, es decir, referida a todos los seres del universo. Pero,

según San Agustín, la ley eterna no es directamente conocida por los hombres, sino a través de su reflejo, que es la ley natural.

La *ley natural*, según San Agustín, es reflejo de la eterna, porque expresa el orden del universo, que ha sido creado y es conservado por Dios y que, por tanto, ha de responder o corresponder a la razón y voluntad divinas. De esa ley natural se puede decir, pues, que *está impresa en los seres de la naturaleza*; es como una impresión de la ley eterna en las criaturas y en concreto en el hombre: san Agustín dice que *está escrita en el corazón del hombre*. Aun cuando esta expresión es de origen bíblico, del Antiguo Testamento, y la hemos visto también recogida por san Pablo, podemos ver en ella una muestra del reconocimiento, que de hecho se da en san Agustín, del aspecto emocional, de *corazonada*, que tienen el conocimiento por parte del hombre de lo que es bueno y lo que es malo, de la ley natural, que en concreto, con respecto al hombre, es la ley moral.

La *ley humano-positiva* o *ley temporal* está entendida por san Agustín como una derivación de la ley eterna a través de la ley natural; solo así se entiende que sea obligatoria, es decir, verdadera ley: como deriva de la voluntad o de los planes de Dios. De aquí que la ley temporal, cuando se aparte de la ley eterna, no será verdadera ley y, por tanto, no podrá constituir Derecho. El Derecho verdadero siempre ha de derivar de la ley eterna. Ahora bien, el problema está en que la ley eterna es inmutable y la temporal no lo puede ser. La solución que da san Agustín es que el legislador humano lo que tiene que hacer es intentar plasmar la ley eterna en disposiciones que dirijan la conducta de los hombres acomodando la ley eterna a las circunstancias concretas. La ley humano-positiva cambia según los tiempos, pero siempre es una derivación de la ley eterna, porque esta abarca también las reglas que regulan ese cambio. De todos modos, las exigencias de la ley natural (a través de la cual se conoce la eterna) se hacen más explícitas y claras gracias a la ley temporal.

San Agustín llama la atención sobre el fin primordial de la ley humano-positiva, que es procurar el orden y la tranquilidad de la vida social, es decir, la paz, que san Agustín define como *tranquilidad*

*del orden*<sup>28</sup>. Como consecuencia de su doctrina, de que el fin primordial de la ley humana es la paz social, es decir, el orden y la tranquilidad, advierte expresamente san Agustín que esta ley no se refiere a la represión de todos los vicios, sino tan solo de los que perturben ese orden y esa tranquilidad. Podemos ver en esto ya un esbozo de la distinción entre Moral y Derecho, que iba a tardar tantos siglos en abrirse camino (y a la que el propio san Agustín no se iba a mantener del todo fiel, al admitir después la intervención del Estado en asuntos religiosos, en concreto, la represión de los herejes).

La doctrina de san Agustín acerca del Estado ha sido objeto de mucha discusión. Según algunos autores, por ejemplo G. Jellinek,<sup>29</sup> san Agustín consideraba el Estado como una obra del mal, un producto del pecado original. Sin embargo, estos autores parece que no interpretan acertadamente a san Agustín. Hay que reconocer que, en efecto, no siente gran entusiasmo por el Estado, al que, de acuerdo con la distinción a que antes nos hemos referido entre Derecho natural primario y secundario, considera como una necesidad impuesta por las circunstancias surgidas del pecado original, y al que, por consiguiente, contempla ante todo como orden de coacción, como aparato coactivo. Pero esto no quiere decir que lo considere como directamente malo, como obra del mal. Hay además toda una serie de razones que nos explican por qué san Agustín tenía poco entusiasmo por el Estado, sin necesidad de tener que acudir a la solución radical de que lo considerara esencialmente malo. Así el hecho de que san Agustín sea ante todo un hombre religioso, interesado por la paz espiritual, la salvación y la santificación del hombre; desde esta perspectiva, el Estado tenía que presentársele como algo accidental, como un instrumento para asegurar la existencia pacífica de lo temporal, que a su vez es conveniente, favorable para el logro de la paz y del bien en lo espiritual. Otra razón más es que san Agustín tiene en cuenta la realización concreta del Estado, que para él no podía ser otra que la del Estado pagano y singularmente la del Imperio romano. Con respecto a este dice expresamente san Agustín que no se puede considerar que fuera un orden basado en la justicia, ya que si se dice que no es justo el que

roba, tampoco se puede decir que sea justo el que quita a Dios lo que le corresponde, y en tal caso se encontraba el Estado pagano, que no había dado a Dios el culto que le correspondía. En realidad no merecía ni siquiera el nombre de Estado; porque el Estado es *república*, cosa del pueblo, y pueblo, dice san Agustín, siguiendo a Cicerón, no es cualquier agrupación de hombres, sino la que está basada en un vínculo de Derecho, y este presupone la justicia.

La justicia es puesta directamente por San Agustín como el elemento diferenciador del Estado frente a una mera asociación de hombres para realizar fechorías. *Si se prescindiera de la justicia* -pregunta enfáticamente San Agustín-, *¿qué son los Estados sino grandes bandas de ladrones?*<sup>30</sup>

El Estado, pues no puede identificarse sin más con lo que San Agustín llama la *ciudad terrestre* o *ciudad del diablo*. Esta es la comunidad de hombres malos, y no puede coincidir con el Estado por una doble razón: porque abarca los hombres malos de todos los Estados y porque en estos hay hombres buenos que no pertenecen a la *ciudad del diablo*. Pero, aun cuando el Estado no es la *ciudad terrestre*, es cierto que para San Agustín se le asemeja y la recuerda, al menos en su realización del Estado pagano.

A la inversa, lo que san Agustín llama la *ciudad celeste* o *ciudad de Dios* tampoco se identifica plenamente con la Iglesia. Es la comunidad de hombres buenos; por consiguiente, no puede coincidir con la Iglesia, porque dentro de esta hay también hombres malos; y por otro lado, los hombres buenos pertenecen también al Estado, a los diversos Estados. Además, la ciudad celeste abarca también a los bienaventurados que están en el cielo, no solo a los buenos que peregrinan por la tierra.

No se puede identificar, pues, ni el Estado con la ciudad terrestre, ni la Iglesia con la ciudad de Dios. Aun cuando haya cierta conexión entre las dos parejas de conceptos: el Estado es una representación o una imagen de la ciudad terrestre, la Iglesia una representación o una imagen de la ciudad de Dios; y además la

Iglesia tiene como finalidad hacer a los hombres buenos es decir, hacerlos ciudadanos de la ciudad de Dios.

La razón fundamental de que no se puedan identificar con la Iglesia y el Estado la *ciudad de Dios* y la *ciudad del diablo* de que habla San Agustín es que estas son entidades místicas o simbólicas, cuyos límites, por tanto, no se pueden definir, mientras que aquellas son entidades reales. No puede haber, pues ninguna verdadera identificación entre ellas.<sup>31</sup>

#### **2.4.2. Santo Tomás de Aquino (1226-1274)**

La figura más sobresaliente de la Escolástica, distinguió cuatro clases de leyes: eterna, natural, divina y humana.

La *ley eterna* es la razón del gobierno del universo, existente en Dios, que gobierna todas las cosas, y que no es conocida por ningún ser humano, salvo los *bienaventurados*.

La *ley natural* es la participación del hombre en la ley eterna, por medio de la recta razón que Dios le ha dado. Ella permite al hombre conocer algunos de los principios de la ley eterna, haciéndole distinguir entre el bien y el mal.

La *ley divina* es la revelada por Dios por medio de las Sagradas Escrituras, y ella tiene por objeto completar, con direcciones particulares, la ley natural.

La *ley humana* es una ordenación de la razón para el bien común, promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad.

Tenemos, entonces, que, en concepto de Santo Tomás de Aquino, la ley natural es expresión de la voluntad divina dada a conocer al hombre no solo por la revelación sino, además, por la razón humana. Ella tiene por objeto la conducta entera del hombre y se extiende a todos sus actos; muestra cuál es su fin del hombre y perpetúa los medios para conseguirlo.

El problema principal que esboza el aquinatense, el mismo que será desarrollado más tarde por Francisco Suárez, es el de la universalidad e inmutabilidad de la ley natural. Según Santo Tomás

de Aquino, en ella existen preceptos fundamentales de valor absoluto e inmutable y preceptos que pueden variar de acuerdo con las circunstancias que regulan o por causas específicas.

Refiriéndose al problema de la inmutabilidad del Derecho natural, expresa Santo Tomás de Aquino: *la inmutabilidad acompaña siempre, absolutamente, a la ley natural por lo que se refiere a sus primeros principios. Respecto a los preceptos secundarios, que son como las conclusiones propias e inmediatas de esos primeros principios, la ley natural puede sufrir variación, pero no en forma tal que deje de ser verdadero o recto en la generalidad de los casos (ut in pluribus) aquello que esa ley prescribe.*

Con respecto a la universalidad de los preceptos del Derecho natural, expresa Santo Tomás de Aquino: *La ley natural es una misma en todos los hombres por lo que refiere a los primeros principios, lo mismo en cuanto a su rectitud o verdad práctica, que en cuanto a la apreciación o cognoscibilidad de la misma. Por lo que a los casos particulares -que son a modo de conclusiones de esos principios- se refiere, hay igualdad comúnmente (ut in pluribus) bajo el doble aspecto de su objetividad y de su conocimiento; no la hay siempre, en determinadas circunstancias, ni en cuanto a su objetividad, ni en cuanto a su conocimiento y ello debido a ciertos obstáculos e impedimentos, no de otro modo que sucede en el orden de la naturaleza, en las operaciones generativas y corruptivas. Esos obstáculos son las pasiones, las costumbres perversas, los hábitos pecaminosos, todos esos males de la inteligencia que así le pervierten, como lo evidencia el hecho de que antiguamente -según refiere Julio César- los germanos no llegaban a apreciar la iniquidad del robo, siendo así que la ley natural lo proscrib<sup>32</sup>.*

Nos interesa considerar dentro de la doctrina de santo Tomás de Aquino si este pensaba que la ley natural estaba compuesta de un solo precepto o de varios. Este problema nos lo resuelve partiendo del paralelismo entre el orden especulativo y el orden práctico. Así como en el orden especulativo lo primero que cae bajo nuestra inteligencia es la noción del ser y la base de todo conocimiento es el principio de que una cosa no puede a la vez ser y no ser bajo el mismo respecto, también en el orden práctico lo primero que percibe

nuestra razón, ordenada a la acción, es la noción del bien. Como quiera entonces que todo agente obra por un fin y este fin de tener razón de bien, porque si tuviera razón de mal ello significaría la destrucción del agente, el primer precepto de la ley natural es: se debe hacer el bien y evitar el mal. Todos los demás preceptos derivan de aquel. Así, pues, para santo Tomás de Aquino, toda la ley natural, con las características de universalidad e inmutabilidad que le son propias, puede reducirse a ese precepto general y amplio<sup>33</sup>.

#### **2.4.3. Francisco Suárez**

Este sacerdote y jurista español (1568-1617) admite la clasificación de las leyes enunciadas por santo Tomás de Aquino.

En lo que se refiere a la ley natural, afirma que esta se manifiesta habitualmente en la conciencia porque Dios la grabó en ella. Pero no hay que confundir esta ley con su expresión en la conciencia, ya que de tal modo se diferencian que a veces esta toma como verdadera una máxima falsa. La ley natural es algo objetivo, en cambio su expresión en la naturaleza es un hecho psicológico, condicionado por las limitaciones del hombre. Podemos resumir la doctrina de Suárez en los siguientes términos: *el hecho de la naturaleza humana no es la ley natural sino la ocasión de ella. Esta es una parte de la ley eterna, que prohíbe o manda a la voluntad en determinados actos, en mérito de las consecuencias racionales que trae consigo la premisa de ser el hombre un ente consciente y libre. La ley natural obtiene carácter obligatorio en cuanto se manifiesta como tal en la conciencia. Pero hay que distinguir esta expresión habitual de la ley en la mente humana, de la ley en sí misma y objetivamente considerada, es decir, no es lo mismo el hecho del conocimiento que su objeto*<sup>34</sup>.

Según Suárez, la materia de la ley natural es la honestidad, que equivale a la moralidad. Ella manda aquello que la razón exige de la naturaleza humana y prohíbe lo contrario.

El efecto propio de la ley natural es obligar al hombre en conciencia; es decir, producir un deber de carácter necesario e ineludible. Además, todas las leyes deben emanar, en última

instancia, de ella, incluso aquellas leyes civiles con magnitud en cierta manera propia.

La ley natural se manifiesta, en concepto de Suárez, como una unidad, a pesar de estar compuesta de multitud de preceptos, porque todos ellos constituyen un todo armónico. Asimismo, es una para todos los hombres, en todos los tiempos y lugares; no es subjetiva y casual, sino objetiva y absoluta, lo cual no significa que siempre mande lo mismo, con prescindencia de las circunstancias concretas. Ahora bien, con respecto a la variabilidad que posee la ley natural, Suárez distingue tres órdenes de preceptos: *unos son los universalismos, cómo no se ha de hacer el mal y se ha de hacer el bien; otros son las conclusiones inmediatas y totalmente unidas de modo intrínseco a tales principios, como los preceptos del Decálogo; en el tercer orden, hay otros preceptos que están mucho más separados de los principios.*

Suárez sostiene que *el Derecho natural es en sí inmutable, lo cual no impide que un sector de sus preceptos pueda experimentar modificaciones en sus contenidos, mas no porque los principios racionales varíen, sino porque, transformándose la materia social a que se aplican, cambia también el precepto, lo cual está previsto ya en el sentido del mismo*<sup>35</sup>.

La ley natural, en sus primeros principios, es perenne e inmutable y no puede ser modificada ni aun por Dios, porque este no puede permitir aquello que la razón demuestre que es un mal. Pero, en lo que dice relación con los preceptos derivados inmediatamente de estos, cabe distinguir entre los que se refieren a la naturaleza humana como tal y los que se relacionan con materias contingentes.

Así, por ejemplo, es precepto universalísimo hacer el bien y evitar el mal: de él se derivan preceptos secundarios que pueden referirse: 1) a la naturaleza humana, por ejemplo, no matar; y 2) a materias contingentes, por ejemplo, el que establece, dentro de un régimen de dominio privado, que la propiedad es *el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno* (Código Civil de Chile, artículo 582).



En los preceptos relativos a la naturaleza humana, el contenido de ellos no puede sufrir mudanzas; es decir, poseen las mismas características que ya hemos visto para los universalísimos. En cambio, en los que se refieren a cosas contingentes puede haber variación, pero no en el sentido que cambie la ley natural sino que, por cambiar la materia contingente, debe mudar también el precepto secundario que a ella se refiere. En el ejemplo dado anteriormente, mientras se considere el régimen de propiedad privada como el más justo, el precepto derivado del Derecho natural que se refiere a la materia contingente del dominio deberá ser el señalado; pero si, por ejemplo, se cambia ese régimen por otro de propiedad comunitaria de los bienes de producción, es decir, si se transforma la materia contingente, deberá cambiar también el precepto derivado que a ella se refiere.

Al primer orden de preceptos, es decir, a los que se refieren a la esencia racional del hombre, los llama Suárez, Derecho natural preceptivo; y a aquellos que, a pesar de tener validez, están determinados por un complejo de circunstancias, los denomina Derecho natural dominativo.

En lo que se refiere a las relaciones entre el Derecho natural y el Derecho positivo, Suárez enseña que este no puede contradecir a aquel, pero que él escoge, solamente, algunos de sus preceptos, aquellos que se refieren a la realización del bien común; y que concretiza determinantemente los principios generales del Derecho natural. Además, puede mandar o prohibir lo naturalmente indiferente y crear relaciones nuevas. De consiguiente, el Derecho positivo añade algo al Derecho natural en cuanto manda y prohíbe, por exigencias del bien común, cosas lícitas no preceptuadas por este<sup>36</sup>.

## **2.5. Escuela Clásica del Derecho Natural**

El advenimiento de los tiempos modernos significó un cambio profundo en la vida humana; en el campo religioso surgió la *Reforma*; en el campo político, nacieron los *Estados nacionales* y se reforzó la idea de una *monarquía absoluta*; en lo artístico, emergió el

*Renacimiento*; y en el campo de la Filosofía Jurídica nació la *Escuela Clásica del Derecho Natural*, que se desarrolló en los siglos XVII y XVIII y abarcó varias etapas cuyas características iremos señalando. No obstante, podemos hacer una síntesis del pensamiento de conjunto en su estado más maduro. Sus principios fundamentales son los siguientes: el hombre nace libre; luego, ante las dificultades que emanan de ese estado de naturaleza, celebra un contrato con sus semejantes para constituir una sociedad, en la cual delega parte de sus derechos a cambio de protección; estos derechos que el hombre entrega a la sociedad no pueden ser disminuidos por ella, porque son derechos naturales.

En el desenvolvimiento de la Escuela Clásica del Derecho Natural, pueden distinguirse tres períodos:

#### **2.5.1. Primer período**

Los representantes más destacados son Hugo Grocio, Tomás Hobbes, Baruch Spinoza, Samuel Pufendorf y otros.

Corresponde a la época del mercantilismo en el campo de la economía, del absolutismo ilustrado en lo político y de la *reforma* protestante en lo religioso. Según los escritos de los filósofos citados, el Derecho natural queda entregado solamente a la prudencia y moderación del gobernante.

##### *Hugo Grocio (1583-1645)*

Grocio distingue entre un Derecho natural y un Derecho voluntario. El *Derecho natural* se basa en la naturaleza racional y social del hombre y, en consecuencia, es bueno y justo sólo aquello que no va contra el hombre en cuanto ser social o racional. Lo define como *un dictado de la recta razón que indica que algún acto, según sea o no conforme con la misma naturaleza racional, contiene necesidad o bajeza moral y, consiguientemente, el creador de la naturaleza, Dios, impone o prohíbe tal acto*<sup>37</sup>.

Como preceptos de Derecho natural señala Grocio los siguientes: abstenerse de lo que es de otro, cumplir los tratados y

pactos, indemnizar los daños causados culpablemente, castigar a quien lo merezca.

Grocio pensaba que el Derecho natural debía existir aun cuando Dios no existiese o, existiendo, no se preocupase de los asuntos humanos, ya que el Derecho natural tenía su fundamento solo en la naturaleza racional y social del hombre.

Como hemos señalado, Grocio coloca frente al Derecho natural inmutable un Derecho voluntario que puede variar según la voluntad del legislador.

En lo que se refiere a la formación de la sociedad política, parte del supuesto de un estado de naturaleza en que los hombres gozaban plenamente de sus derechos; pero, en búsqueda de una mayor seguridad, constituyeron, por medio de un contrato, la sociedad, entregando a un soberano la totalidad de sus derechos naturales. Este soberano no está sometido a control jurídico alguno por parte de sus súbditos, pero, en el ejercicio de su omnímodo poder, debe sujetarse al Derecho natural y de gentes. Consecuente con esta posición Grocio no admitía el derecho de rebelión contra el soberano legítimo sino en casos extremos y justificados.

Así, pues, dentro del sistema de Grocio se reconoce la existencia de un Derecho natural basado en la naturaleza humana, de carácter inmutable, compuesto de varios preceptos y cuya protección se encuentra confiada solo al buen criterio del gobernante.

### *Tomás Hobbes (1588-1679)*

El pensamiento del filósofo inglés Hobbes presenta caracteres de gran originalidad. Supone un estado de naturaleza; pero, para él, el hombre es intrínsecamente egoísta y malo y, como todos los hombres son iguales y tienen derecho a todas las cosas, se produce un continuo batallar de todos contra todos (*bellum omnium contra omnes*). La razón indica al hombre la conveniencia de la paz que permita la conservación de la vida. Así nace el Derecho natural (*lex naturalis*), que Hobbes define como *el dictado de la recta razón acerca de*

*aquello que deba hacerse u omitirse, tanto cuanto fuere posible, para la conservación de la vida de cualquier de los miembros*<sup>38</sup>.

De este primer dictado de la recta razón se derivan otros principios de Derecho natural, que persiguen la misma finalidad de mantener la paz, por ejemplo, respetar los pactos.

La guerra de todos contra todos no acabará mientras cada uno tenga derecho a todas las cosas; por ello es necesaria la entrega de estos derechos a la sociedad, representada por un soberano, quien debe proteger a los hombres de la maldad de sus semejantes. Para esto, debe detentar todo el poder y no estar sometido a control, ser irresponsable. No obstante, debe respetar el Derecho natural y procurar la felicidad de sus súbditos. El ejercicio de su poder no debe ser extremo: debe reconocer a sus súbditos ciertos derechos que Hobbes llama *inocuos*, tales como el de comerciar, elegir profesión, etc.

Para el soberano, el Derecho natural tiene el valor de una mera norma moral, mientras que para sus súbditos adquiere valor jurídico a través de las leyes positivas, las cuales solo obligan en virtud de ser mandatos del gobernante.

### *Benito Spinoza (1632-1677)*

La teoría de Spinoza encuentra varios puntos de contacto con la de Hobbes, aunque no puede hablarse, como veremos, de identidad.

Sostiene Spinoza que en el estado de naturaleza los hombres se guían por la ambición del poder; su Derecho tiene un límite solo en la falta de poder individual; esta situación genera una lucha continua, cuya inconveniencia comprenden los hombres en virtud de su razón. Por ello, acuerdan constituir el Estado, que es un instrumento de mayor poder individual, ya que les evita estar a la vez en guardia contra todos.

Hasta aquí encontramos gran similitud entre Spinoza y Hobbes, pero aquel difiere de este en lo que se refiere a la misión del Estado. Para Spinoza, este no puede limitarse solo a mantener la paz sino

que debe garantizar a sus súbditos un máximo de libertad. Ello, aunque no guíe al Estado ninguna consideración, ya que el poder del soberano es la medida de su derecho y depende del consentimiento de los ciudadanos. Si el soberano actúa de modo de perder el apoyo de sus súbditos, viola una ley de naturaleza, la de su propia conservación. En la doctrina de Spinoza, el Derecho natural coincide con aquellas limitaciones al poder soberano que resultan del poder de la multitud o de la razonable comprensión por parte del gobernante de sus propios intereses<sup>39</sup>.

### *Samuel Pufendorf (1632-1694)*

Samuel Pufendorf sostiene que coexisten en el hombre dos tendencias innatas: a su propia conservación y a la vida en sociedad con los demás hombres. Así, el Derecho natural es el reflejo de ambas, y consiste en *que cada uno trate celosamente de preservarse a sí mismo en forma que no perturbe la sociedad de los demás hombres y en que nadie se conduzca hacia otra persona de modo que esta última pueda quejarse con razón de que se ha violado su igualdad de derechos*<sup>40</sup>.

Para constituir la sociedad y garantizar la aplicación del Derecho, tanto natural como positivo, se requieren dos pactos: uno, que significa la cesión de los derechos individuales a la sociedad, seguido de un decreto que establezca la forma de gobierno; y otro posterior, entre ciudadanos y soberano, en virtud del cual este se compromete a asegurar la paz y aquellos a apoyarle en todo cuanto persiga el bien de la comunidad.

El soberano debe cumplir el Derecho natural, que para él tiene valor jurídico y no meramente moral, aunque no exista tribunal humano que lo juzgue. Admite solo excepcionalmente el derecho de rebelión.

### *Conclusiones*

Hemos analizado, hasta el momento, el pensamiento de los principales expositores de esta primera etapa de la *Escuela Clásica del Derecho Natural*.

En síntesis, ellos sostienen que existen principios absolutos que guían la conducta humana, pero su aplicación no está asegurada sino por la buena voluntad del gobernante.

No nos debe extrañar esta posición, un tanto jurídica, si consideramos las circunstancias políticas del momento. Aún se encontraba fresco el recuerdo de la anarquía reinante bajo el régimen anterior. A cambio de evitarla, estos autores estaban dispuestos a entregar al soberano la totalidad del poder, quedando los derechos individuales confiados solo a su prudencia. Otra razón poderosa para proceder en este sentido era el deseo de independizar a los nuevos Estados nacionales, sobre todo a aquellos protestantes (no olvidemos que esta Escuela es esencialmente protestante), de la influencia de la iglesia. El Derecho se presenta a estos autores fundamentalmente como un medio de asegurar una situación estable e independiente para cada Estado.

Sin embargo, no se les escapó a estos autores que dejaban los derechos individuales en peligrosa orfandad, y por eso les vemos siempre declarar que el soberano debe someterse en el ejercicio de su potestad a los preceptos del Derecho natural, entendido como norma moral (Hobbes) o como norma jurídica (Pufendorf).

### **2.5.2. Segundo período**

A él pertenecen John Locke y Carlos de Montesquieu. Es la época del liberalismo político y filosófico y del capitalismo. Para estos autores el Derecho natural precisa de una mayor protección y creen poder otorgársela a través de una separación de los poderes del Estado.

En la segunda etapa de la *Escuela Clásica del Derecho Natural* vemos acentuarse el carácter protector de las garantías individuales que tiene el Derecho más que el de salvaguardia del orden. Importa ahora más la libertad que la seguridad, que tanto preocupó a los filósofos que acabamos de estudiar.

Esta tendencia se explica por la experiencia de los excesos a los que puede conducir la doctrina de la omnipotencia soberana.

### *John Locke ( 1632-1704)*

Locke sostiene que en el estado de naturaleza los hombres tienen el derecho de aplicar por sí las normas del Derecho natural. Por los inconvenientes de este sistema (ninguna garantía para la vida, propiedad y libertad), los hombres pactan una sociedad en la que delegan sólo aquel derecho de aplicar las normas del Derecho natural. Los demás derechos siguen inherentes a los hombres y significan un obstáculo a un poder excesivo.

El poder legislativo tiene la misión de asegurar la vida, la propiedad y la libertad a través de leyes generales, de las que nadie puede escapar. Si el poder legislativo se excede, Locke entrega la protección del Derecho natural al poder judicial<sup>41</sup>.

### *Carlos de Montesquieu (1689-1755)*

John Locke destacó la existencia de la libertad individual dentro del Estado y enunció el principio de la separación de los poderes públicos como garantía de ella. Esta concepción fue desarrollada en forma extraordinaria por Carlos de Montesquieu, quien considera que la mejor salvaguardia de la libertad (Derecho natural) es la separación de los poderes del Estado, con una estricta vigilancia recíproca<sup>42</sup>.

#### **2.5.3. Tercer período**

En él destaca Juan Jacobo Rousseau. La creencia en la soberanía popular y en la democracia son los caracteres distintivos de este período. Se considera que el Derecho natural también precisa de protección, pero se cree que ella solo puede otorgársela la voluntad general del pueblo.

### *Juan Jacobo Rousseau (1712-1778)*

Rousseau sostiene la idea de que debe garantizarse el Derecho natural colocando su custodia y aplicación en manos de la mayoría del pueblo. El problema fundamental, cuya solución la da *El Contrato Social*, lo enuncia Rousseau en los siguientes términos: *Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y*

*los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes.*

Para conseguir esta finalidad cada persona tiene que entregar a la comunidad todos sus derechos naturales. Parecería que los hombres, al efectuar este traspaso, quedarían privados de su libertad, pero esto no es así porque -sostiene Rousseau- la pertenencia al Estado, bajo las condiciones del *Contrato Social*, no destruye la libertad o igualdad originarias del individuo; en efecto, *dándose cada individuo a todos no se da a nadie, y como no hay un asociado sobre el cual no se adquiriera el mismo derecho que se cede, se gana la equivalencia de todo lo que se pierde y mayor fuerza para conservar lo que se tiene*<sup>43</sup>.

En consecuencia, para Rousseau, el *Contrato Social* es un postulado de la razón, una verdad no histórica sino normativa. El hombre consigue, por medio del *Contrato Social*, la seguridad, la libertad civil y una garantía de su propiedad. No está sujeto a ningún otro individuo sino solo a la voluntad general de la comunidad. El verdadero soberano es la voluntad general. Cada individuo, al obedecer a la voluntad general, no hace sino obedecerse a sí mismo; su voluntad individual se funde con la voluntad general.

Para Rousseau, el gobierno es simplemente una comisión para ejecutar la voluntad general. No hay contrato entre el pueblo y el gobierno, tal como lo habían afirmado Hobbes, Pufendorf y Locke. Expresado en términos jurídicos, el gobierno no es sino un mandato, que puede ser revocado, limitado o modificado a voluntad del pueblo soberano. Los depositarios del poder público son funcionarios del pueblo, a los cuales no se les transmiten los atributos de la soberanía.

## **2.6. Escuela del Derecho Racional e Idealista**

En esta breve historia del Derecho natural hemos visto que los filósofos coinciden en que ese ordenamiento natural, cuya custodia confían a distintos organismos, emana o tiene su base en la naturaleza humana y en que la misión de la razón consiste en descubrir los postulados de ese Derecho innato.



Ahora bien, la *Escuela del Derecho Racional* es innovadora precisamente en ese punto, al considerar que la razón no es la descubridora sino la fuente generadora del Derecho natural. El principal representante de esta tendencia es el filósofo Manuel Kant.

### **2.6.1. Manuel Kant (1724-1804)**

Llama al entendimiento *razón pura*, y a la voluntad movida por este hacia el bien y el deber, *razón práctica*. Con la primera se propone resolver a fondo el problema de las posibilidades cognoscitivas de la mente. Nuestra mente consta de tres facultades: *la sensibilidad, el entendimiento y la razón*. Al estudio de estas facultades dedica las tres partes de su *Crítica de la Razón Pura*, que son la *estética trascendental o crítica de la sensibilidad*; la *analítica trascendental o crítica del entendimiento* y la *dialéctica trascendental o crítica de la razón*. Para que pueda haber ciencia deben concurrir: un elemento material, experimental, individual, o continente; con otro *a priori, universal*, necesario, al cual llama forma. El primero debería ser objetivo, el segundo es subjetivo. En el objeto del conocimiento distingue entre lo que el objeto parece o aparece que llama *fenómeno* (del griego *phainomenon*, *aparición*), y lo que nosotros pensamos que el objeto es, el *noumeno* (del griego *noumenon*) al cual declara incognoscible.

Las obras de Manuel Kant, que más directamente nos interesan, son: *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* (1785), *Crítica de la Razón Práctica* (1788), *Metafísica de las Costumbres* (1797), así como el opúsculo *Para la Paz Perpetua* (1795). Pero, hay que tener en cuenta también las otras obras de Kant, y singularmente la más famosa de todas: la *Crítica de la Razón Pura* (1a. de., 1781; 2a. de. corregida: 1787).

La postura fundamental de Kant respecto a la moral podríamos resumirla de alguna manera en el siguiente silogismo: *La moral es algo absoluto e incondicionado; pero la experiencia no puede dar nada absoluto e incondicionado; luego la moral no consiste en algo empírico o de experiencia*.

La primera proposición se prueba, en primer lugar, por el modo como se entiende la moral corrientemente: como algo que no se

abandona al cálculo de las conveniencias en cada caso. Se apoya además, por otro lado, en la concepción que Kant tiene del hombre como orientado a la moralidad, cuyo fin supremo, al menos en esta vida, no es el procurarse la felicidad, sino el obrar rectamente. Si nuestra finalidad fuera ante todo la de procurarnos la felicidad, la naturaleza humana, dice Kant, estaría entonces mal organizada: porque la razón, que es la facultad suprema del hombre, no está precisamente al servicio de ese fin, sino que incluso más bien a veces nos entorpece su consecución, en virtud de los obstáculos que le opone, por motivos distintos, de otra índole, que los utilitarios de atender a la consecución de la felicidad. La moral, pues, ha de entenderse como algo que está por encima del cálculo del momento o de las conveniencias.

La segunda proposición es un supuesto fundamental kantiano (de *La Crítica de la Razón Pura*): la universalidad y necesidad de nuestros conocimientos no puede provenir de la experiencia, sino que tiene que provenir de elementos *a priori*: categorías del entendimiento, formas *a priori* de la sensibilidad... Pero en sí misma, es decir, fuera de la peculiar argumentación kantiana, esta proposición tampoco resulta difícil de admitir, desde otros supuestos distintos de los de la filosofía especulativa de Kant.

En cuanto a la conclusión, su sentido es que la moralidad no puede medirse por los resultados que se consigan con las acciones, que no ha de depender del éxito de estas: de otro modo, habría que poner en juego la experiencia para saber lo que es bueno o lo que es malo, según que tenga éxito o constituya un fracaso. También quiere decir que la moralidad no puede basarse en la inclinación natural o en el cálculo egoísta; estos atienden al gusto o a la ventaja y utilidad de las acciones, pero la moralidad no tiene nada que ver con todo eso; si se considera en eso la moralidad, perdería su carácter incondicionado y absoluto, ya que es imposible saber de antemano qué acción nos va a dar gusto o placer o nos va a ser útil porque nos va a proporcionar una ventaja; sería necesario, para saberlo, acudir a la experiencia.

Para conocer lo que es la moralidad, conviene, según Kant, fijarse en el *deber* moral: cuando la voluntad, para ser buena, encuentra obstáculos o restricciones. Por el contrario, cuando la bondad de la voluntad coincide con el cálculo de las ventajas, o con la inclinación natural, es más difícil identificar lo que es propiamente lo moral, la moralidad. Cuando el comerciante es honrado porque piensa que la honradez es el mejor medio de asegurar su negocio, obra correctamente, pero no necesariamente con moralidad; igual que las personas que son complacientes sin esfuerzo, por su carácter: nadie les va a reprochar por esto, pero no se puede decir sin más que tengan mérito moral. En cambio, las personas a quienes cuesta hacer el bien, que encuentran obstáculos para ello y continúan haciéndolo, sí se puede decir que obran claramente con moralidad.

La moralidad no corresponde, pues, propiamente a las acciones del hombre, que son las que proporcionan los resultados o ventajas en el exterior, sino solo a su voluntad; es un atributo interior: *No hay nada absolutamente bueno en el mundo -dice Kant-, sino una buena voluntad*. Pero, además, no solo no consiste la moralidad en el éxito de las acciones ni en estas mismas sino que tampoco consiste en lo que se quiere lograr con ellas, en la intención: si el mérito moral no tiene nada que ver con lo que se consigue o con lo que se hace, ¿cómo va a consistir en lo que se intenta conseguir o hacer? Tampoco tiene por qué coincidir con eso.

La moralidad no está, pues, en el resultado de las acciones, ni tampoco en la intención, en el resultado intentado, sino que es algo independiente de todo esto, algo anterior: está en la postura de la voluntad, pero en cuanto esta acata la ley moral y está dispuesta a obrar por respeto a la ley moral, pase lo que pase: esto es la moralidad.

¿Es el hombre así? ¿Obra alguna vez de esta manera? Talvés, dice Kant, nunca ningún acto del hombre se ha producido así, es decir, ha sido un acto moral puro, puramente moral. Pero puede haber grados; puede haber una mayor o menor participación en la moralidad.

El principio de obra moral (de la actitud o disposición moral) es lo que Kant llama el *imperativo categórico*. El *imperativo categórico* se diferencia de los *hipotéticos* o condicionales. Estos no tiene que ver con la moralidad, sino con la habilidad, sagacidad o prudencia para obtener determinados resultados. Dependen de la experiencia, son empíricos y, por consiguiente, no pueden proporcionar algo absoluto e incondicionado, como tiene que ser la moralidad. La fórmula del imperativo categórico dice que, para obrar moralmente, *has de obrar solo de acuerdo a una máxima* (o principio de la acción) *que puedas querer al mismo tiempo que se convierta en ley general*. De este modo se logra que el principio de la acción sea absoluto o incondicionado.

Esa ley universal o general a que se refiere el imperativo categórico no es ninguna ley determinada; ni siquiera es una ley que tenga que tener un contenido determinado: es la ley misma en cuanto universal o general, la universalidad o generalidad misma de los motivos de las acciones, es la *legalidad* sin más. Le parece a Kant que en el fondo esta doctrina suya sobre la moralidad es generalmente compartida, que es aceptada por la razón vulgar, en la que Kant tiene tanta más confianza en el terreno moral, cuanto más la ha despreciado en el especulativo. En concreto, vendría a coincidir con la llamada *regla de oro* de la moralidad: *haz a los demás lo que quieres que los demás te hagan a ti* (aun cuando esta se refiere solo al trato con los demás y la moral no se refiere solo a eso). Pero además Kant trata de probar esa doctrina con algunos ejemplos: así, el motivo del suicidio, de la promesa sin intención de cumplirla... jamás pueden convertirse en una ley general, generalizarse como motivo de la acción de cualquiera.

Para que haya moralidad propiamente dicha sin embargo, como ya se ha expuesto antes, no basta, según Kant, con esta *legalidad* de las acciones, sino que es preciso además que el motivo concreto que impulsa a la voluntad sea el *respeto* a esa ley general o universal de la moralidad.

Este sentimiento de *respeto* es de la máxima importancia en la filosofía práctica de Kant, porque no solo es el elemento decisivo en

la caracterización de la moralidad, sino que además es el que explica su eficacia. Desde luego, para Kant no se trata de una eficacia irresistible o que tenga éxito en todo caso; al contrario, se trata más bien de una posibilidad de eficacia, de una presión, que puede tener más o menos fuerza en cada caso. Este influjo o presión del sentimiento de respeto tiene ante todo un sentido negativo, de oposición a las inclinaciones que están orientadas a la consecución del placer y de la propia felicidad; por eso, puede decirse incluso que el sentimiento de respeto a la moralidad lo que produce es dolor. Y, sin embargo, ahí está (o ahí puede estar) contrarrestando las pasiones del egoísmo, que pueden diferenciarse a su vez en tendencia hacia el propio placer o bienestar y tendencia a la presunción o a la arrogancia. A la primera de estas dos tendencias la contrarresta el respeto por la moralidad, procurando reducirla a sus justos límites; a la segunda, en cambio, se puede decir que la abate o destruye, en cuanto que muestra la inanidad o vacuidad de la arrogancia o tendencia a la presunción que no tenga en cuenta la moralidad, porque esta es la raíz auténtica, el fundamento insoslayable, del valor de la persona.

En el fondo de la doctrina moral de Kant hay sin duda una tradición, que se remonta a la filosofía griega, de mirar con prevención las inclinaciones naturales y preferir la razón: esta es la que debe orientar y marcar lo que se debe hacer. Por otro lado, influye en esa doctrina la exaltación, de signo cristiano, por parte de Kant, del valor de la persona humana, que queda elevada muy por encima de cualquier otro ser de este mundo. Esta elevación se la debe el hombre a la moralidad, lo mismo que la que distingue a unos hombres sobre otros: frente a un hombre poderoso, o rico, o sabio podemos sentir admiración; pero el verdadero respeto y acatamiento a un hombre no se lo tributamos sino cuando sabemos que es honrado. De acuerdo con esto, todas las cosas tienen un *precio*, pero, según Kant, el hombre no, sino que lo que le corresponde, en lugar del precio, es *dignidad*. Ya en *La Crítica de la Razón Pura* aparece la exaltación por parte de Kant del mundo moral: frente al mundo de la naturaleza, regido por el principio de la causalidad, está el *mundo de*

*la libertad*, que no está encadenado a la concatenación de causa y efecto, sino que decide lo que ha de hacer independientemente de lo que pase en el exterior. De entre los seres que conocemos solo el hombre es capaz de obrar conforme a este principio de libertad. Esta manera de entender la libertad, como sinónimo de dignidad y de moralidad, puede parecer sorprendente, pero desde luego no tiene nada de arbitraria, sino que, al contrario, tiene una profunda motivación. Piensa Kant que por libertad no puede entenderse meramente la externa, de obrar sin violencia exterior, sino que la libertad tiene que ser también interna; ahora bien, no hay libertad interna en el que obra llevado por su inclinación natural al goce o por el cálculo de la mayor utilidad: mientras el hombre obra así, está determinado a obrar por el mayor goce o por la mayor utilidad; puede decirse que no ha abandonado el engranaje de causas y efectos del orden de la naturaleza, que está simplemente sometido al principio o la categoría de la causalidad. En cambio, el hombre se libera de ese orden, de esa sucesión encadenada de causas y efectos, cuando el motivo de su obrar no procede de la inclinación más fuerte, al mayor goce posible, o del cálculo de las ventajas, para el mayor disfrute o la mayor felicidad posible: cuando el principio subjetivo de su obrar, el motivo que dirige su acción, es moral, es decir, independiente del goce y de la felicidad. La acción, en el exterior, sigue estando sometida a la ley de la causalidad: pero el hombre en su interior, en su voluntad, se ha liberado, porque el determinante de su actitud está fuera del orden causal, al margen de la sucesión de causas y efectos, que no dependen de su decisión, de su voluntad. Se da, pues, la libertad, no solo en sentido negativo, sino también la libertad en sentido positivo, en cuanto que el determinante del obrar moral, el determinante moral de la actitud de la voluntad, está en el interior del hombre, en la propia razón: esto es lo que Kant llama autonomía de la voluntad, es decir, libertad en sentido positivo.

Esta concepción antropológica de Kant y el influjo decisivo que ejerce en su doctrina moral se ve, más claro que en la primera, en la segunda fórmula con que se expresa el imperativo categórico: *obra de*

*manera que no trates nunca a la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, solo como medio, sino siempre al mismo tiempo como fin.*

De esta concepción de la moralidad puede resultar sin duda una solución al ideal o utopía rousseauiana de la libertad, contenida en el famoso lema de *cada uno, uniéndose a todos, no obedezca más que a sí mismo y permanezca tan libre como antes*. De hecho, Kant habla de una *legislación universal* y de un *reino de los fines*, es decir, del conjunto de los seres racionales en cuanto fines en sí mismos y guiados por leyes comunes; leyes que en este caso serían al mismo tiempo leyes personales, queridas por cada uno, o sea, metas, aspiraciones o fines de cada uno, y, por consiguiente, expresión de su libertad.

El Derecho cae, para Kant, del lado del mundo de la libertad. Es, por consiguiente, al menos, próximo a la moralidad. De la moralidad propiamente dicha no se diferencia por el elemento que pudiéramos llamar objetivo de la moralidad, la *legalidad* de las acciones, sino por el elemento subjetivo, de la postura de la voluntad, que en la moralidad propiamente dicha tiene que ser necesariamente de *respeto* a la ley moral. En consecuencia, los deberes del Derecho pueden ser solamente externos, mientras que los deberes de la moral no pueden ser solamente externos, sino que tiene que ser también internos, ya que la moralidad está necesariamente anclada en un motivo interior. Por la misma razón, las leyes que rigen el Derecho pueden ser exteriores, mientras que las leyes que rigen las acciones morales tienen que ser interiores o interiorizadas, tienen que aceptarse con convencimiento interno. Por esto la moral no puede ser coaccionada, impuesta por coacción; incluso el Derecho *estricto*, es decir, en cuanto contrapuesto a la moral y referido solo al aspecto exterior de las acciones, puede decirse que consiste, al menos para el titular de un derecho subjetivo, precisamente en eso, en poder exigir su cumplimiento por medio de la coacción; de modo que, en ese caso, *derecho y capacidad de coacción significan una misma cosa*. Pero de ningún modo puede reducirse a estas afirmaciones la doctrina de Kant sobre la diferenciación entre Moral y Derecho. La verdadera raíz de la diferenciación entre ellos está en la exigencia para la moralidad de un motivo interno, de una actitud interior que, en

cambio, no se exige para el Derecho; todas las demás diferencias derivan de ahí y son menos radicales.

Por lo demás, en Kant el Derecho y la Moral están íntimamente relacionados: no solo porque coinciden en esa característica, común a ambos, de la legalidad, sino también porque la moral exige en general que se acate el Derecho, con lo que los deberes jurídicos se convierten en indirectamente morales; pero además algunos deberes jurídicos son a la vez directamente morales, porque la moral exige también por su parte al mismo tiempo esa acción que preceptúa el Derecho.

Kant entiende por Derecho, desde un punto de vista racional, *el conjunto de las condiciones en virtud de las cuales la libertad de cada uno (Willkur) puede coordinarse con la libertad (Willkur) de los demás, según una ley general de libertad (Freiheit)*<sup>44</sup>. Esta fórmula escogida para definirlo sugiere, como se ve, que para Kant el Derecho está entendido como un trasunto o correlato de la moralidad. Pero Kant tiene que reconocer, en primer lugar, que el Derecho se refiere a la relación exterior de las personas; por lo que, en segundo lugar, lo que el Derecho tiene que tener en cuenta (al menos de manera primordial) son las acciones o actos de las mismas en cuanto pueden producir un mutuo influjo entre ellas; y, por consiguiente, tiene que admitir también Kant que el Derecho va unido con la posibilidad de coacción, según vimos ya anteriormente. Con esto la correlación entre el Derecho y la moralidad se hace problemática, puesto que para esta última lo esencial es la actitud de la voluntad, y su universalidad o necesidad misma se refiere a la máxima o principio subjetivo de obrar, que reside en esa misma voluntad (interior); finalmente, la libertad propia del *reino de los fines*, que resultaba de la moralidad, se esfuma en el Derecho, puesto que este puede ser aplicado por coacción. Cabe, pues, pensar que Kant concibe el Derecho como una decadencia o deficiencia respecto de la moralidad y que, por tanto, lo que encuentra deseable es su eliminación final o absorción por la moral. Es decir, que aquí Kant anticiparía la utopía o aspiración de la teoría marxista a la eliminación del Derecho y del Estado cuando la educación del hombre y las circunstancias estén



preparadas para ello. Esta interpretación parece tanto más plausible, cuanto que también para Kant el Estado educa, y en concreto educa para la moralidad; de tal modo que, en la medida que esa educación se perfeccione, Kant llega a afirmar expresamente el tránsito *de la teoría del Derecho a la teoría de la virtud*.

Podríamos considerar a Kant como *iusnaturalista*, en cuanto admite leyes jurídicas que son anteriores al Derecho positivo. Son leyes *naturales*, que obligan *a priori* antes de cualquier imposición por parte de una autoridad humana (aun cuando no hasta el punto de anular las disposiciones del Derecho estatal que sean contrarias). Pero estas leyes no deben ser entendidas como naturales en el sentido de que se refieran a la naturaleza, y por consiguiente, dependan del principio de causalidad y puedan ser conocidas por experiencia: se trata de leyes válidas *a priori*, en virtud de un principio, de una razón moral. Por tanto, Kant no es *iusnaturalista* en el sentido de que para él el Derecho se base en la naturaleza: para él, se basa en la metafísica de las costumbres, en la razón práctica.

Sin embargo, puede ser útil y conveniente el conocimiento de la naturaleza, y en especial de la humana. Pero no para basar en ese conocimiento los principios del Derecho, que son *a priori*, sino para saber qué condiciones van a favorecer la aplicación de los principios, no solo los del Derecho, sino también los morales; y para ver cuál será el resultado de la aplicación en la práctica de esos principios, en particular, para ver qué efectos va a producir esa aplicación de los principios en la práctica sobre la actitud moral propiamente dicha, es decir, en la educación para la moralidad, o en la moralidad misma. Y puesto que los deberes de la moral coinciden en general con los del Derecho, la realización de este, según Kant, sirve de base para dar directrices a la acción moral y contribuir a la formación de los principios morales y a su robustecimiento. Pero en ningún caso hay que confundir todas estas consideraciones con los verdaderos principios de la moral y del Derecho, que se derivan de la razón práctica y que son independientes de los resultados.

En cuanto a los principios de la razón que inspiran el Derecho, pueden ser generales e inmutables o particulares y concretos. Los primeros deben cumplirse o aplicarse en toda legislación; y la ciencia del Derecho tiene que tener en cuenta, por consiguiente, esa fundamentación previa del Derecho. El jurista que se conformara con un conocimiento empírico de lo que se impone como Derecho sería semejante a quien se conformara con la belleza de un busto de madera<sup>45</sup>.

### *Derecho internacional*

Kant, en su estudio *Para la Paz Perpetua* (1795), se refiere al Derecho Internacional.

La humanidad tiende a formar un Estado único. La formación del Derecho Internacional es análoga en cierta manera al Derecho interno. *El Estado actual es efecto de una síntesis de elementos que fueron un día discordantes: los individuos combatieron entre sí durante largo tiempo, hasta que un buen día fue posible la instauración de un poder unitario sobre elementos aislados, antes en pugna* (Del Vecchio). Los Estados deben salir del *Estado de naturaleza* en el que se encuentran para seguir el imperativo categórico: *no debe haber guerra, y construir un Estado cosmopolita*. En esta obra Kant se refiere a los artículos de una especie de tratado internacional, que debe asegurar la paz perpetua a la humanidad y algunos artículos preliminares encaminados a evitar las contiendas internacional. *Aun en el estado de guerra debe ser mantenida la posibilidad de la paz y jamás menoscabarse por la buena fe. Los tratados deben ser respetados. No pueden ser usados medios de guerra que disminuyan la estima recíproca de los beligerantes, como la traición, el asesinato de los jefes enemigos por medio de sicarios, la difusión de las enfermedades infecciosas, el envenenamiento de las aguas, etc. El Estado no puede ser considerado como propiedad, y por consecuencia, no puede ser adquirido por herencia, compra-venta o permuta. Y que no es lícito a ningún Estado inmiscuirse con violencia en el gobierno de otro Estado.*

Kant, dice Del Vecchio, tuvo fe en el progreso de la humanidad, en un tiempo en que se sostenía que solo puede progresar el

individuo pero no el género humano. Si nosotros, dice Kant, *tenemos el deber de cooperar al mayor bien de la humanidad, debemos tener fe en que nuestros esfuerzos no serán baldíos*<sup>46</sup>.

### **2.6.2. Jorge Guillermo Federico Hegel (1770-1831)**

#### ***Concepción filosófica***

Sostiene un *idealismo absoluto, en sentido objetivo*. Niega dogmáticamente todo límite al conocimiento: también lo absoluto es cognoscible.

Identifica el pensamiento con el ser, por lo cual a su filosofía se le ha llamado *intelectualismo* o *panlogismo*. Todo es pensamiento y nada hay fuera del pensamiento, las cosas son lo que son pensadas; las formas subjetivas del conocimiento son también las formas objetivas de la realidad.

En el prólogo a su *Filosofía del Derecho*, da la frase con la cual se ha resumido todo su sistema: *Todo lo que es real es racional, y todo lo que es racional es real*. Negó, pues, la posibilidad de un desacuerdo entre ser y debe ser. Lo único existente, es la idea pensante, es el espíritu en perenne transformación, es el absoluto trifásico. Idea absoluta y unificadora. Lo único real e ideal. La lógica es dialéctica del ser, es ontología. Los contrarios, el ser y la nada, se identifican en el devenir. Dios es absoluto, la idea en sí misma. Pero es un Dios en devenir. Del devenir del absoluto, resulta la naturaleza, como la Idea en su ser otro. De su ser otro, vuelve después sobre sí misma la idea para constituir el espíritu.

El hecho es divino y digno de adoración puesto que se identifica con la idea, de aquí que su *Filosofía política* sea optimista, *porque a su tenor hablando absolutamente, no habría injusticia, ni violación del derecho posible en la historia*.

De su evolucionismo obtiene que *la lucha es el proceso y la ley de todas las cosas*. Heráclito había dicho: *la guerra es la madre y reina de todas las cosas*.

Su método es la dialéctica, cuya clave es *todo concepto es unilateral porque a su vez pone a su contrario, esto es, suscita una contradicción: de una tesis procede una antítesis; lo cual entraña la necesidad de un nuevo concepto de síntesis* que funda en sí los dos conceptos precedentes, los supera y delimita su contrario y volvemos a tener una tesis, una antítesis y síntesis y así sucesivamente. Así por ejemplo, la lógica comienza con la posición del ser: el ser es el ser (tesis). Pero este concepto es absolutamente indeterminado; lo mismo que puede decirse que el ser es todo; por la misma razón se le niega todo contenido particular, y en consecuencia, el ser es nada (antítesis). Un tercer momento obligado, será pensar el ser teniendo al mismo tiempo conciencia de su no-ser; surge así el concepto de devenir (síntesis). Esta síntesis no es tampoco definitiva. Desde el primer momento, queda convertida en tesis para el nuevo proceso ternario en la evolución de la dialéctica.

El sujeto del proceso mundial o cósmico se llama *idea*. La *idea* es, primeramente en sí, en su mismidad, y representa un mundo de verdades abstractas. En un segundo momento la *idea* es fuera de sí; se exterioriza en las formas del espacio y tiempo (como natural), es lo que está ahí. En un tercer momento la *idea* es en sí, y para sí, esto es, vuelve sobre sí misma, se hace espíritu. *La Filosofía del espíritu* se desarrolla en tres estadios también: *espíritu subjetivo, espíritu objetivo, espíritu absoluto*. Cada uno de éstos presentan tres formas o grados. El *espíritu subjetivo* se manifiesta y diversifica en el alma, conciencia y razón. El *espíritu objetivo* se manifiesta en las comunidades humanas, cuyas manifestaciones son tres también: *derecho, moralidad subjetiva y ethos objetivo o costumbre*.

El *espíritu absoluto* que es la unidad del espíritu subjetivo y objetivo, al mismo tiempo que síntesis de la naturaleza y el espíritu llega a las más altas cumbres de lo absoluto, manifestándose en otras tres formas que son el *arte, la religión, y la filosofía*. El arte es absoluto manifestado sensible e intuitivamente. Sus tres momentos: *el arte simbólico del oriente, el clásico de los griegos y el romántico de los cristianos*. La religión no puede depender solo del sentimiento, sino habrá de depender también de la representación. Por la religión hay

una entrega recíproca de Dios y el hombre; Dios se entrega mediante la gracia; el hombre, mediante el sacrificio. *El último estadio de evolución es la Filosofía que es la razón que se comprende a sí misma.* Las diversas filosofías producidas en el transcurso de la historia son fases de la Filosofía. Con Hegel, según él mismo cree, la Filosofía había llegado a su momento culminante.

### *Concepción jurídico-política*

Conviene, dicho esto, volver sobre la teoría del espíritu objetivo que es lo que más nos interesa por ahora. El *derecho se funda en la persona, esto es, en el ser racional y libre.* El querer del hombre es esencialmente libre en cuanto es querer. El derecho tiene tres manifestaciones fundamentales: *el derecho contractual, derecho de propiedad y derecho penal.* El contrato es la unión de dos o más voluntades personales en una voluntad común. Pero al lado de las personas existen las cosas. Estas son propiedad de las personas. Ha de existir también un derecho penal. Puede haber una negación del derecho que es el delito. Esta negación, a su vez, ha de negarse. La negación de la negación del derecho es la pena, que es el restablecimiento del derecho negado. El sentido de la pena es la expiación y tendrá por objeto devolver al delincuente al estado de persona. Si el Estado tiene por deber castigar, es porque previamente el delincuente tiene derecho a la pena, a ser tratado como persona. La moralidad se funda en el conocimiento de los motivos; es la realización hacia dentro de la voluntad. Así, mientras el *derecho es algo exterior objetivo, la moralidad es puramente subjetiva.* Ambos habrán de fundamentarse en un tercer momento que Hegel llama ético, el *ethos* objetivo, que es la vida afectiva, concreta, como síntesis de las categorías abstractas del derecho y la moral. La Ética es entonces la superación del espíritu subjetivo y del objetivo. Sus formas son también tres: *la familia, la sociedad y el Estado.* Bien se ha dicho que nadie como Hegel había distinguido tan netamente Estado y sociedad, caracterizando esta como la forma espontánea y a aquel como forma especial de organización jurídica. La familia tiene por base el matrimonio, ha de atender a la educación y realizará el derecho hereditario. Un conjunto de familias constituye la sociedad,

cuyo objetivo fundamental es el bien común. *El momento más alto de la Ética objetiva es el Estado*, que no es nunca medio, sino fin. Hegel se opone al liberalismo de Rousseau y llega a decir que el Estado *es Dios mismo sobre la tierra*. La idea de Estado no está, sin embargo, encarnada perfectamente en ninguno de los existentes. Ningún Estado ha realizado plenamente el espíritu objetivo. Por eso ha de ir Hegel a buscar esta realización y encarnación en la Historia Universal, ya que solo ella puede desarrollar totalmente la dialéctica de la idea del Estado. *La Historia Universal es, entonces, una revelación de Dios, en la gigantesca Teodicea hegeliana*.

*Por encima del Estado no hay más que lo absoluto*, de donde todos los Estados se hallan en condiciones de igualdad y no puede darse superior a ellos una jurisdicción humana. Así surge la guerra, que viene a ser una especie de juicio divino. Hegel hace suya la frase del poeta Schiller: *La historia universal es el tribunal del mundo. En la guerra vence el que debe vencer y cada pueblo tiene la suerte y el gobierno que merece, aquel Estado que representa el espíritu del mundo en un determinado momento, es el dominador de tal época*. Señala cuatro tipos de Estado, que han representado gradualmente, el devenir progresivo del espíritu del mundo: *el oriental, el griego, el romano y el germánico (prusiano)*. Este último constituye el ideal último del Estado, especialmente su monarquía<sup>47</sup>.

## **2.7. Nueva Escuela Iusnaturalista**

Durante la segunda mitad del siglo XIX, la idea del Derecho natural se vio duramente atacada por parte del historicismo y del positivismo, refractarios a toda metafísica en el campo del Derecho y que pretendían reducir la ciencia jurídica a un análisis del Derecho positivo, exclusivamente desde un punto de vista técnico.

Pero, posteriormente, a fines del siglo XIX, se produjo una reacción en contra del positivismo y un renacimiento de la teoría iusnaturalista, especialmente en Alemania, con Rodolfo Stammler, y en Italia con Giorgio del Vecchio y Giuseppe Capograssi.

Últimamente el filósofo del Derecho alemán Gustavo Radbruch escribió: *La ciencia del Derecho tiene que meditar, de nuevo, sobre la verdad milenaria de que hay un Derecho superior a la ley, un Derecho natural, un Derecho divino, un Derecho racional, medido con el cual la injusticia aunque revista la forma de ley, y ante el cual la sentencia pronunciada de acuerdo con esta ley injusta no es Derecho, sino lo contrario del Derecho*<sup>48</sup>.

### **2.7.1. Rodolfo Stammler (1856-1938)**

Rodolfo Stammler sostiene que junto con estudiar técnicamente el Derecho Positivo, es necesario desarrollar una teoría del *Derecho justo*.

En su análisis distingue entre el concepto y la idea del Derecho. El concepto del Derecho debe abarcar todas las formas en que se ha manifestado históricamente el Derecho y, según él, se puede definir como *el querer entrelazante, inviolable y autárquico*<sup>49</sup>. Dentro de este concepto caben también las situaciones jurídicas del despotismo (vida de los ciudadanos regida por una norma jurídica que emana del arbitrio del déspota) y de la guerra (correspondiente al procedimiento y a la ejecución forzada).

La idea del Derecho es, en cambio, la realización de la justicia y entiende Stammler que es justa una norma jurídica cuando armoniza los propósitos individuales con los sociales. La finalidad del Derecho debe ser una comunidad de hombres de voluntad libre, pero libre solo en el sentido de que puedan ejecutar aquellos actos cuyo fin aproveche efectivamente a la sociedad. Stammler, siguiendo a Kant, considera que cada miembro de la comunidad debe ser considerado como un fin en sí, no como un medio para realizar el querer arbitrario de otro; pero se aparta de este en que da un mayor contenido social a su concepto del Derecho: su idea de libertad es, como hemos visto, muy distinta de la kantiana.

En su opinión, dos sistemas jurídicos que tengan normas y principios jurídicos diferentes pueden ser conformes a su idea social. Este ideal no es un sistema de Derecho Natural, sino un mero principio formal, por el cual puede juzgarse la justicia o injusticia de una norma jurídica positiva, sin prejuzgar la validez y fuerza

obligatoria de aquella norma. Es, a lo más, un *Derecho natural de contenido variable*.

### **2.7.2. Giorgio Del Vecchio (1878-1970)**

El eminente filósofo del Derecho italiano Giorgio Del Vecchio cree en un Derecho natural absoluto, igual a la justicia. Su realización está en el reconocimiento, que se ha operado paulatinamente, de la autonomía de la personalidad humana. Como Kant y Stammler, piensa que todo hombre tiene derecho a ser considerado por sus congéneres como un fin; pero se distancia de Kant en cuanto al concepto del Estado, que es para él *la organización más perfecta, el poder supremo que regula toda actividad humana*<sup>50</sup>.

Así se pierde el carácter individualista kantiano del Estado y se faculta a este para intervenir en todo cuanto aproveche al bien común, siempre que sus actos no afecten la autonomía de la personalidad humana.

En Del Vecchio se encuentran claramente expresadas las características de la nueva filosofía iusnaturalista: se valorizan los conceptos tradicionales acerca de los derechos individuales y se otorga al Estado una función activa para propender al bien común.

### **2.7.3. Giuseppe Capograssi (1889-1956)**

El distinguido jurista italiano Giuseppe Capograssi desarrolla una teoría del Derecho natural inspirada en las concepciones de san Agustín y santo Tomás de Aquino e influenciada por la Filosofía de la Historia de Juan Bautista Vico (1668- 1774).

Uno de los aspectos más originales de la teoría de Capograssi es el que se refiere a las relaciones entre el Derecho natural y el Derecho positivo. Al respecto *considera necesario distinguir dos situaciones que corresponden a dos momentos históricos diferentes: la que él juzga como normal: aquella en la que no existe contraposición entre el Derecho natural y el positivo, y aquella en la que ambos se contradicen*.

*En el primer caso, dado que el Derecho natural se identifica con el ordenamiento positivo considerado en sus fundamentos, afirma que es obligación del juez el no mutilar el derecho de su raíz y, por consiguiente,*



*juzga necesario que el juez aplique directamente los principios que están a la base del ordenamiento jurídico. Rechaza, por tanto, de forma categórica toda clase de anarquismos tolstoyanos que pretendan quitar valor al ordenamiento positivo sustituyéndolo por los ideales parciales y arbitrarios; e insiste en la necesidad de estudiar a fondo el ordenamiento positivo sin pararse en su superficie normativa, tratando de llegar a las estructuras inalterables de la vida concreta de la cual las normas positivas no son más que su concreción. Para Capograssi es, por tanto, evidente que el derecho natural fundamenta toda la historia del derecho y de ahí que sin mengua de su valor absoluto adquiera diferentes expresiones según los momentos.*

*El verdadero conflicto para el jurista se plantea, según Capograssi, cuando la legislación positiva contradice los principios del Derecho natural. Son los casos en los que los gobernantes tratan de realizar un ordenamiento que sea solamente un conjunto de normas puestas por el Estado, desligadas de las raíces de la vida. Son los casos en los que se trata de convertir el derecho en un simple medio al servicio de los fines impuestos por el Estado.*

*Ahora bien, la solución de Capograssi para estas situaciones no difiere de la ofrecida en el caso anterior. Se trata de observar en lo profundo de los ordenamientos positivos, de buscar sus raíces. ¿Cómo explicar esta actitud de Capograssi que parece abocar a un positivismo cerrado?*

*Aquí es necesario recordar una vez más la concepción del mal en Capograssi, que es en definitiva la viquiana y aun la escolástica. Como ya dijimos al hablar de la sociedad de ladrones, un régimen que sea absolutamente injusto es imposible. Y de ahí que para Capograssi, dado que hasta en el ordenamiento jurídico más injusto se conserva cierta parte de justicia, es necesario superar la parte injusta apoyándose en la justa. De otra parte considera Capograssi que es esta la singular labor que ha realizado siempre el jurista: la ciencia del derecho penal, según él, no ha hecho otra cosa que esto en su historia y la ciencia del derecho administrativo nació precisamente por ello.*

*La actitud de Capograssi que en el plano teológico-filosófico supone una aplicación del principio paolino de que el mal solo se vence con el bien, en el plano estrictamente jurídico viene a valorar debidamente lo que para la justicia supone el respeto a la legalidad. Así ya en 1932 insiste en el grave*

*riesgo que supone para la suerte del individuo la ofensiva del totalitarismo nazi contra la legalidad<sup>51</sup>.*

# EL DERECHO POSITIVO

*Si nos interesamos en los hombres con que ahora vivimos y en las  
generaciones que nos seguirán en el futuro inmediato y de verdad histórico,  
no podemos darnos  
el lujo retórico de ser románticos o utópicos.  
El problema es demasiado serio y urgente para ello.  
Sus formulación técnica es precisa: objetivar para su efectividad práctica los  
derechos subjetivos en expansión, protegiéndolos de una nueva pérdida en el  
seno del Estado que los objetiva.  
Es el máximo problema del Derecho en esta hora.*

**Jorge Millas**

## 1. INTRODUCCIÓN

El positivismo en los siglos XVIII y XIX significó no una filosofía sino una actitud cultural, basada en la concepción de que el saber cierto sobre las cosas únicamente puede alcanzarse por medio de la experimentación y verificabilidad de las hipótesis. En este sentido, positivista era toda teoría que no se apoyase en la metafísica sino que viniese avalada por el método experimental, propio de las ciencias de la naturaleza.

Esta actitud metodológica, para adquirir un conocimiento cierto de los fenómenos objetivos en las ciencias físicas, pretendió utilizarse también al estudio de las llamadas ciencias morales o del espíritu y principalmente, para dar explicación científica a los hechos y comportamientos sociales. Se tenía, entonces, la convicción de que, partiendo exclusivamente de la observación de los hechos mismos, se lograría el conocimiento veraz de las leyes y mecanismos que rigen la fenomenología física y espiritual del comportamiento humano. Ciertamente, esta actitud empirista implicaba renunciar a todo intento por indagar las causas últimas de estos fenómenos (desprecio de la metafísica). Con el positivismo, practicado en todas las esferas del saber, no se consiguió un conocimiento universal y absoluto. Por el contrario, nacieron distintos y autónomos saberes, peculiares de cada rama científica, deducidos del resumen, de la coordinación y de la sistematización de las leyes que se iban descubriendo y comprobando.

El positivismo jurídico vino a significar un intento por elaborar una ciencia del Derecho (como expresión de esta actitud cultural de la época), basada en el análisis histórico-comparativo de las instituciones jurídicas por una parte, y de las diferentes normas jurídicas, formalmente positivadas en los diferentes ordenamientos jurídicos vigentes, por otra.

Como vemos, los juristas positivistas estudiaron el fenómeno Derecho, bien a través de sus instituciones, bien a través de sus normas objetivadas formalmente. Tanto en uno como en otro

procedimiento analítico, se desposeyó a los estudios jurídicos de toda valoración ética o iusnaturalista. El Derecho, solo era tal, cuando incorporaba un sistema del comportamiento jurídico (institución) o un mandato jurídico formal (norma positiva), quedando proscrita la axiología de los hechos, comportamientos y normas y, mucho más aún, su explicación metafísica.

El formalismo jurídico, corriente puramente positivista, pretendió suplir la Filosofía, que quedó olvidada radicalmente, mediante una *Teoría General del Derecho*, estructurándola internamente con una forma similar al de una ciencia del derecho; así, esta teoría general del derecho vino a ser como una materia introductoria, de carácter general, a todo estudio del Derecho en concreto, en cuya introducción tuviesen cabida los conceptos jurídicos generales que se iban elaborando, tales como sujeto del derecho, acto jurídico, derecho subjetivo y, el principal de todos ellos, negocio jurídico, etc.

Ciertamente, este prurito doctrinal no fue originalidad del positivismo jurídico formalista de esta época. También los iusnaturalistas de los siglos XVI y XVII elaboraron sus conceptos jurídicos generales, sistematizando lógicamente el Derecho.

La diferencia, pues, entre estos intentos positivistas del formalismo jurídico y los de la sistematización jurídica de los siglos XVI y XVII, no está tanto en el fondo como en la forma. Así, ambos persiguen dotar al Derecho de una sistemática lógica formal. Ahora bien, mientras los iusnaturalistas realizaron este intento mediante el discurso filosófico, los formalistas del positivismo lo hicieron con el procedimiento racionalista-deductivo, al comentar y explicar exegéticamente *Las Pandectas*. Bernardo Windscheid (1817-1892), pandectista alemán, es el más representativo de esta corriente sistemático-lógica del Derecho positivo.

El afán de elaborar una ciencia del Derecho originó el estudio y la definición de los conceptos generales que se manejan y que integran todo ordenamiento jurídico, naciendo así la llamada jurisprudencia de conceptos, cuya finalidad consistió en extractar los

distintos conceptos que integran el Derecho, definiendo también los rasgos diferenciadores del mismo, respecto de otras disciplinas afines. El concepto capital de negocio jurídico, el carácter definitorio y diferenciador del Derecho, o sea, su imperatividad, la estructura interna de la norma jurídica como hipótesis lógica en la que a una determinada situación le corresponde otra determinada consecuencia o sanción, la reducción del Derecho a la normativa emanada del Estado o la llamada estatualidad del Derecho, etc., son lo más significativo de las elaboraciones doctrinales de la jurisprudencia de conceptos, que también fue denominada dogmática jurídica.

La *Teoría General del Derecho*, en su versión radical, está representada por la corriente jurídica alemana que, iniciada por Adolfo Merkel (1836-1896), se continúa en B. Windscheid, Carlos Federico von Gerber (1823-1891), Jorge Jellinek (1851-1911), Otto Mayer (1845-1924), Ernesto Zitelmann (1825-1923) y el mismo Rudolf von Ihering, en su primera época. Esta corriente positivista intentó determinar y sistematizar los fundamentales conceptos jurídicos, analizando o sintetizando teóricamente las diferentes ramas del derecho positivo. Frente a este método germánico puede citarse también la analytical jurisprudence de John Austin (1790-1859), como todo método positivista de elaboración de una teoría general del Derecho, caracterizado por unir algunas instituciones y principios, comunes a varios ordenamientos jurídicos, con esos conceptos generales que se habían extraído de la observación y comparación de las distintas normas jurídicas. Pero ambas escuelas no dejan de ser, empero, sino dos formulaciones metódicas de un mismo afán positivista, elaborar una temática general del Derecho, refiriéndose a los derechos positivos exclusivamente y prescindiendo por completo de la filosofía del Derecho<sup>52</sup>.

## **2. REPRESENTANTES DEL IUSPOSITIVISMO**

### **2.1. Positivismo francés**

#### **2.1.1. Augusto Comte (1798-1857)**

Se ha considerado a Comte como el *fundador del Positivismo*. Estudió en la Escuela Politécnica de París. Vivió con estrechez económica, que fue causa de disgustos domésticos. En el ocaso de su vida tenía perturbadas sus facultades mentales.

Sus obras principales: *Opúsculos, Curso de Filosofía Positivista, Sistema de Política Positivista, o Tratado de Sociología*, instituyendo la *Religión de la Humanidad*.

### **Doctrina**

#### *La Ley de los Tres Estadios*

*El espíritu humano ha pasado por tres distintos estadios: teológico, metafísico y positivo.* El *teológico*, en el que el hombre explica los acontecimientos recurriendo a seres sobrenaturales. En este estadio distingue tres fases o estados: *fetichismo, politeísmo y monoteísmo*. En el primero se consideran las cosas animadas, personificadas: cada cosa es un ser vivo. En el *politeísmo* se admite una multitud de dioses con poder mágico sobre los seres y los acontecimientos. En el *monoteísmo*, es un solo Dios que asume todos los poderes. En el *estadio teológico* el órgano de conocimiento es preponderantemente la imaginación. Es el período de la infancia de la humanidad, en el que gobiernan los sacerdotes y los monarcas absolutos. El hombre por otro lado, en el *estadio metafísico*, intenta una explicación de los seres, buscándola en entidades abstractas absolutas. Es la época de las grandes construcciones racionalistas y abstractas, y el gran dios es la naturaleza. Es el tiempo del gobierno de los juristas y el exacerbado nacionalismo fundamentado en la soberanía popular. Y por último, el *estadio positivo* se caracteriza porque el hombre se atiene a los hechos e intenta explicarlo conociendo sus leyes. Este es el estadio definitivo al que ha llegado la humanidad, hay un gran desarrollo de las ciencias y progreso de la industria. Se logra la unidad de los espíritus y se establece, finalmente, la *Religión de la Humanidad*.

#### *El espíritu positivo*

Está conforme con la experiencia y se abstiene de buscar, o las causas o principios de las cosas, y las entidades abstractas y



absolutas, de lo que huye. Todo es relativo a nuestros órganos de conocimiento.

### *Sociología*

Se le ha considerado como un fundador de esta disciplina que llamó primero *Física Social*. Tiene por objeto la sociedad, la humanidad colectiva, su organización y las leyes de su desarrollo. El método es positivo también: *La Sociología es ciencia positiva, no Filosofía*. En la sociedad, de igual modo que en la Historia, se dan tres etapas; en la primera domina el *militarismo*; en la segunda, los *juristas* y en la tercera, en la etapa positiva, prevalece *lo industrial y lo económico*.

### *Clasificación de las ciencias*

Procura arreglar las ciencias agrupadas por parejas, lo cual tiene por objeto representar el orden de entrada de las ciencias en el estado positivo, procediendo de la menos a la más compleja y cada miembro de la clasificación necesita de los anteriores: *Matemática-Astronomía; Física-Química; Biología-Sociología*. La Filosofía no aparece ya que no tiene objeto en atención a que las ciencias particulares se distribuyan exhaustivamente la totalidad de los objetos existentes. La Psicología, según Comte, es imposible.

### *La religión de la humanidad*

Estableció la religión de la humanidad como *Gran Ser*, que es el fin del individuo. Junto al Gran Ser pone el *Gran Medio* y el *Gran Fetiche*. Al primero habrá de rendirle culto público y privado. Ideó Comte una organización de la religión de la humanidad, con su iglesia y sus sacerdotes, sus *sacramentos*, y sus ritos, con sus santos y su calendario litúrgico, en el que cada día es consagrado a un bienhechor de la humanidad. Las mujeres son *los ángeles tutelares*<sup>53</sup>.

#### **2.1.2. Francisco Geny (1871-1938)**

Francisco Geny, notable jurista francés, vivió inmerso en el ambiente del formalismo jurídico, que no compartía, al que seguían los partidarios de la llamada *Escuela de la Exégesis*, nacida a partir de

la publicación del Código de Napoleón (1804). La escuela de la exégesis fue una versión francesa del positivismo jurídico.

Bonnecase, en su obra *La Escuela de la Exégesis en el Derecho Civil*, expone los caracteres de esta corriente jurídica señalando, entre otros: el exagerado culto que tributaba al texto de la ley por considerarla expresión manifiesta del Derecho; la tendencia de los exegetas del *Code* a interpretar subjetivamente el Derecho, indagando *el espíritu del legislador* a través de los antecedentes históricos de las leyes y del estudio de sus preámbulos, incluso, a través de la jurisprudencia, pues para interpretar y aplicar correctamente el Derecho se debe pensar y querer como pensó y quiso el autor de la ley; la imposibilidad de considerar, una vez publicado el Código, otro ordenamiento jurídico más completo posible, por lo que al jurista no le cabe otra alternativa que ceñirse lo más estrictamente posible a él; inexistencia de otro Derecho que el contenido en la ley que es creación, exclusivamente, del Estado, pues la equidad, incluso cuando es aplicada por los jueces, significa una facultad delegada por la ley estatal; la inoperancia de los principios del derecho natural, lo que no significa que fuesen negados, están supuestamente subsumidos en la forma escrita de las leyes, quedando así vetados al posible uso y aplicación por los jurisconsultos y comentaristas<sup>54</sup>.

Geny desarrolló su pensamiento, muy cercano al derecho libre, en *Méthode et Sources en Droit Privé Positif* (1899) y *Science et Technique en Droit Privé Positif* (1914). Frente a la concepción exegetica, Geny sostenía que el Derecho Positivo era insuficiente como fuente formal del Derecho, ya que la ley escrita no podía por sí misma, solucionar todas las situaciones jurídicas, siendo necesario recurrir *a la naturaleza de las cosas* para interpretar adecuadamente el Derecho. El Derecho Positivo no es una ciencia sino una *técnica*. La ciencia del Derecho es la elaboración racional de las reglas jurídicas y de las normas de conducta, extraídas ambas, analítica y deductivamente, de lo que nos ha sido *dado*. Lo dado se opone así a lo *elaborado*. La ciencia jurídica no es la técnica jurídica o Derecho. La ciencia del Derecho toma como materia prima, u objeto de su investigación, las realidades sociales y la vida misma donde, espontáneamente, rigen

unos criterios o formas de moralidad, de conveniencia y utilidad, naturales a las cosas, apropiados a las realidades objetivas mismas. De las cosas, de todas esas, de todas *esas realidades dadas*, consideradas de un modo global e interconexo, la ciencia jurídica, sin grandes artificios, extrae razonadamente las reglas jurídicas y los preceptos de conducta que deben figurar entre los elementos constitutivos del Derecho positivo.

*La naturaleza de las cosas, como noción imprecisa y fecunda, se refiere a una clase de Derecho común, general en cuanto a su naturaleza, subsidiario en cuanto a su función, que suple las lagunas de las fuentes formales y dirige todo el movimiento de la vida jurídica* (Guido Fasso).

Geny califica como derecho natural a esos principios operativos, extraídos racionalmente de la naturaleza de las cosas que tenemos como *dadas*. Ahora bien, apunta expresamente que si se les pretende conferir validez universal, rigidez e inmutabilidad, pierden su eficacia jurídica informadora. Los principios jurídicos y las normas de conducta, que se hallan inmanentes en las realidades *dadas*, deben conservar su posibilidad de variación y movilidad, como corresponde a todo lo contingente, para poder informar adecuadamente al Derecho y preparar las bases *profundas* de la organización jurídica.

En Geny subyace este iusnaturalismo, no clásico, que niega a la ley escrita el carácter de fuente última del Derecho. La influencia de Geny, como intérprete de una metodología para la ciencia jurídica y opuesto al formalismo legal, fue notable en Europa y los Estados Unidos de América<sup>55</sup>.

## **2.2. Positivismo inglés**

Se ha señalado como rasgos característicos de este positivismo: 1) su conexión con el empirismo tradicional inglés; 2) el predominio de los problemas éticos, que lo harán desembocar en el utilitarismo y más tarde en el pragmatismo; 3) el interés por las cuestiones lógicas; 4) su derivación hacia las teorías evolucionistas.

### **2.2.1. John Stuart Mill (1806-1873)**

Su obra fundamental se titula: *Sistema de lógica deductiva e inductiva*. Elabora este autor en conexión con la historia de la filosofía inglesa, el empirismo asociacionista. Considera la cosa en sí como posibilidad permanente de sensaciones. La realidad externa es la posibilidad permanente de sensaciones externas: la realidad del yo, una posibilidad permanente de sentimiento. Continuando en la postura del utilitarismo de *Jeremías Bentham* (1748-1832) y utilizando la psicología de la asociación transformada en ciencia positiva sobre el modelo de la química, establece que el fin de nuestras acciones es el placer, identificando lo bueno con la utilidad. La ética utilitaria no es, sin embargo, egoísta, es de un marcado carácter social y altruista, ya que su principio es la mayor felicidad del mayor número posible. Sostiene que todos los conocimientos proceden de la experiencia. No existe ningún concepto *a priori*. El único método de investigación científica es la inducción que nos lleva al descubrimiento de nuevas verdades. El silogismo no tiene validez. *Sintetiza los métodos experimentales de investigación que reduce a cuatro: método de concordancia, método de diferencia, método de variaciones concomitantes y método de residuos.*

### **2.2.2. Heriberto Spencer (1820-1903)**

Su obra principal *Sistema de Filosofía Sintética*, que en sus diez partes examina la biología, la psicología, la sociología y la ética. Basa su filosofía en la experiencia, tomando como principio rector la universalización del concepto de evolución, que aplica a la realidad material y espiritual, conocimiento y moralidad. La evolución es el paso de lo homogéneo e indiferenciado a lo heterogéneo y diferenciado. En la corriente del devenir, de la evolución, hay dos procesos: el de *diferenciación* y el de *integración*. Más allá de la experiencia, de la realidad, está lo incognoscible, lo *absoluto*, fundamento último del mundo. Solo es cognoscible la corriente de la evolución que de él brota. Se propone descubrir esta corriente en su marcha general.

### **2.2.3. Carlos Darwin (1808-1882)**

Autor de la *Teoría Biológica de la Evolución*, que trata en sus dos principales obras: *El origen de las especies mediante la selección natural* y

*El Origen del Hombre*. Critica la teoría de la fijeza de las especies de Linneo, y establece como un hecho la transformación de unas especies en otras. La evolución biológica obedece a dos principios: *la lucha por la existencia y la adaptación al medio*. Por el primero sobreviven los más fuertes y sucumben los más débiles. La lucha y la adaptación determinan una selección natural por la que las especies se transforman continua y progresivamente, desapareciendo algunas y constituyéndose otras con nuevos caracteres<sup>56</sup>.

### **2.3. Positivismo alemán**

#### **2.3.1. Luis Feuerbach (1804-1872)**

Afirma que el desenvolvimiento del espíritu es el resultado de la lucha de la actividad humana estimulada por las necesidades contra la resistencia de la naturaleza. Todas las ideas son producto de una necesidad. Dios mismo es una idea creada por el hombre, según el ideal de sus propias necesidades. Solo existe la naturaleza que es eterna y se explica por sí misma. Recurrir a Dios para explicar la naturaleza es una pretensión de aclarar lo natural por lo innatural, lo existente por lo inexistente, lo concebible por lo inconcebible<sup>57</sup>.

#### **2.3.2. Rudolf von Ihering (1818-1892)**

La obra de esta importante jurista, que fue uno de los principales teóricos de la jurisprudencia de conceptos, experimentó una evolución muy significativa hacia la jurisprudencia de intereses. Sus escritos son un reflejo de ello.

De su primera época, la del Ihering dogmático, la obra más representativa es *El Espíritu del Derecho Romano* (1852-1865), y su artículo *Nuestro Propósito* (1857) para anunciar la creación, junto con Gerber, de los *Anales para la dogmática del Derecho privado romano y alemán actuales*. Esta primera época del Ihering, de plena militancia dogmática, considera que el objeto esencial de la ciencia jurídica consiste en elaborar los conceptos sobre el Derecho, utilizando el método lógico deductivo. Todos estos conceptos y principios, que inspiran a los ordenamientos jurídicos, han de servir para la creación y formulación de las leyes, pues, conjuntándolos y relacionándolos entre sí metodológicamente, surge la elaboración de un cuerpo

doctrinal o ciencia del Derecho que se utilice como teoría general, a modo de filosofía jurídica, inspiradora de las normas positivas.

Cuando rondaba los cincuenta años, Ihering se apercibió de que la ciencia jurídica positivista, que él había cultivado e impulsado, adolecía de un grave defecto metodológico: el de suponer que las instituciones y los conceptos jurídicos fuesen la materia prima de la lógica jurídica, al elaborar desde ellos la creación de las normas positivas, ignorando que el Derecho es una realidad sociológica que requiere justificarse históricamente, que tiene una finalidad práctica y un trasfondo ético.

El paso de esta época formalista a otra, muy cercana al historicismo sociológico, cambio vivido intensamente Ihering, es la expresión de la evolución que experimentaban las ideas desde la jurisprudencia de conceptos hacia la jurisprudencia de intereses, situando al Derecho en la misma realidad social de la que nace y es un fenómeno más. *El Fin del Derecho* (1877-1883), obra de madurez y de título suficientemente expresivo, constituye la difusión escrita de este cambio conceptual sobre la naturaleza y funciones del Derecho. Todo Derecho tiene un fin, toda norma pretende conseguir una finalidad. Este fin o finalidad, no es el sentido Teleológico del autor de la ley sino la pretensión ínsita en la norma, que nace para solucionar una demanda o necesidad realmente pedida por la sociedad. Por lo cual, el Derecho es la tutela, protección y regulación de los valores sociales, llevada a la práctica coactivamente por el Estado, única institución capaz de utilizar la fuerza, en grado suficiente, para ello. Ihering es, en su segunda fase intelectual, más positivo, aún si cabe, que en la primera. Porque el Derecho, para él, es el emanado del Estado que lo impone impulsivamente por la fuerza física. De su segunda época, son también las obras *Jurisprudencia en broma y en serio* (1884), *La voluntad en la posesión* (1889) y *La lucha por el Derecho* (1872). En esta última, resalta la naturaleza del Derecho como un constante resultado de esa lucha entre lo justo e injusto sociales, porque la idea de justicia y moralidad debe presidir siempre la realización e interpretación del Derecho.

Cuando el hombre lucha por su Derecho se realiza como hombre, con lo que el Ihering también intuye, ante el Derecho, la necesidad de mantener una actitud moral de salvaguarda de unos valores, que no siempre son intereses físicos, matización esta que se aleja del practicismo y utilitarismo que se le ha achacado, no sin razón, y que es una manifestación más de ese carácter contradictorio que fue Ihering.

El concepto del Derecho que Ihering ofreció tiene, en mi opinión, la valía de exigir, para todo ordenamiento jurídico, el mantenimiento de su formulación lógica con la que garantizar la seguridad y certeza del Derecho, si bien, utilizada sobre las, nunca estables, aspiraciones de la sociedad, de la que nace y a la que sirve, ya que no es el Derecho, una finalidad en sí mismo. La rectificación, no por tardía menos consciente, de este honesto pensador alentó una corriente de opinión, hoy vigorosa, que propugna para el Derecho una creciente y vigilante humanización, por ser el más eficaz de los medios con que desterrar las injusticias en toda comunidad política<sup>58</sup>.

### **2.3.3. Otto von Gierke (1841-1921)**

En su obra *El Derecho Alemán de las Corporaciones* (1868-1881), Gierke se configura como un ilustre historiador del Derecho y destacado germanista que estudió detenidamente la estructura corporativa del Derecho alemán y la configuración social y política de la Alemania medieval, integrada sectorialmente en comunidades clasistas cada una con su propia vida y conciencia jurídica.

Toda comunidad, expone, tiene reglas o costumbres jurídicas de profunda raigambre popular. Este derecho inmanente en la conciencia social de los pueblos es prioritario y más importante que cualquier otra formulación o modelo jurídico positivo. Gierke concebía el Derecho como una manifestación de la vida comunitaria de donde le provenía, algo así como, una *fuerza exterior* de carácter sociológico, que está por encima de la fuerza externa con que el Estado impulsa el Derecho. El Derecho, nacido así de la vida íntima y ordinaria de las pequeñas comunidades, es para Gierke el genuino Derecho; de aquí su oposición al positivismo jurídico que no



concebía más Derecho que el emanado del poder soberano del Estado.

El Derecho positivo ha de ser la expresión de esa conciencia o vivencia social del Derecho. El método propuesto por este autor para la formulación y positivación jurídica es el buceo histórico y sociológico, con el fin de descubrir las esencias, las íntimas vivencias de los ideales de justicia que posee cada comunidad política, para después ser plasmadas en normas positivas, por quien detente la titularidad de las *vías impulsivas* en la comunidad: el Estado.

La postura antiformalista de Gierke no pertenece a una idea de derecho libre, como la de otros juristas ya estudiados. Él es un pensador desconectado de las corrientes dogmático-formalistas que, por significarse como contrario a ellas, es incluido en este epígrafe del programa.

La idea del Derecho, esa vivencia del Derecho que es propia y genuina de las comunidades naturales, independientemente de las normas positivas por las que puedan regirse, es llamada Derecho natural por Gierke, quien le asigna prioridad en el tiempo y en el espacio sobre el Derecho positivo emanado de la autoridad del Estado, Gierke no rechaza la positivación del Derecho, ni duda en atribuir esta competencia al Estado, por ser titular y detentador de la coacción física. Sin embargo, asigna a las normas positivas el venir fundamentadas racionalistamente, porque son, viene a decir, propuestas de la razón, que delimitan al ejecutor del Derecho los extremos que no puede sobrepasar en sus decisiones al ordenar justamente la vida.

Gierke, pues, vino a significar una oposición sociológica a las ideas del derecho libre, dada su explicación historicista de la sociedad y del Derecho<sup>59</sup>.

## **2.4. Positivismo italiano**

**Norberto Bobbio**



El profesor Bobbio juzga que para caracterizar correctamente la posición conocida con el nombre de positivismo jurídico hay que distinguir tres aspectos en la presentación histórica de tal postura :

- El positivismo jurídico es, en primer término, una manera especial de abocarse al estudio del derecho.

- En segundo lugar, representa una concepción específica de este último.

- En tercer término, constituye una ideología sui generis de la justicia.

Entre estos aspectos no existe, según el maestro italiano, una relación de índole necesaria (ni en el sentido lógico ni en el causal). Como manera de abocarse al estudio del derecho no implica, ineludiblemente, la concepción doctrinal que solemos denominar positivismo jurídico, ni esta se halla, a fortiori, ligada a la ideología de la justicia comúnmente atribuida a los sostenedores de la doctrina positivista.

Examinemos, por su orden, cada uno de los tres aspectos enumerados:

En el primero, es decir, en el que el positivismo asume como manera especial de abocarse al estudio del derecho, tal postura presupone una rigurosa distinción entre *derecho real o existente* y *derecho ideal*; o, para decirlo de otro modo, entre derecho como hecho y como valor, o entre *derecho que es* y *derecho que debiera ser*.

De acuerdo con la primera acepción del término positivismo jurídico, *positivista* es el que adopta, frente al derecho, una actitud no valorada, o estimativa, y para distinguir un precepto jurídico de otro no jurídico se basa, exclusivamente, en datos verificables (por ejemplo, el de que los preceptos de la primera especie provenga de determinados *órganos* que al formularlos, se ajustan a procedimientos preestablecidos, y el de que esas normas sean efectivamente observadas, durante cierto tiempo, por determinado grupo social). La mentalidad positivista, asevera Bobbio, no incluye en la

definición del derecho consideraciones de tipo teleológico, como la de que este, para ser tal, deba realizar la justicia, la libertad o el bien común. Precisamente por ello no escatima el calificativo de jurídicos a preceptos que habiendo sido creados por órganos competentes, en la forma legalmente prescrita, no realizan, empero, tales o cuales ideales de justicia, de libertad o de común beneficio.

Si el marbete *Derecho positivo* se aplica al orden vigente en determinada sociedad, es decir, al conjunto de preceptos creados de acuerdo con reglas preestablecidas, que son comúnmente cumplidos por los particulares o aplicados por los órganos jurisdiccionales, aquella designación puede referirse a *toda teoría del derecho que parta del supuesto de que el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, lo que no implica la tesis de que este último sea el único que existe*. El positivista, en la esfera jurídica, no desconoce necesariamente que haya un derecho ideal, oriundo de la naturaleza o de la razón; simplemente niega que sea *Derecho* en el mismo sentido que el positivo.

Un segundo aspecto del positivismo jurídico es el que éste presenta como teoría. Para Bobbio se trata de la concepción doctrinal que liga el Derecho a la formación de un poder soberano, capaz de establecer y aplicar sanciones: el Estado. Desde el punto de vista histórico, aquella concepción refleja, en la formación del Estado moderno, el complejo fenómeno del monopolio, de parte de la comunidad política, del poder de producción jurídica. Para Bobbio, la mejor caracterización de tal proceso es la ofrecida por Ehrlich en su libro *La Lógica Jurídica*, que apareció en 1918. En el sentir de Ehrlich, el método tradicional de los juristas, contra el cual el propio Ehrlich dirige sus dardos, descansa en tres principios: 1) toda decisión judicial presupone la existencia de los preceptos que aplica; 2) tales preceptos son formulados por el Estado; 3) el conjunto de los que el poder político crea y hace cumplir constituyen una unidad.

A esta segunda faceta del positivismo jurídico, esto es, al principio de la estatalidad del derecho, suelen enlazarse una serie de notas, en las que se cree residen otras tantas características de aquella

concepción doctrinal. Trátase, explica Bobbio, de las cinco siguientes: 1) relativamente a la definición del derecho, la teoría de la coactividad, que por derecho entiende un sistema de normas que se hacen valer por medio de la fuerza o que reglamentan el uso de esta dentro de un conglomerado social; 2) en lo que atañe al concepto de norma jurídica, el aserto de que los preceptos del derecho tienen el carácter de mandatos; 3) en conexión con la doctrina de las fuentes formales, la tesis de la supremacía de la legislación; 4) acerca del orden jurídico como un todo, la idea de que forma un sistema que posee el atributo de la integridad, es decir, de la ausencia de lagunas y, en forma subordinada, el de la coherencia, que excluye las antinomias; 5) en cuanto al método de la ciencia jurídica y de la doctrina interpretativa, la concepción de la actividad del jurista y del juez como tarea esencialmente lógica y, de manera especial, la consideración de la ciencia del derecho como simple hermenéutica (Escuela francesa de la Exégesis) o como ciencia dogmática (Escuela de los pandectistas alemanes).

El tercer aspecto es, para Bobbio, de naturaleza ideológica. Como ideología, el positivismo jurídico consiste en atribuir al derecho que es, por el solo hecho de existir, un valor positivo, independientemente de cualquiera consideración en torno de su eventual correspondencia a un orden justo o ideal. La atribución, al vigente, de aquel valor, suele derivar de dos diversos tipos de argumentación: 1) el Derecho positivo, por el simple hecho de su positividad, esto es, de emanar de una voluntad soberana, es justo, lo que equivale a sostener que el criterio acerca de su justicia o injusticia coincide con el relativo a su validez o invalidez; 2) como conjunto de normas creadas o impuestas por el poder que tiene el monopolio de la fuerza en una determinada sociedad, ese derecho sirve, por el mero hecho de existir, independientemente del valor material de sus normas, a la realización de una serie de fines socialmente valiosos, como el orden, la paz, la seguridad y la justicia legal.

Bobbio pretende que de estos argumentos se infiere que las disposiciones integrantes del orden positivo deben ser obedecidas

por sí mismas o, expresado en otra forma, que su acatamiento es un deber moral, interno o de conciencia, que emana del respeto a las leyes vigentes y no del temor a sus sanciones.

El paso de la teoría a la ideología del positivismo jurídico - escribe- es el tránsito de la comprobación de un hecho a una valoración favorable del mismo: el sistema en vigor no es ya exclusivamente descrito e interpretado en forma objetiva, sino que se le acredita como un buen sistema o, abiertamente, como el mejor de todos. El efecto de este tránsito es la transformación del positivismo de teoría del Derecho en teoría de la justicia, esto es, en doctrina que no quiere ya indicar qué es, en el plano práctico, el derecho, sino recomendar lo que , en el axiológico, considera justo.

Cómo se pueden distinguir, según Bobbio, los tres aspectos del positivismo jurídico.

Como forma de abocarse al estudio del derecho, la postura de que estamos hablando se basa en un juicio de oportunidad o conveniencia, que cabría formular así: *Partir del derecho que es, más que del que debe ser, es algo que cumple mejor la finalidad principal de la ciencia jurídica, o sea, brindar esquemas de decisión a los órganos jurisdiccionales y construir el sistema del orden vigente.* Este juicio descansa en el dato histórico de que el derecho que los tribunales aplican es un conjunto de reglas de conducta cuya validez no proviene de un derecho ideal, sino de que tales reglas son puestas por cierta autoridad y efectivamente observadas por quienes deben aplicarlas.

En cuanto al positivismo jurídico como teoría, su fundamento reside en una serie de juicios de orden empírico, y tal fundamento puede resumirse con las siguientes palabras: *Es fácticamente cierto que el derecho vigente es un conjunto de reglas de conducta que, en forma directa o indirecta, son formuladas y hechas valer por el Estado.*

Por último, como ideología, el positivismo jurídico descansa en la siguiente actitud estimativa: *Habida cuenta de la forma en que el Derecho es establecido e impuesto, y del fin a que sirve, sea cual fuere su*

*contenido, tiene por sí mismo valor positivo, y sus prescripciones deben ser incondicionalmente acatadas*<sup>60</sup>.

## **2.5. Escuela Sociológica del Derecho en los Estados Unidos**

En un principio era la concepción iusnaturalista la que dominaba en Estados Unidos. El *Common Law* considerado como un sistema racional, debía contener todas las reglas para la solución de los casos concretos. El papel del juez era deductivo, una demostración del Derecho. *La Declaración de Independencia de 1776 y la Constitución de Estados Unidos*, consagran principios iusnaturalistas. Según la opinión norteamericana *el juez es el protector y guardián del Derecho natural e intérprete de sus principios y postulados*.

### **2.5.1. Roscoe Pound (1870-1964)**

Contra esta posición argumenta la *Escuela Sociológica* de la que es digno representante Roscoe Pound.

No acepta que en el Derecho haya principios eternos e inmutables. El Derecho debe ser juzgado por métodos experimentales. *El Derecho es fluido y cambia cuando cambian las condiciones sociales a las que debe su vida. La verdad de sus principios es relativa no absoluta*. Señala el fin y el propósito del Derecho, no su naturaleza. *La Jurisprudencia es una ciencia de ingeniería social, que se ocupa de aquella parte del campo total (de los asuntos humanos) en la que pueden lograr resultados mediante la ordenación de las relaciones humanas por la acción de la sociedad política organizada*<sup>61</sup>. Así pues el Derecho ha de ser un instrumento para mejorar el orden social y económico por medio de un esfuerzo consciente de la sociedad organizada. Es un instrumento de la civilización como pensaba Kohler: procurar la elevación de los poderes humanos a su mayor desarrollo y al máximo de control humano sobre la naturaleza externa e interna, es la meta de la civilización para Pound.

El *orden jurídico* se ocupa de intereses, aspiraciones y pretensiones, antes que de derechos, que no son sino un medio para la satisfacción de los primeros.

Considera al Derecho como *una institución social para satisfacer necesidades sociales; las pretensiones y demandas implícitas de la existencia de la sociedad civilizada logrando lo más posible con el mínimo de sacrificio, en tanto cuanto pueden ser satisfechas tales necesidades o realizadas tales pretensiones, mediante una ordenación de la conducta humana, a través de una sociedad política organizada*<sup>62</sup>. El principio que guía la Filosofía ética es satisfacer en todo momento a tantas demandas como sea posible. *La justicia se puede lograr con o sin el Derecho. La justicia, según el Derecho, significa una administración judicial con arreglo a patrones fijos que los individuos pueden conocer con anterioridad a la controversia y con arreglo a los cuales todos pueden estar razonablemente seguros de recibir un trato igual.* Cuando la justicia se realiza sin el Derecho, aquella es administrada según la voluntad o intuición de un individuo que, al tomar la decisión *tiene una gran libertad discrecional y no está obligado a observar reglas fijas, generales y técnicas.* Se puede reconocer que *la primera justicia es propiamente judicial, en tanto que la segunda tiene un carácter más bien administrativo.* En la historia del Derecho se ha hecho patente una oscilación entre la fijeza y la discreción cada vez más amplia. *El problema del futuro consiste en lograr un equilibrio viable entre el elemento judicial y el administrativo.*

La *Escuela Sociológica estadounidense* ha reaccionado contra la esterilidad y formalismo de la llamada *jurisprudencia analítica*. El Derecho no puede ser comprendido sin tomar en cuenta los hechos y realidades de la vida social. Frente a la autosuficiencia del orden jurídico oponen *la colaboración con espíritu de equipo (team work)* con las demás ciencias sociales. No es por un mero razonamiento lógico como se ha de dictar la resolución judicial, es menester que el juez tenga conocimiento íntimo de los factores sociales y económicos que modelan al Derecho y lo determinan.

#### **2.5.2. Oliver Wendell Holmes (1841-1936)**

Copiamos un párrafo de este eximio juez norteamericano que sintetiza su profundo pensamiento de su obra *The Common Law* (1881): *La vida del Derecho no ha sido la lógica, sino la experiencia. Las necesidades sentidas en la época, las teorías políticas y morales predominantes, las intuiciones acerca del interés público -confesadas o*

inconscientes-, incluso los prejuicios que los jueces comparten con sus conciudadanos, ha tenido mucha más influencia que el silogismo en la determinación de las normas por las cuales debían ser gobernados los hombres. El Derecho encarna la historia del desarrollo de una nación a lo largo de muchos siglos y no puede tratársele como si contuviera únicamente los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas. Para saber lo que es el Derecho, es preciso saber lo que ha sido y lo que tiende a devenir. Hay que consultar alternativamente la historia y las teorías jurídicas existentes. Pero la labor más difícil será la de comprender la combinación de ambas en nuevos productos en cada una de las etapas. Solo un juez jurista que conozca los aspectos más remotos y generales, estará en situación de llenar adecuadamente las funciones sociales que le competen<sup>63</sup>.

### **2.5.3. Benjamín N. Cardozo (1870-1938)**

La sentencia no es sólo un proceso de descubrimiento, sino también un proceso de creación, en gran parte. Esta acción creadora es indispensable cuando se requiere la adecuación de una regla o principio a las combinaciones cambiantes de acontecimientos. *El juez interpreta la conciencia social y le da realidad en el Derecho, pero al hacerlo contribuye a formar y modificar la conciencia que interpreta.*

La lógica en la aplicación tiene un papel secundario. El juez tiene que tener en cuenta y valorar las diversas posibilidades. *Esta elección se verá influida necesariamente por instintos heredados, creencias tradicionales y convicciones adquiridas por su idea general de la vida y su concepción de las necesidades sociales*<sup>64</sup>.

### **2.5.4. Movimiento realista jurídico norteamericano**

No es propiamente una escuela, al no tener ni un credo ni programa común.

Se califican a sí mismos *jurídicos realistas (legal realistic)*. Su método es lo que los unifica.

Tienen como puntos de contacto que:

- Investigan y estudian el derecho de los tribunales, no solo judiciales sino también administrativos. *Los juristas realistas*

*consideran principalmente el Derecho desde el punto de vista del abogado en ejercicio o del educador, cuya misión es formar a los abogados.*

- El Derecho más que un conjunto de normas, es un cuerpo de decisiones. Los juristas deben dirigir su atención a otros factores del procedimiento judicial *subrayan enfáticamente la importancia del elemento humano en el proceso judicial, los prejuicios, instintos heredados, opiniones, debilidades, cualidades de carácter y bagaje cultural de los jueces.*

#### **2.5.5. Karl N. Llewellyn (1893-1962)**

Debe atenderse de una manera fundamental al estudio de la conducta real de los jueces, y no tanto a las normas substantivas que tienen menos importancia, que no son sino un factor entre varios de los que intervienen al resolverse un asunto por los jueces.

Debe destacarse asimismo su libro *The Constitution as an Institution* (1934, Columbia Law Review, volumen 34).

#### **2.5.6. Jerome Frank (1889-1957)**

Sostiene que las resoluciones de los jueces se encuentran determinadas muchas veces por las dietas del juez, sus preferencias y aborrecimientos personales, sus prejuicios y sus estados de ánimo.

Concibe el derecho como el mandato o decisión de un juez soberano.

*Nadie conoce el derecho relativo a ningún asunto o situación, transacción o acontecimiento dados hasta que ha habido una decisión específica al respecto.* La sentencia de un tribunal es algo muy inseguro e impredecible. La libre discreción judicial es la esencia del aspecto creador del Derecho. Solo hasta cuando el juez decide es hasta cuando podrá decirse que haya una norma jurídica. Lo demás es mera suposición. *El Derecho es una sentencia anterior específica o una suposición de cuál puede ser una sentencia futura.*

Consideran estos juristas como su *padre espiritual* a Holmes, por un discurso que dijo en la Universidad de Boston al afirmar: *Lo que entiendo por Derecho son las profecías acerca de lo que van a hacer en realidad los tribunales y no hay nada más pretensioso que tales profecías*<sup>65</sup>.



### **2.5.7. Thurman Arnold (1891-1969)**

Subraya y analiza las fuerzas subconscientes y los elementos irracionales de la vida social humana. La Jurisprudencia *es el sueño brillante, pero frustrado, de un mundo gobernado por la razón*. El Derecho consiste en un gran número de símbolos y contradictorios ideales. Vanos son los esfuerzos de los juristas por *constituir tras de los tribunales, un cielo lógico donde se hace que los ideales contradictorios aparezcan como si fueran coherentes*. Piensa que talvés algún día se acepte la experimentación como fuente de conocimiento y se confíe en la pericia personal de los jueces como con los médicos, pueda la ciencia del Derecho ser sencilla.

### **2.5.8. La Sociología del Derecho de N. S. Timasheff (1866-1970)**

Verdaderamente interesante es la postura sustentada por este autor que entiende el Derecho como *una combinación de poder y ética*. *El poder es la imposición de patrones de conducta mediante la dominación*. *La ética es la realización de patrones mediante la convicción del grupo*. Pueden, sin embargo, existir separados ya que son fenómenos independientes, aun cuando las más de las veces, coexisten.

Entiende el Derecho como *coordinación ético-imperativa*, ya que en el Derecho se combinan la convicción del grupo y la actividad del poder *con objeto de asegurar la realización de determinados patrones de conducta*<sup>66</sup>.

# LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

## **La Teoría Pura del Derecho**

*Ninguna rama de la ciencia vive sin respirar Filosofía,  
pero esta necesidad es sentida en el Derecho  
más que en cualquiera otra...*

*A medida que se avanza por el camino de la  
Jurisprudencia, el problema de la meta jurídica revela  
más y más su importancia decisiva;  
el jurista se convence cada vez más de que si no sabe  
sino Derecho, en realidad no conoce ni el mismo Derecho.*

**Francesco Carnelutti**

## 1. INTRODUCCIÓN

La *Teoría Pura del Derecho* surge como una contrapropuesta al Derecho natural, sin renunciarlo en algunos aspectos, pero básicamente se considera como parte del positivismo; de ahí que debería incluirse esta corriente jurídica dentro del iuspositivismo, pero para facilitar su comprensión ubicamos a esta teoría en un capítulo aparte.

El padre de esta teoría es Hans Kelsen (1881-1973) expuesta en su ensayo filosófico-jurídico que lleva el nombre de *La Idea del Derecho Natural*.

La *Teoría Pura del Derecho* de Hans Kelsen es una mezcla de formalismo neo-kantiano y de positivismo. Toma del formalismo la distinción gnoseológica radical entre ser y deber ser, y del positivismo la limitación de la ciencia del Derecho al Derecho positivo y la reducción de la Filosofía Jurídica a *teoría general del Derecho*. Para comprender la teoría pura del Derecho en particular y la producción jurídica, política y sociológica de Kelsen, en general, no hay que pasar por alto esta doble inspiración de su metodología.

La *teoría pura del Derecho*, dice Kelsen, es una *teoría del Derecho positivo*. Se clasifica como *teoría pura* porque elimina de la ciencia del Derecho todo lo que no es Derecho, v. gr.: la Biología, la Psicología, la Sociología, la Ética y las ideologías políticas. En la exigencia de *pureza metódica*, Kelsen no hace otra cosa que llevar a sus últimas consecuencias algunos principios racionalistas y positivistas. Hugo Grocio, aunque sea a título de hipótesis, desconectó el Derecho de la Teología; John Austin y Bentham lo separaron tajantemente de la Ética; Kelsen lo purga de elementos psicológicos, biológicos y políticos. Y se define como *teoría del Derecho positivo* porque no reconoce otro Derecho fuera del Derecho positivo, del Derecho dado en la experiencia histórica y social<sup>67</sup>.

## 2. ANÁLISIS DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

Kelsen comienza su análisis estableciendo un paralelo entre el Derecho natural y el positivo; señala que ambos se distinguen por su validez específica y afirma que: *La norma del Derecho natural vale en virtud de su contenido interno, porque es buena, acertada, justa; la norma del Derecho positivo, porque ha sido elaborada de una cierta manera, especial, porque ha sido establecida por un determinado hombre, que precisamente por eso tiene la consideración de autoridad. En esto reside -en relación con el Derecho natural- la positividad de un Derecho: en que ha sido legislado por la voluntad humana*<sup>68</sup>.

De esta diferencia básica deriva Kelsen importantes consecuencias: si el Derecho natural, es decir, sus normas, son buenas y justas en sí, es perfectamente evidente que no necesitarán coacción para ser cumplidas; en tanto que las del Derecho positivo, no siendo tales, necesitarán dicha coacción. Ahora bien, la forma básica tanto del Derecho natural como del Derecho positivo es la de un juicio hipotético (dada una condición, se debe una determinada consecuencia); no obstante, y de acuerdo con lo dicho anteriormente, existe una diferencia entre ambas especies de Derecho: si el Derecho positivo necesita coacción, la consecuencia establecida para una determinada condición por cada uno de los juicios hipotéticos que constituyen sus normas deberá forzosamente referirse a dos personas; una, el obligado; otra, quien deba compeler a la acción al obligado, es decir, el coactivante. En cambio, como las normas del Derecho natural son buenas y justas en sí y no precisan coacción, la consecuencia establecida para una determinada condición por los juicios hipotéticos que constituyen sus normas, deberá estatuir la conducta de una sola persona, el obligado.

¿Qué significado tiene este distingo? En las sociedades civilizadas ha dejado de tener vigencia en principio de la justicia por sí mismo; se ha preferido entregar la función judicial a un órgano especial, dotado del poder de hacer cumplir por la fuerza las normas de Derecho positivo, es decir, dotado de poder coactivo. Este órgano se ha transformado en las sociedades modernas, según el principio de la división del trabajo, en una organización coactiva específica; así, el Derecho positivo, de ordenación coactiva, pasa a ser

organización coactiva. *Esa ordenación coactiva, especialmente al ser organización coactiva, es el Estado. Y así puede también decirse que el Estado es la forma perfecta del Derecho positivo*<sup>69</sup>.

En cambio, en el Derecho natural, si la consecuencia de cada uno de los juicios hipotéticos estatuye la conducta del solo obligado, no es necesario el órgano, ni la organización coactiva ni, por lo tanto, el Estado. Así, toda idea de anarquía (ordenación no estatal y libre de coacciones), como toda idea de separar Derecho y Estado, entendiendo Derecho y Estado como dos esencias distintas, es típicamente iusnaturalista.

Ya hemos señalado que la forma básica de ambas especies de Derecho es la de un juicio hipotético (dada una condición, se debe una determinada consecuencia); esta es la llamada legalidad normativa, característica de toda ley jurídica, en contraposición a la legalidad causal (relación causa-efecto), características de las llamadas leyes de la naturaleza.

De esta manera, pues, tanto las normas naturales como las positivas señalan una determinada consecuencia como debida a una condición dada. Sin embargo, dice Kelsen, no debe ligarse el deber ser de la legalidad normativa, entendida como característica común de ambas especies de Derecho, a lo bueno y justo, porque ello solo es propio de las normas de Derecho natural. En el Derecho positivo, el deber ser, por su razón de validez específica que ya hemos señalado, se encuentra ligado solo de manera hipotético-relativa a lo bueno y justo; es decir, solo es bueno y justo lo que debe ser según el Derecho positivo, si se admite como tal una condición básica de la dictación de las leyes positivas, por ejemplo, si se admite como bueno y justo que se deban obedecer como leyes las resoluciones de una asamblea popular, también es bueno y justo lo que señalen como deber ser esas mismas leyes.

*Así como a la idea del Derecho natural corresponde la validez absoluta de sus normas, a la idea del Derecho positivo corresponde la simple validez hipotético- relativa, es decir, que sus normas solo valen bajo un supuesto, bajo la aceptación de una norma fundamental establecida por la autoridad*

*jurídica suprema, cuya validez misma no está fundada ni puede fundarse dentro de la esfera del derecho positivo*<sup>70</sup>.

Si las normas de Derecho natural tienen validez absoluta, es de su esencia que ellas sean también inmutables; todo intento de construir, al lado de este Derecho natural absoluto, otro Derecho natural relativo, la bondad de cuyas normas fuesen solo de carácter hipotético-relativo, no es más que un intento de romper la línea diferenciadora de ambos Derechos *con la intención consciente o inconsciente de justificar como Derecho natural, o como una especie de Derecho natural, el Derecho positivo siempre cambiante, de validez hipotético-relativa, esencialmente mudable en su contenido, y en continua mudanza de hecho*<sup>71</sup>.

De este paralelo entre el Derecho natural y el positivo, deduce Kelsen que existe identidad esencial entre ambos órganos jurídicos, no obstante las diferencias, más o menos periféricas, que hemos podido constatar; pero es precisamente esta identidad de fondo la que configura la problemática del Derecho natural. *Es la necesidad, dada con toda ordenación normativa, y que existe tanto para un sistema de Derecho natural como para una ordenación jurídico-positiva, de una individualización (concretización) de las normas generales (abstractas). Ahí donde hay que realizar el Derecho natural, ahí donde hay que referir inmediatamente sus normas, de igual manera que las del Derecho positivo, a los hechos reales de la vida social regulados por ellas porque han de ser aplicadas a esos hechos, ahí aparece la cuestión de si el Derecho natural puede afirmar su existencia más allá de toda positividad, de sí -con arreglo a su idea- es posible como sistema de normas diferentes e independiente del Derecho positivo, de si cabe afirmar la posibilidad del Derecho natural en cuanto tal*<sup>72</sup>.

Para Kelsen, es precisamente en la aplicación de las normas generales del Derecho natural a los actos humanos en donde se comprueba la imposibilidad de un ordenamiento jurídico natural que esté más allá de toda posibilidad, es decir, en el que no intervenga, como creadora de normas jurídicas, la voluntad humana.

Para probar su aserto, analiza las etapas de aplicación de cualquier norma jurídica, tanto de Derecho natural como de Derecho positivo. Hemos visto ya que la característica común de las normas naturales y positivas es la de ser juicios hipotéticos, en que hay una consecuencia establecida para una condición dada, por ejemplo, en Derecho natural cuando dos sujetos han pactado (condición), deben respetar lo pactado (consecuencia); en Derecho positivo, cuando alguien ha robado (condición), debe ser castigado por el juez con la privación de libertad (consecuencia). La aplicación deberá referirse, pues, tanto a la condición como a la consecuencia.

El primer acto de concretización de una norma general jurídica consiste en la constatación de que en la realidad existe un hecho que es la condición abstracta exigida por la norma general para una dada consecuencia abstracta. En ese momento se ha creado una norma particular concreta que establece para esa condición concreta (el hecho) una determinada consecuencia también concreta; *no hay aquí, como hace ver la exposición tradicional, por una parte la norma bajo la que ha de subsumirse el hecho real, y por otra parte el hecho inserto en la realidad natural, sino que entre la norma general y el hecho real se interpone la norma individual, concreta, producida en el acto de concretización que crea constitutivamente el supuesto para la realización de una concreta consecuencia, al cumplir su función relativa al acto condicionante afirmando que existe un hecho caracterizado en la norma general. Esta llamada subsunción del hecho bajo la norma general es, pues, un acto de creación jurídica, un elemento esencial del proceso en que se establece el Derecho, y por virtud del cual es precisamente Derecho positivo*<sup>23</sup>.

Hay, pues, en este primer momento de concretización, un acto de creación de Derecho, de una norma jurídica: hay también un establecimiento de Derecho, y, como todo establecimiento supone voluntad (humana), hay aquí una positivación.

El segundo acto de concretización consiste en determinar una consecuencia concreta según tiempo, lugar y contenido. En efecto, en la norma particular concreta (si se pacta por A y B, tanto A como B deben cumplir lo pactado), se ha establecido una consecuencia



concreta, pero hay varias cuestiones referentes a esa consecuencia concreta, que no se hallan esclarecidas en dicha norma; por ejemplo, si es un contrato de préstamo, puede no estar contenida en la norma la indicación del lugar y del tiempo en que debe efectuarse la devolución (debe devolverse, es lo único que dice la norma particular concreta).

Por todo ello se requiere, entonces, este segundo acto de concretización.

*A la determinación lo más completo posible de la consecuencia se une finalmente su ejecución, es decir, el cumplimiento del hecho correspondiente en la realidad*<sup>74</sup>.

Kelsen precisa que para que una norma jurídica general pueda aplicarse a un acto humano es necesario un proceso de concretización en el que hay una creación de una norma jurídica particular, pero esto es importantísimo porque significa que si el Derecho natural quiere referirse a un acto humano (y esa es la finalidad de todo Derecho) debe positivizarse, es decir, recurrir a la ayuda de un acto humano.

Ahora bien, ¿a quién corresponde realizar esta concretización? En el campo del Derecho positivo ¿corresponde al órgano a que ya hemos hecho mención?; pero, ¿y en el campo del Derecho natural? La teoría iusnaturalista señala que esa labor la realiza cada individuo separadamente. Analicemos esta respuesta. Supongamos que dos personas concluyen un pacto; según el Derecho natural esa condición (el pacto) señala como debida la consecuencia de cumplirlo, pero, ya lo hemos visto al analizar el proceso de aplicación de toda norma, alguien debe crear la norma particular concreta que estatuye ante una dada condición concreta y ese alguien, según los iusnaturalistas, debe ser cada una de las partes. ¿Y si una de ellas considera que no ha habido tal pacto?

Es evidente que no puede aceptarse este criterio, porque entonces no habría seguridad alguna en las relaciones jurídicas. Para Kelsen, el error estriba en *la idea de que las partes poseen las condiciones*

*de entendimiento y voluntad exigibles, que son perfectas. En este supuesto va incluida especialmente la idea de que los intereses de los hombres no perturban su juicio objetivo y que son aptos para conocer la verdad plena<sup>75</sup>.*

Entonces, es necesario entregar la aplicación de las normas de Derecho natural a un órgano, de la misma manera que el Derecho positivo. Esto significa, ni más ni menos, que una positivación formal, ya que la voluntad humana va a intervenir en la concreción de las normas naturales, lo que, según hemos visto, implica creación de normas jurídicas particulares.

Pero hay más; los órganos de aplicación de las normas jurídicas no pretenden, por definición, alcanzar la verdad sino, sencillamente, resolver el litigio. Ellos, procediendo con eterna buena fe, creerán acontecido un hecho que la norma general señala como condición concreta de la norma particular que crean y, en consecuencia, establecerán como debida una determinada consecuencia concreta. Si el hecho no ha acaecido en verdad, ello significa que el Derecho natural queda sin aplicación, porque él establecía una determinada consecuencia solo cuando se produjera una condición, y esta no se ha producido; su norma ha sido reemplazada por otra de Derecho positivo. La positivación del Derecho natural no es aquí simplemente formal, sino también material.

Resumiendo, en el peldaño superior de la escala está el Derecho natural en su estado general y abstracto y, en la base de ella, las acciones de los hombres que ese Derecho natural pretende regir. Para regirlos, debe verificarse una operación de aplicación.

No pueden ser los propios hombres cuyos actos deben ser regidos por el Derecho natural los llamados a aplicarlo, porque:

- No son igualmente inteligentes, buenos y sabios; no son perfectos; y
- Porque sus intereses suelen perturbar su juicio objetivo.

Luego, la labor de aplicación tendrá que hacerla un órgano (positivamente formal), que pretenderá resolver el litigio, no

alcanzar la verdad (positivación material).

Hemos analizado hasta aquí el proceso de aplicación de una norma de Derecho natural desde el punto de vista de la fijación del hecho condicionante, pero surgen dificultades semejantes también en lo que se refiere a la fijación de la consecuencia concreta; ello también requiere la intervención de un acto humano, pero las consecuencias son más graves.

En efecto, para poder determinar la consecuencia concreta debida a una determinada condición, dentro de una norma de Derecho natural, se requeriría en el órgano encargado de ello el concepto de lo justo y bueno; *pero hay que aceptar, en base de la experiencia, que la intuición de lo aceptado y justo, es decir, de la consecuencia prescrita por la ordenación jurídico-natural, que el saber sobre la conducta acertada y justa, falta a los hombres, o por lo menos a la mayoría de ellos*<sup>76</sup>. Entonces, la aplicación de esa ordenación jurídico-natural debería entregarse a la minoría que tuviera aquella intuición.

Pero esto significa también que para la mayoría de los hombres, aquellos a quienes se va a aplicar el Derecho natural, las consecuencias estatuidas como debidas por sus normas no les parecerán acertadas y justas y deberán ser compelidos a cumplirlas por la fuerza.

El órgano señalará la consecuencia concreta debida a la condición concreta que él ha establecido como acaecida en la práctica. Tal consecuencia implica un acto o una abstención de un hombre que puede no compartir la opinión del órgano y que, por tanto, tendrá que ser forzado a cumplir. Para obligarlo, el órgano tendrá que establecer una ordenación coactiva que se interpondrá entre el Derecho natural abstracto y general y el caso particular que pretendía regir.

Esta ordenación coactiva tiene un contenido de Derecho natural, aunque expresado en frase negativa: si no respetas los tratados, serás sancionado (la norma de Derecho natural general y abstracto era: si celebras un tratado, debes respetarlo), pero su forma es positiva,

como quiera que ha sido establecida por el órgano. Tal ordenación coactiva *representa una completa positivación del Derecho natural en el grado general*<sup>77</sup>.

Ahora bien, si son pocos los que tienen la intuición de lo justo y acertado no es muy difícil comprender que estos pocos tendrán grandes dificultades en su labor de aplicación de las normas del Derecho natural, ya los veamos como jueces, aplicando directamente las normas del Derecho natural o como legisladores, procurando, dar un contenido natural a la legislación positiva. El juez, por ejemplo, debe procurar ante todo resolver el litigio, y esto hará que *no entre en vigor la norma de Derecho natural puro: cuando un cierto hecho se da, debe producirse una cierta consecuencia y solo esa, sino la norma de Derecho natural aplicado: cuando ha sido fijado un cierto hecho de manera auténtica por el órgano llamado a ello, debe producirse la consecuencia determinada por ese órgano*<sup>78</sup>. En el caso del legislador, debe forzosamente aceptarse, en bien de la sociedad, que él fue el único en intuir lo justo, pues, de lo contrario, todo sería caos y confusión al verter cada uno su opinión subjetiva acerca de la justicia de una norma de Derecho positivo.

Para darnos una idea de la dificultad con que puede realizarse el Derecho natural, basta pensar, afirma Kelsen, en las infinitas veces en que no se realiza el mismo Derecho positivo en su grado general al aplicarse a casos particulares, siendo de notar que este ha sido escriturado pensando precisamente en resolver sus dificultades de aplicación, ¿por qué piensan entonces en una realización satisfactoria de un Derecho natural vago y general?

Hasta ahora hemos admitido la existencia de un orden jurídico natural; pero, si hemos comprobado que los hombres no tienen aptitud para intuir lo justo, ¿es concebible aceptar la existencia de un orden jurídico que regle relaciones entre hombres que lo ignoran? Al respecto Kelsen afirma: *la capacidad de ser justo que tienen los hombres, cuya carencia a introducir el Derecho positivo en lugar del Derecho natural, es tan solo una subjetivación de un principio objetivo de justicia, no una cualidad psíquica que pueda establecerse empíricamente; desde el punto de*

*vista psicológico no se da el contraste de justo e injusto. En el juicio de valor contenido en la afirmación de que un hombre es justo, de que tiene la aptitud o la propiedad de ser justo, se oculta la ordenación justa misma bajo una máscara psicológica. Justa es una conducta solo en tanto que corresponda a esa ordenación objetiva. Y la afirmación de que los hombres no son aptos o no lo son en modo suficiente para observar una tal conducta, de que les falta esa propiedad de la justicia, solo significa que les falta una ordenación objetiva en la que cobre expresión el principio de la justicia<sup>79</sup>.*

En conclusión Kelsen afirma que el Derecho natural, para realizarse, necesita volverse obra humana, positivizarse, y, con esto, el proceso de realización del Derecho natural suprime su idea<sup>80</sup>.

En síntesis, la crítica de Hans Kelsen señala que:

- Tanto el Derecho natural como el positivo tienen como característica común la legalidad normativa;

- La fijación del hecho condicionante exige la intervención de un órgano, aun en Derecho natural (positivación formal); este órgano, al actuar, reemplaza al Derecho natural por un Derecho positivo (positivación material);

- La fijación de la consecuencia debida también exige intervención de un órgano que debe imponer coactivamente a los obligados la consecuencia que establece como debida (positivación del Derecho natural en su grado general);

- El juez y el legislador encuentran mucha dificultad al aplicar el Derecho natural y se ven forzados a recurrir al principio de la fuerza del Derecho, en cuya virtud es preferible alcanzar la paz, resolviendo el litigio, que mantenerlo indefinidamente en busca de la justicia absoluta, que el hombre no puede captar; la realización del Derecho natural es, así, muy problemática; y,

- Si los hombres no tienen intuición de lo justo y acertado, ello indica la falta de una norma; luego, el Derecho natural no existe<sup>81</sup>.

# EL DERECHO SOCIALISTA

*La ley es amiga del débil,  
todo lo pretende igualar,  
ya quisiera aplanar el mundo.*

**Schiller**

*La naturaleza estableció  
cierto parentesco entre todos  
los hombres.*

**Florentino**

## 1. INTRODUCCIÓN

Para que pueda hablarse de Socialismo es necesario que se produzca gran número de transformaciones económicas y sociales. En efecto, aunque se traten de buscar antecedentes en la antigüedad clásica e incluso en los tiempos de la Revolución francesa, lo cierto es que el pensamiento socialista va unido irremediabilmente al desarrollo industrial que tiene lugar en el siglo XIX. Tal desarrollo provoca el nacimiento de una nueva clase (el proletariado) cuyas condiciones de vida hacen nacer un vasto movimiento intelectual (economistas, políticos, juristas...) que inicia la defensa de sus derechos.

El movimiento Socialista no es uniforme, pero todos sus representantes coinciden en un punto fundamental: *la crítica de la sociedad de su tiempo, de la desigualdad reinante entre poseedores y proletarios.*

Parece ser que la palabra Socialismo -según afirma Chevallier- fue forjada en 1832 por un saintsimoniano, Pierre Leroux, en oposición al individualismo. Entre los pensadores socialistas más destacados hay que citar, con independencia de Marx y Engels, a Saint-Simon, Owen, Lasalle y Proudhon<sup>82</sup>.

## 2. REPRESENTANTES DEL IUSMARXIS-MO

### 2.1. Carlos Marx y Federico Engels

La *Teoría Marxista-Leninista del Derecho y del Estado* se fundamenta en la interpretación que Carlos Marx (1818-1883) y Federico Engels (1820-1895) hicieron de los fenómenos sociales en general. Parte, por consiguiente, de la premisa de que las formas del Estado y del Derecho, así como su aparición y extinción, están determinadas por las fuerzas productivas de la sociedad y por las relaciones económicas imperantes en ella.

Marx utiliza el método dialéctico desarrollado por Hegel, pero lo que hace es cambiar el punto de partida. En lugar de emplear una



dialéctica idealista se apoya en una dialéctica materialista, esto es, se da primacía a lo real (lo material) sobre la idea. Como ha señalado Stoyanovitch *la primacía de lo real o de la materia es una idea preconcebida que sirve a Marx de punto de partida para su concepción del mundo*. Para él, la premisa fundamental es la necesidad de la transformación de la realidad: *Los filósofos no han hecho más que interpretar de diversos modos el mundo, pero de lo que se trata es de transformarlo*. Ahora bien, para que tal transformación tenga lugar es preciso que nos demos cuenta cómo se desarrolla la realidad. En este sentido dice Marx que *la historia de todas las sociedades que han existido hasta nuestros días es la historia de la lucha de clases*. Según la concepción materialista de la historia, esta solo puede explicarse y comprenderse a través del análisis de la realidad económica. Tal análisis pone de manifiesto que la realidad económica no ha sido siempre la misma. Marx distingue tres etapas diferentes: una realidad económica antigua, otra feudal y, finalmente, la realidad económica moderna basada en el modo de producción capitalista. Pero estos tres tipos de economía o modos de producción tienen una característica común, a saber, la existencia de dos clases antagónicas: la de los poseedores de los medios de producción y la de los trabajadores que solo poseen su fuerza de trabajo.

El sistema capitalista representa el triunfo de la burguesía sobre el feudalismo y lógicamente impone su modo de producción que necesariamente engendra desigualdades. Pero cuando el capitalismo alcanza un cierto grado de desarrollo, el capital comienza a concentrarse en pocas manos y al mismo tiempo -como consecuencia de la desaparición de las pequeñas industrias- el número de proletariados aumenta. Por esta razón, llegará un momento en el cual se producirá inevitablemente la revolución que cambiará el modo de producción capitalista haciendo pasar la propiedad de los medios de producción a la colectividad.

Marx atribuye una importancia decisiva a la estructura económica de la que hace depender no solo las instituciones jurídicas, políticas, etc., sino también las diferentes formas de conciencia (ideológicas), es decir, el modo de producción -y las

relaciones que de él se derivan- es el soporte sobre el que se monta la superestructura jurídica (Derecho) y política (Estado). Por consiguiente, el Derecho y el Estado solo pueden ser entendidos a partir del estudio de la realidad económica de la sociedad; por eso, si se produce un cambio en las relaciones económicas, también cambiará el Derecho, cuyo contenido lo único que hace es plasmar aquellas relaciones. En definitiva, lo que se afirma es que el Derecho no tiene una existencia propia ya que es el simple reflejo de las relaciones de producción.

Según Marx, el Derecho expresa la voluntad de una clase, es decir es el medio a través del cual la clase social dominante que ha impuesto su modo de producción económico asegura su propia existencia. Por eso, el Derecho nunca puede representar un interés general ya que su fuente es siempre la voluntad de una clase. Incluso cuando se ha arrebatado el poder político a la burguesía, en la transición hacia una sociedad comunista (sin clase), el Derecho vuelve a aparecer como un instrumento de clase; lo que ocurre es que ahora aparece como un medio de dominación de la clase proletaria sobre la burguesía. Solo cuando hayan desaparecido las clases será innecesario el Derecho, es decir, una vez que la clase proletaria haya establecido su modo de producción (cuyo principio fundamental es la abolición de la propiedad de los medios de producción) y después de un breve período de transición (dictadura del proletariado) debe desaparecer como clase. Establecida, pues, una sociedad sin clases, el Derecho no tiene razón de ser, ya que su existencia solo venía justificada por la lucha entre una clase dominante y otra dominada.

El Estado es la institución que crea el Derecho y por tanto está al servicio de la clase dominante; por eso, cuando desaparezcan las clases, también deberá desaparecer el Estado.

De cualquier modo, lo cierto es que la doctrina de Marx, por lo que se refiere a la desaparición del Derecho y el Estado, no se encuentra suficientemente desarrollada. Por otra parte, las interpretaciones que se han realizado de la obra de Marx son tan dispares que difícilmente puede llegarse a un acuerdo sobre su

auténtico significado. No obstante, en el tema que nos ocupa, tanto los marxistas como los no marxistas han llegado a las mismas conclusiones; en efecto, en la obra de Marx, la tesis de la extinción del Derecho y del Estado no puede ponerse en duda. Sin embargo, en la actualidad algún autor, por ejemplo, el profesor Elías Díaz -recogiendo la opinión de Danilo Zolo- ha insistido en la necesidad de revisar críticamente algunos de los que se consideran dogmas fundamentales del marxismo y, entre ellos, de un modo especial, el dogma de la desaparición del Derecho y del Estado.

Lo procedente en este momento es realizar una valoración crítica del pensamiento de Marx. En primer lugar, hay que reconocerle el mérito de haber dirigido sus críticas contra la sociedad burguesa de su tiempo. En este punto parece que nadie duda que los reproches que hace Marx a la situación de su época son acertados. Es cierto que la Revolución francesa había supuesto un avance notable en el reconocimiento de los derechos y libertades de los ciudadanos, pero no lo es menos que la clase trabajadora había quedado al margen de la revolución. Por otra parte, con la Revolución industrial las condiciones de trabajo eran durísimas e incluso inhumanas. Por tanto, era preciso que alguien denunciara tal situación y a Marx le corresponde el honor de haber sido uno de los primeros pensadores que mayor sensibilidad mostró ante este grave problema.

Ahora bien, las consecuencias que extrae del análisis de la realidad y la explicación -en ocasiones, un tanto artificiosa- del desenvolvimiento de la historia no son plenamente satisfactorias.

Que la realidad económica tiene una importancia decisiva nadie puede ponerlo en duda, pero hacer de la misma la base de todas las instituciones e incluso las formas de conciencia parece un poco exagerado. Por lo que se refiere al Derecho, es cierto que las condiciones económicas influyen en su configuración, pero, en ningún modo, de forma exclusiva. Por último, no hay que olvidar que la consecución de una sociedad sin clases -tal y como pensaba Marx- resulta utópico<sup>83</sup>.

## **2.2. Vladimir Ilich Lenin (1870-1924)**

La contribución de Lenin a la teoría jurídica marxista consiste, esencialmente, en haber profundizado el concepto del Estado de Marx y Engels, y en haber desarrollado con bastante profundidad una teoría de la dictadura del proletariado.

Para Lenin, el Estado es una máquina destinada a la opresión de una clase por otra, a mantener sujetas a esta última a las demás clases subordinadas. En la sociedad capitalista, el Estado (y consiguientemente el Derecho) es un instrumento de represión que la burguesía emplea contra el proletariado. Cuando este asume el poder, el Estado continúa siendo un instrumento represivo, pero operado por los proletarios para exterminar a sus explotadores. Conseguido esto y desaparecida la explotación, el Estado, carente de utilidad, se extingue. La sociedad comunista estará basada en la sola fuerza de la costumbre; la justicia immanente al régimen económico colectivista reemplazará al Derecho.

La dictadura del proletariado se caracteriza, por tanto, por ser una etapa de transición en el camino a la sociedad sin Estado y sin Derecho. En ella subsisten el Estado y el Derecho en su forma burguesa, pero son utilizados por los trabajadores para reprimir la resistencia de los explotadores. La dictadura del proletariado es, al mismo tiempo, *un Estado democrático en una forma nueva (para el proletariado y los pobres en general) y dictatorial en una forma nueva (contra la burguesía)*<sup>84</sup>.

### **2.3. La Teoría Jurídica Soviética**

Marx, Engels y Lenin no desarrollaron una teoría del Derecho independiente y orgánica; las ideas antes expuestas son las que se deducen, por analogía de la teoría del Estado que en las obras de unos y otros aparecen configurada.

Las tentativas de desarrollar una teoría jurídica específica son muy posteriores y provienen, fundamentalmente, de los juristas soviéticos.

Pueden distinguirse dos períodos en la teoría jurídica soviética: el anterior a 1937, en el que el Derecho y el Socialismo son

considerados incompatibles; y el posterior a esa fecha, en que se produce el abierto abandono de la idea de incompatibilidad.

### **2.3.1. La Teoría Jurídica Soviética anterior a 1937**

Está representada fundamentalmente por Stuchka, Reisner y Pashukanis.

P. L., Stuchka

Que llegó a ser comisario de justicia en 1918, define el Derecho como *un sistema (u orden) de relaciones sociales que corresponde a los intereses de clases dominantes y está defendido por la fuerza organizada de esa clase*. El Derecho así definido se caracteriza esencialmente por ser un conjunto de fenómenos reales, de relaciones sociales antes que de normas; y por tener índole clasista, vale decir, por aparecer solo cuando surgen las clases y la lucha que es inherente a ellas. El Derecho es un sistema de relaciones sociales *que corresponde a los intereses (más bien asegura los intereses) de la clase dominante*. La fuerza organizada de esta clase, que protege el sistema de relaciones sociales es el Estado.

En el Estado socialista, que sucede inmediatamente a la revolución proletaria, subsiste el Derecho capitalista con los caracteres ya anotados, solo que ahora en poder del proletariado y representando sus intereses.

A. Reisner

Desaparecidas las clases, en la sociedad comunista perfecta desaparecen el Estado y el Derecho. La teoría de M. A. Reisner difiere en aspectos esenciales de la de su contemporáneo Stuchka. Para Reisner, el Derecho tiene un carácter eminentemente normativo, y, en tal sentido, puede ser definido como el conjunto de normas imperantes en una sociedad, determinadas por las relaciones económicas que en dicha sociedad existen. El Derecho no es, pues, un fenómeno real, como afirmara Stuchka, sino una ideología, integrante de la superestructura de la sociedad y variable por tanto, según cambien las relaciones económicas que la determinan.

Como toda ideología, el Derecho es una interpretación deformada de la realidad social, puesto que está influida por la posición económica de quienes la formulan. En la sociedad comunista del futuro, tal interpretación ideológica será reemplazada por una interpretación correcta y científica; el Derecho, como ideología burguesa -y en ello coincide Reisner con Stuchka-, desaparecerá.

A igual conclusión, si bien por vías distintas, llega el más destacado representante de la teoría jurídica de este primer período, E. B. Pashukanis.

### Pashukanis

Rechaza la definición del Derecho como un sistema de normas, acusándola de encubrir la base real de todo orden jurídico, y revisa la doctrina de Stuchka de que el Derecho es, ante todo, un conjunto de relaciones sociales. Sin embargo, Pashukanis critica la definición del Derecho de Stuchka porque no da respuesta al problema esencial de determinar las diferencias entre las relaciones sociales en general y las relaciones jurídicas. Pashukanis contesta a esta interrogante afirmando que las relaciones jurídicas son relaciones de poseedores de mercaderías. El Derecho es el conjunto *de relaciones de una sociedad productora de mercaderías*. Puesto que la única sociedad de poseedores de mercaderías es la sociedad capitalista, el Derecho es una forma específica de la economía capitalista.

En la sociedad comunista no habrá, por tanto, Derecho; pero, toda vez que este es un instrumento específico de la sociedad capitalista, tampoco puede haber Derecho socialista en el período de la dictadura del proletariado. El Derecho existente en el Estado socialista es un Derecho burgués, sobreviviente necesario de la revolución proletaria, pero condenado a extinguirse.

Esta afirmación de la incompatibilidad del Derecho y el Socialismo y del carácter burgués del Derecho existente en la dictadura del proletariado, es, como hemos dicho, el rasgo característico de esta primera etapa de la *Teoría Jurídica Soviética*.

Contra ella habrán de reaccionar los juristas del período posterior a 1937.

### **2.3.2. La Teoría Jurídica Soviética del período posterior a 1937**

Yudin

La crítica franca a la teoría del primer período y, en particular a la de Pashukanis, se inicia con P. Yudin, quien en un artículo llamado *Socialismo y Derecho* define a este de la siguiente manera: *El Derecho es un sistema de normas establecidas por el Estado para proteger el orden existente de organización social. Es la voluntad activamente reflejada de la clase dominante, que santifica y perpetúa los intereses económicos y políticos de esa clase.*

Con tal definición, Yudin se sitúa en abierta oposición a Pashukanis, para quien el Derecho no es norma sino realidad social, y en abierta oposición a toda la teoría jurídica anterior, ya que la definición de Yudin no solo es aplicable al Derecho de la sociedad burguesa sino también al del Estado socialista, el cual es, por consiguiente, y en el sentido específico del término, Derecho Socialista. La admisión de esta posibilidad es, por otra parte, ratificada por el hecho de reemplazar Yudin, en su definición, el concepto de explotación por el de *dominación de clases*; en el Estado socialista ha sido abolida la explotación de clases, pero existe la dominación de la burguesía por el proletariado.

La crítica iniciada por Yudin a los juristas del primer período toma forma definitiva en la obra de A. Y. Vishinsky, que resume toda la teoría jurídica de este segundo período.

A. Y. Vishinsky

Define el Derecho como: *el conjunto de reglas de conducta que expresan la voluntad de la clase dominante, establecidas en orden jurídico, así como de las costumbres y reglas de vida de la comunidad confirmadas por la autoridad del Estado, cuya aplicación está garantizada por la fuerza coactiva del Estado a fin de proteger, asegurar y desarrollar las relaciones y disposiciones sociales ventajosas y convenientes a la clase dominante.*

A partir de esta definición, Vishinsky critica las doctrinas de Stuchka y Pashukanis por ignorar ambas el carácter normativo del Derecho e identificarlo con las relaciones sociales que regula. Critica, asimismo, la doctrina de Reisner, afirmando que, en contra de lo sostenido por este jurista, el Derecho es un orden normativo y un simple *montón de desechos ideológicos de diversas clases*. Finalmente, y esto es lo que caracteriza su posición, Vishinsky rechaza categóricamente la afirmación de la incompatibilidad del Derecho y el socialismo, y sostiene que el Derecho vigente en la Unión Soviética no es un mero lastre de la sociedad burguesa sino un Derecho específicamente socialista, que puede ser definido como *un sistema de normas establecidas por la legislación del Estado de trabajadores, que expresa la voluntad de todo el pueblo soviético, conducido por las clases trabajadoras encabezadas por el partido comunista, a fin de proteger, fortalecer y desarrollar las relaciones socialistas y la construcción de una sociedad comunista*.

Vishinsky reconoce que la vigencia de tal Derecho es transitoria; de tal modo que en la última fase del comunismo se extinguirá el Derecho soviético; pero, y en esto introduce una importante innovación en la teoría jurídica marxista, tal etapa no se alcanzará mientras el Estado socialista esté expuesto a la amenaza exterior del capitalismo.

*El Derecho -como el Estado- se extinguirá solo en la fase superior del comunismo, con la aniquilación del cerco capitalista.*

La teoría de Vishinsky ha sido posteriormente profundizada por diversos juristas soviéticos, entre los cuales cabe mencionar, por algunas aportaciones personales de importancia, a S. A. Golunski y M. S. Strogovich. Tal teoría es, en todo caso, la que impera en la ciencia jurídica soviética actual<sup>85</sup>.



# TEORÍA DEL REALISMO JURÍDICO

*Político es quien reparte;  
estadista es quien reparte con justicia;  
jurista es quien a sabiendas reparte con justicia.  
Por ello, las comunidades no funcionarán mientras  
que los reyes no sean juristas,  
ni los juristas reyes.*  
**Goldschmidt**

El *Realismo* es una posición teórica según la cual hay objetos reales independientes de nuestra conciencia. Existen varios tipos de realismos: desde el *primitivo* hasta el *volitivo* y el *crítico*.

De acuerdo con las premisas del *Realismo Crítico* se estructura el iusrealismo, que pretenden resolver tres grandes problemas :

- Concepto y naturaleza del Derecho;
- Propósito o idea del Derecho; y,
- Interacción entre Sociedad y Derecho<sup>86</sup>.

En cuanto al primer problema plantean la necesidad de no definir al Derecho en abstracto, sino en concreto, al *Derecho vigente*.

Para obtener una ligera idea de esta corriente iusrealista, presentamos a los representantes de dos escuelas: la norteamericana y a la escandinava, que creemos sintetizan el contenido de esta teoría.

## **1. EL REALISMO JURÍDICO AMERI-CANO**

¿Cómo es realmente el Derecho?, ¿dónde está eso que llamamos Derecho? Hablamos del *Derecho* en general, de los derechos y las obligaciones de las personas, de las hipotecas, de los contratos, de la responsabilidad, pero es obvio que no hablamos de *cosas* ni de *fenómenos* que puedan aprehenderse a través de los sentidos. El intento de traducir el mundo del Derecho a realidades espacio-temporales que puedan ser mostradas como este árbol, esta casa o esta acción es lo que caracteriza a todas las corrientes que se recogen bajo el nombre de *realismo jurídico*.

Lo que ocurre es que a la hora de señalar lo que Heidegger llamaba la *estidad* de la cosa (en nuestro caso, el *esto* que señalamos como la *cosa Derecho*) se va a producir una diversidad de perspectivas, todas ellas reales, puesto que todas focalizan zonas de la realidad jurídica, y por tanto, todas ellas parcialmente verdaderas, aunque insuficientes, pues ninguna va a abarcar la totalidad de los

fenómenos jurídicos ni, lo que es peor, su *razón* o *esencia*, que es precisamente de lo que se trata cuando se pretende la aprehensión de la realidad.

Todas las corrientes encuadradas bajo el común denominador de *realismo jurídico* son corrientes que se autodefinen como *antimetafísicas* desde el punto de vista filosófico; es decir, no hay más realidad que la que se da en la experiencia y es en este ámbito donde hay que situar el Derecho y no en especulaciones metafísicas. En este sentido el *realismo jurídico* parte de la base del empirismo filosófico.

Desde el punto de vista moral, todas las corrientes *realistas* se declaran *no cognoscitivistas*; es decir, no existe una realidad moral cognoscible. No es posible probar ningún tipo de enunciado moral, que bien es producto de creaciones religiosas, bien de sentimientos emotivos, bien de apetitos subjetivos, pero sin que pueda ser demostrada su objetividad.

Consecuentemente, todo *realismo jurídico* defiende una separación entre *Derecho* y *Moral*. El Derecho no es un derivado de la moral ni mantiene una conexión con el mundo moral. Como es lógico, todas las corrientes amparadas en esta nominación son *anti-iusnaturalistas*. Si el Derecho es un *factum*, una realidad empírica, no existe ese supuesto Derecho derivado de la naturaleza al que el Derecho positivo haya de ajustarse. El Derecho natural es una pura expresión metafísica o moral, o incluso religiosa del Derecho que se aparta de lo que se estima como *fenómeno jurídico*. Por este planteamiento puede decirse que el realismo jurídico es *positivista* en el sentido de que no acepta como Derecho más que el Derecho que funciona eficazmente en una sociedad determinada cualquiera que sea su valoración. Sin embargo, en la medida en que el realismo jurídico señala como fenómeno jurídico fáctico algo distinto del Derecho *puesto* por las distintas instancias del poder público, puede decirse que se trata de una corriente *no positiva* y así se autodenomina. Desde este punto de vista considera al positivismo como una especie de secularización de la doctrina del Derecho natural: así como el iusnaturalismo entendió que el Derecho era una

expresión de la *voluntad de Dios* (este es el concepto que los realistas tienen del iusnaturalismo cuya doctrina conocen a través de Grocio y Pufendorf) así el positivismo entiende que el Derecho es una expresión de la *voluntad del Estado*. En los dos supuestos se describe al Derecho, portando lo que los realistas entienden como una *misteriosa cualidad: la fuerza obligatoria o validez* del Derecho, cualidad imperceptible, *mágica* e indemostrable.

Así las cosas, al realismo jurídico lo calificamos de positivista como se viene calificando de positivismo jurídico al historicismo de Savigny con el que en alguna de sus formulaciones tiene cierta conexión, y *no-positivista* en el sentido *antiformalista* y *antivoluntarista* pudiendo decirse que en alguna medida hunde sus raíces en las corrientes antiformalistas.

Otra característica de estas doctrinas salvo la americana, que es pragmatista, es el *cientismo*, es decir, la creencia en que es posible una *ciencia jurídica* empírica análoga a las modernas ciencias empíricas físico-naturales, psicológicas o sociológicas, comprensiva de proposiciones sobre fenómenos verificables.

Por último, una característica general del *realismo jurídico* es su procedencia anglosajona y escandinava, aunque en los últimos años ha ganado adeptos en el continente, singularmente en Italia. Ross, la principal figura del realismo escandinavo, junto a Olivecrona, se jacta de que la *Teoría Jurídica Escandinava* se una a la anglosajona *diferenciándose* así de las doctrinas iusnaturalistas y de otras ramificaciones de la Filosofía Jurídica idealista que prevalecen en Europa continental.

Una vez que hemos caracterizado en general el realismo jurídico, pasemos ahora a dar una breve idea de lo que se viene denominando como *Realismo Jurídico Americano* y que nosotros llamaríamos *pragmatismo* por las proposiciones que formula y porque se fundamenta en el pragmatismo filosófico americano.

Para el realismo americano la realidad jurídica son las decisiones de los tribunales. El movimiento realista americano tiene

su origen en la teoría jurídica de Oliver W. Holmes (1841-1935). En el año 1878 Holmes pronunció una conferencia en Boston que se publicó bajo el título de *La Senda del Derecho* a través de la cual se sentó las bases que constituyen el fundamento de todas las corrientes realistas. *Debemos pensar en cosas -dice Holmes- no en palabras y atenernos a los hechos que las expresan si es que queremos atrevernos a lo real.*

Siendo la realidad del Derecho la decisión definitiva de los tribunales; *los estudios jurídicos y aun la ciencia jurídica consiste en un quehacer predictivo de lo que van a hacer los tribunales; ...lo que llamamos un deber jurídico no es más que la predicción de que si un hombre hace o deja de hacer ciertas cosas, sufrirá tales o cuales consecuencias debido a la sentencia de un tribunal.* Con esta base se desarrolla en Norteamérica una corriente que suele denominarse *realista* y cuyos principales protagonistas son J. Frank y K. N. Llewelyn. El propio Llewelyn ha realizado una amplia caracterización del *movimiento* realista norteamericano, de la que tomamos las siguientes notas:

- La concepción del Derecho en cuanto que es una realidad fluyente o en movimiento.
- La concepción del Derecho como un medio para fines sociales y no como un fin en sí mismo; esto es la naturaleza teleológica del Derecho.
- La necesidad de reexaminar la realidad jurídica para acomodarla a las realidades sociales.
- La separación metodológica entre ser y deber ser a los efectos de la investigación jurídica.
- La desconfianza (o escepticismo) en los conceptos jurídicos tradicionales en cuanto pretenden describir lo que hacen los tribunales o la gente.
- La desconfianza (o el escepticismo) respecto de que las reglas o normas prescriptivas sean el factor protagonista de las decisiones de

los tribunales, lo que *en absoluto es equivalente a la negación de toda instancia dada*<sup>87</sup>.

Frank ha señalado las dos perspectivas o sectores del movimiento realista: los que llama *escépticos de las reglas* y los que denomina *escépticos de los hechos*.

Para los *escépticos de las reglas* las auténticas normas que componen el Derecho no están en las gacetas oficiales, sino que son descripciones empíricas de lo que hacen los tribunales y, consecuentemente, deducciones o predicciones de lo que van a hacer los tribunales.

Como es lógico, no es que los realistas de este sector rechacen el rol que desempeña la norma prescrita en la gaceta oficial o regla de papel sino que centran su mirada de atención en el estudio de los demás factores que intervienen en la decisión judicial que constituye la genuina norma de Derecho. Como dice L. Hierro, *el escepticismo de las reglas pretendió buscar la seguridad jurídica en una certeza científica y para conseguir tal certeza abandonó el culto a la norma y lo sustituyó por un estudio empírico y cuantificable de los componentes de la decisión judicial: el formalismo dogmático quedaba sustituido por un conductismo judicial*.

Para los *escépticos de los hechos* el condicionante definitivo de la decisión judicial está en los hechos, en lo que hemos llamado *juicio fáctico* y Canelutti llamaba *juicio histórico*: decidir sobre qué ha pasado. En la gran mayoría de los pleitos se plantean problemas de hechos, no de normas aplicables. Hay una inmensa cantidad de reglas que los tribunales siguen fielmente y que no plantean problemas interpretativos; no ocurre así, sin embargo, con los hechos; J. Frank, defensor de esta teoría, mete en el mismo saco dubitativo los propios *precedentes* que utilizan los tribunales de instancia con lo que incorpora un nuevo coeficiente de indeterminación a la decisión judicial. Entendemos que la obra de Frank ha puesto de relieve, precisamente, lo problemático de una ciencia predictiva sobre las decisiones de los tribunales y, por tanto, de una ciencia jurídica basada en un ser que ofrece pocas

invariancias para ser susceptible de fundamentar enunciados sobre el Derecho. La obra jurisprudencial está condicionada por el caso justificable de tal manera que la norma aplicable se encuentra las más de las veces en la medida en que se *apuesta a la justa* decisión. No pocas veces se toma el texto como pretexto para calzarlo en la justicia del caso. La iurismetría, la cibernética jurídica y, en general, todos los trabajos de la técnica informática aplicados a las decisiones judiciales no revelan más que las líneas generales de actuación judicial que en manera alguna sirven para hacer predicciones.

En todo caso es discutible que la realidad del Derecho esté en la decisión judicial aunque sea en alguna medida predecible. Por supuesto que una vez producido un conflicto judicial, la decisión definitiva de los tribunales constituye el deber-facultad definitivo para las partes litigiosas; pero esto no es toda la realidad jurídica. Aún más: ni centrando la realidad jurídica en la realidad jurisprudencial no se describe la *naturaleza* de la misma sino solo su pura resultancia final. En la medida en que la decisión del juez es una realidad humana y no un objeto físico, ¿cuál es la *razón* de la realidad?, ¿en qué medida es *inteligible*?, ¿cómo prescindir de la razón de la conducta del juez, y del debate judicial, al describir esta realidad jurídica? Porque en definitiva, lo que el juez hace es evaluar si la conducta de las partes se ha ajustado o no a unas normas; esto es, *a Derecho* y es de esta realidad de la que se habla<sup>88</sup>.

## **2. EL REALISMO JURÍDICO ESCANDI-NAVO**

El *Realismo Jurídico Escandinavo* es un rótulo que engloba a varios autores de esta referencia territorial que coinciden en determinados rasgos genéricos aunque difieren en muchos aspectos, incluso sustanciales. Esta es la razón por la que su exposición académica ofrece dos alternativas: la exposición de la teoría jurídica de cada uno de sus autores, cuando menos los principales, y la exposición de los referidos rasgos genéricos en la medida en que sean significativos, sin perjuicio de señalar diferencias sustanciales, si procede. Creemos que a efectos de ofrecer una perspectiva más sobre la idea del Derecho, que es lo que se pretende en definitiva con estas



lecciones, es más útil la exposición general por la dificultad que entraña no solo la variedad de autores sino además las modificaciones de criterio a lo largo de la obra de algunos de ellos. Sin embargo, será preciso significar las diferencias conceptuales más importantes.

En todo caso, vamos a hacer referencia fundamentalmente a los dos autores principales que son el sueco K. Olivecrona (n.1897), y el danés Alf Ross (n.1899) porque son los que ofrecen una teoría jurídica más elaborada. Respecto a Olivecrona vamos a atenernos a la doctrina expuesta en su ensayo *El Derecho como Hecho*, subtítulo *La Estructura del Ordenamiento Jurídico*, libro que había aparecido en 1939, pero que fue reelaborado una vez jubilado el autor y que dispone de traducción española del año 1980.

Por lo que se refiere a Alf Ross nos apoyaremos en su libro *Sobre el Derecho y la Justicia*, libro que se presentó en edición danesa en 1953 y en una inglesa en 1958, que se considera la definitiva y de la cual disponemos de traducción española de 1962. De todas formas, como el pensamiento de Ross es más completo y evolutivo que el de Olivecrona, tendremos a la vista también otras obras suyas, singularmente su *Lógica de las Normas* (1967), que también goza de traducción española.

Con todo, no podremos menos que hacer referencia a Axel Hagenstrom en cuanto formula un planteamiento común a ambos, que es coincidente con la teoría ética de la ciencia anglosajona predominante en esa época, a saber; los planteamientos empiristas y el llamado *no cognoscitivismo ético* a que antes hacíamos referencia porque, según entendemos, en estos puntos de partida está el fundamento de la derivación doctrinal del realismo escandinavo y, según nuestro entender, la clave de sus aciertos y errores.

Según el planteamiento neoempirista no hay más realidad que la que se da en fenómenos espacio-temporales, ni hay más proposiciones científicas que las que pueden ser objeto de verificación por esa realidad. Por decirlo en términos de la Filosofía clásica, no hay más realidad que la de las *causas segundas* en la

medida en que pueden mostrarse. No existe ninguna realidad más allá de la que se aprehende por los sentidos.

Por ello conviene dejar claro que el realismo jurídico escandinavo no se fundamenta en lo que la Filosofía académica viene considerando como *realismo* en sus variadas expresiones, sino en lo que gira bajo la denominación de empirismo en las presentaciones clásicas de las doctrinas filosóficas. Por ello está justificado llamarle *empirismo jurídico* como hace Liborio L. Hierro en su ensayo *El Realismo Jurídico Escandinavo* que constituye el estudio más acabado de estas corrientes en la doctrina jurídica hispana. En el prefacio de su libro *Sobre el Derecho y la Justicia* Alf Ross dice textualmente: *la idea principal de este libro es desarrollar los principios empiristas en el campo del Derecho hasta sus consecuencias últimas*<sup>89</sup>.

El segundo presupuesto, supuestamente derivado del anterior, es el del rechazo a todo objetivismo moral. La moderna Filosofía Moral soporta todavía sobre sí la famosa *guillotina de Hume*, según la cual del *ser* no es posible pasar al *deber ser*. Pero sobre esta condena sobrepone Kant otra aún más grave: no es posible hacer proposiciones materiales sobre lo justo que sean incondicionadas. El único imperativo moral absoluto, categórico, incondicionado, es *la forma* del obrar. Lo recto, lo debido, lo justo, es todo aquello que se hace con *buena voluntad*, esto es como recto, como justo, por deber, cualquier que sea su contenido; antes al contrario, por su contenido no hay conducta moral que pueda posponerse con valor universal.

La salida del supuesto *callejón sin salida* de Kant, se va a hacer por la vía del intuicionismo (teoría de los valores, intuicionismo de W. Ross, de Moore, etc.) y, fracasados los intentos intuicionistas, surgen las explicaciones emotivistas o las de la *Filosofía Analítica*, hoy ya en regresión. El realismo jurídico escandinavo se adhiere de lleno a las teorías emotivas del mundo moral: los criterios y creencias morales son emanaciones de sentimientos subjetivos y, por tanto, no son susceptibles de ser objeto de enunciados objetivos de carácter categórico o incondicionado, esto es, con *validez* objetiva. Pese a todo, la *idea de validez* (esto es, la creencia de que algo es realmente justo o

debido) va a jugar un papel esencial en la distinción entre el realismo jurídico americano, el sociologismo jurídico y el realismo jurídico escandinavo, como pronto veremos.

La concepción jurídica escandinava ha realizado una crítica de lo que llama *teoría del Derecho natural* entendido como Derecho emanado de la *voluntad de Dios* como del que llama *positivismo jurídico*, entendido como reglas emanadas de la *voluntad del Estado* o *voluntad del legislador*. No hay un *Derecho escrito por Dios en nuestros caracteres*, dice Alf Ross en una simplificación de la doctrina del Derecho natural ; esto es *pura magia*. Igualmente es *mágico e irreal* creer en una *voluntad del Estado*, creadora del Derecho. En todo caso, en la crítica a lo que llama *positivismo*, el realismo escandinavo señala que el Derecho es algo más que las reglas puestas por las autoridades y que aún el propio concepto de autoridad (legislador) es un concepto jurídico. *La autoridad no existe con independencia del ordenamiento jurídico*, dice Olivecrona; *autoridad* significa *el derecho a dar órdenes* o *derecho a poner reglas de Derecho*, por lo que el *Derecho* es un *prius* a toda *puesta* de normas por el Estado, concepción que, como sabe el lector, sostenemos también nosotros. Es preciso, sin embargo, aclarar que cuando el realismo escandinavo objeta que el Derecho sea una *declaración de voluntad* se está refiriendo a un característico concepto de voluntad: la voluntad como *expresión de un deseo* o manifestación de una apetencia (*quod principi placuit*). En su crítica al imperativismo concibe el *mandato* como una *orden*, esto es, como una relación personal entre un *imperator* y un destinatario al que se le prescribe una acción con una determinada *forma de expresión* (imperativa), como la concebía Kelsen acompañado de una amenaza (como lo concebía Austin), lo cual es característico de la mayoría de las críticas al imperativismo jurídico, entre ellas, la propia de la teoría pura.

Si el Derecho no es la expresión de una voluntad ni divina ni humana, ¿dónde está, pues, la realidad del Derecho?, ¿en qué hechos podemos apoyarnos para decir que existe una norma jurídica o que una regla es Derecho vigente? A la hora de contestar estas preguntas las posturas de los realistas escandinavos, aunque coincidan

metodológicamente (referencia a una realidad empírica verificable), son divergentes en sus soluciones por lo que este es el punto en que tenemos que diversificar sus principales posiciones que referimos a Ross y a Olivecrona.

La teoría de Ross es la más compleja y elaborada técnicamente, aunque sus soluciones son más artificiosas que las de Olivecrona. Exponemos primero la teoría de Ross. Para Ross *Derecho vigente* es, ante todo, un sistema normativo referido a una comunidad concreta. No puede hablarse de *Derecho* sino en la medida en que se predica un orden nacional. No puede hablarse tampoco de norma jurídica aisladamente sino de un sistema institucional o *máquina jurídica*. En esto Ross coincide con Olivecrona y, en general, con todo el realismo escandinavo. Supuesto lo anterior, Ross entiende por *Derecho vigente* el conjunto de reglas de conducta (directivas) que son efectivamente vividas por los juzgadores como socialmente obligatorias. En principio parece que Ross se acerca a las proposiciones del realismo jurídico americano. El resultado práctico de la teoría de Ross y el realismo jurídico americano es, en efecto, ciertamente similar, pero discrepan en su concepción teórica.

Para Ross no basta con remitirse al *factum* de las reglas que aplican los tribunales para señalar la *realidad* del Derecho. Esto sería puro *conductismo* (behaviorismo) jurisprudencial referido a los jueces. La mera *observación externa* de las reglas que *de facto* consideran los jueces, no nos ofrecen la verdadera realidad jurídica. Se precisa de un requisito más: que esas reglas sean realmente *vividas como obligatorias* por los jueces: el Derecho vigente está compuesto por *aquellas normas que operan en el espíritu del juez porque este las vive (felt) como socialmente obligatorias y socialmente las obedece*, dice textualmente Ross. Conviene resaltar que cuando Ross habla del juez, se refiere a los miles y miles de personas instituidas con autoridad para aplicar las normas.

Hay pues unas reglas o más bien un *sistema de reglas* (directivas) que constituyen la *ideología jurídica* que los jueces consideran a la hora de tomar sus decisiones y que los jueces y autoridades aceptan

por un puro sentimiento de deber y en manera alguna presionados por sentimientos de coacción. Esta *vivencia* de lo que usualmente se denominan *normas jurídicas*, es una vivencia de su *validez superior* o aceptación de las mismas por impulsos desinteresados, *por deber* a la manera del imperativo categórico kantiano. Expresamente Ross, recoge esta referencia kantiana de la aceptación de estas normas porque esto es lo justo diciendo: *nadie ha hecho un análisis más penetrante de este fenómeno que Kant, aunque él no lo considera* -dice Ross- *como un simple fenómeno psicológico, entre otros*. No hay tal *propiedad objetiva de la validez accesible al conocimiento* (no cognoscitivismo moral) pero sí hay la experiencia de la creencia en la validez, de este actuar porque se estiman válidas unas reglas. En suma para que la norma *exista* se precisa no solamente que se verifique que es seguida (esto es que se observe la conformidad de la conducta del juez), sino que es seguida con conciencia de que la regla es *válida*.

Pero a su vez estas reglas de las que se predica su *existencia* porque hay razones para predecir que el juez las vive *como válidas*, constituyen unas *directivas* para que el juez aplique la fuerza. Su *esencia*, diríamos en términos tradicionales, su naturaleza, consiste en ser una especie de las *directivas*.

¿Qué es una *directiva*? A diferencia de las *expresiones de aserción* (o enunciados sobre la realidad, por ejemplo *esta puerta es blanca*) existen, entre otras, *expresiones sin significado representativo* que son usadas con el propósito de ejercer influencias (por ejemplo, *cierra la puerta*; estas son las *directivas*). La directiva contiene, por tanto, la representación de una *idea-acción* concebida como forma de conducta. Las directivas son de diversas clases; entre ellas cabe distinguir entre las personales (consejos, advertencias, recomendaciones, instrucciones, exhortaciones o admoniciones) y las impersonales o *carentes de una fuente definida y cuya fuerza motivadora, por tanto, no depende del poder, autoridad o sabiduría de ningún individuo*. Careciendo de remitente, carecen también de receptor. Entre las directivas impersonales están los *cuasi-mandatos*, directivas con las que el individuo *se encuentra* como un orden dado existente que se impone (por miedo a las sanciones, respecto a la autoridad o ambas cosas

combinadas) con independencia de cualquier aceptación o reconocimiento por su parte. Estos *cuasi-mandatos* son las reglas jurídicas o Derecho. *El motivo para obedecerlas resulta del funcionamiento regular de la maquinaria legal de coacción, que se presenta al individuo no como la amenaza que se acompaña a un mandato (concepción anti-imperativista), sino como un hecho que hay que tomar en consideración si se quieren evitar las ruedas de la maquinaria.* A diferencia de la *moral convencional (pública o positiva)*, las reglas legales forman un *orden institucional*; es decir, que entre ellas hay algunas que *crean instituciones, esto es, agencias con el poder de crear y aplicar el Derecho.* Ahora bien, para que *exista* una norma jurídica no basta con que exista la directiva sino que esta *corresponda a un hecho social.* En el caso de la *norma jurídica*, el hecho social determinante es la asunción de la directiva con conciencia de que debe ser así incondicionadamente y este hecho, como hemos visto, lo residencia Ross en *la actitud de los jueces.* En la medida que los jueces aceptan el *sistema de directivas* o el orden institucional de reglas legales como *válido* puede decirse que *existe o es vigente* un sistema de reglas.

Como se ve hay dos motivos de obediencia de las reglas jurídicas: el referido al ciudadano, que es la respuesta a una cuasi-amenaza (*evitar las ruedas de la maquinaria*) y el referido al juez que decide, que es lo que llamaríamos un *motivo moral*, incondicionado, a la manera kantiana (*por deber*), que es el constituyente de la norma jurídica como tal, puesto que la directiva va derogada a; kiez (pese a que antes se ha concebido como carente de receptor como todos los directivos impersonales) y su *idea-acción* consiste en influir en su conducta para que aplique la función en determinados supuestos, supuestos que son determinadas conductas de los ciudadanos.

Por ello las normas jurídicas constituyen, en definitiva, un sistema nacional de aplicación del uso de la fuerza y no unas normas de conducta ciudadana que en caso de incumplimiento o se impone a la fuerza, o dan lugar a una sanción.

Pese a que en varias ocasiones Ross hace referencia a que las leyes nacen no para expresar verdades teoréticas sino para dirigir el

comportamiento de los ciudadanos y que la legislación *lleva una intención social*, Ross considera como norma jurídica la directiva al juez y no la directiva al ciudadano que, caso de incumplimiento, da origen a la directiva al juez (o doble precepto, según la concepción tradicional). Sin embargo, como le sucedió a Kelsen, no tiene más remedio, para no salirse enteramente de la percepción común del mundo jurídico, que considerar la directiva al ciudadano también como una norma, pero una norma *derivada* o *norma en sentido figurado*. La directiva al juez ya lleva *implícita* la directiva al ciudadano.

¿Y las normas de competencia?, ¿cuál es la naturaleza de las normas de competencia, esto es, las normas que definen quién puede dictar directivas al juez y en qué condiciones, y cómo debe el juez juzgar, y cómo debe ejecutarse lo juzgado? Según Ross *se pueden reducir a normas de conducta y, por ende, tienen que ser interpretadas también como directivas para los tribunales*. ¿Y las normas que determina quién es juez y qué autoridad tiene?, ¿cómo se convierte José Pérez en juez? Mediante unas específicas reglas que ya no están dirigidas a los jueces, que Ross llama *Derecho público*, a diferencia de las dirigidas a los jueces que Ross llama de *Derecho privado*<sup>20</sup>.

Veamos ahora en qué se diferencia de la anterior la teoría de Olivecrona. Para Olivecrona el Derecho no tiene un comienzo históricamente determinable. Olivecrona acierta a hacer notar que el propio poder soberano se encuentra en su aparición con reglas jurídicas (*ubi societas, ubi ius*). En rigor no se puede hablar de *poder soberano de un Estado* antes que hablar de Derecho, porque *Estado* es ya un concepto jurídico previo. Es el orden jurídico el que atribuye a una o más personas el *poder soberano*. *El Estado* no es el creador del Derecho por cuanto *el Estado hace su aparición en la historia mucho más tardíamente que el Derecho*. Por todo ello no es aceptable la teoría voluntarista del positivismo jurídico según la cual el Derecho es el producto de una voluntad soberana. Pero aún más, ¿qué decir cuando cambia el soberano y persisten las reglas jurídicas? El positivismo recurre en ese caso a la teoría de la adopción: en tanto que el poder soberano no modifica las reglas existentes se entiende

que las adopta como propias, solución que para Olivecrona es tan ficticia como la originaria de que el Derecho emana de la voluntad de un poder soberano.

Olivecrona asume la crítica habitual al imperativismo de Austin, a saber: no puede identificarse una persona que dé órdenes jurídicas; no existe una autoridad ordenadora suprema que haga declaraciones de voluntad en términos de mandatos. Las leyes son el producto de un concurso de actos, de tal manera que lo único determinante de las mismas es que se aprueban con arreglo a unas formalidades específicas de acuerdo con la Constitución y que dependen para su eficaz práctica del *respeto universal hacia esta*. Las leyes son el resultado de un proceso de múltiples influencias que acaban finalmente en el acto definitivo de la promulgación. Preexiste pues al acto legislativo un *prius* acatados socialmente, una de cuyas reglas establece quién y cómo puede introducir cambios en la legislación.

Los mismos reparos de Olivecrona a la concepción de Derecho como un producto de la voluntad del soberano los aplica a la concepción de Derecho como una expresión de *la voluntad del Estado* o incluso de *la voluntad popular*, concepciones todas ellas tan ficticias como las primeras. *En realidad -dice Olivecrona- no hay una fuente homogénea de las normas que llamamos jurídicas. El origen del núcleo más antiguo de normas se pierde en las tinieblas de la historia y las reglas más recientes fluyen hacia el fondo jurídico común por canales muy diferentes.* Todas estas reglas se fundan en una actitud general de respeto a las mismas. Tal actitud de respeto es la fuente inmediata del poder normativo de los legisladores, en la medida en que la población acepta el poder de elaborar leyes con determinadas formalidades, el valor de los precedentes judiciales y, desde luego y por definición, las reglas consuetudinarias.

¿Cuál es, pues, la naturaleza de las normas jurídicas? Se ha considerado, dice Olivecrona, que las normas jurídicas son obligatorias porque tienen *fuerza vinculante*. Adscribir fuerza vinculante a una norma es proclamar que objetivamente debe ser obedecida, esto es, que porta un valor objetivo que Olivecrona



considera como una nota no verificable (no cognoscitivismo). Nos encontramos así en la siguiente situación: por una parte la norma jurídica no es un imperativo, un mandato, pero *la forma de expresión de las mismas* viene dada en términos de mandato; por otra, no existe una propiedad o valor objetivo que muestren deberes incondicionados, pero las normas jurídicas proponen deberes incondicionados y no se limitan a dar consejos o recomendaciones.

Para solucionar este problema, que se plantea Olivecrona, reúne a la teoría de los *imperativos independientes*. Un imperativo independiente no es una declaración de voluntad sino una *forma de expresión* utilizada en términos sugerentes para influir en la conducta de los individuos. Su eficacia depende de la actitud de aceptación adoptada por el grupo, actitud que obedece a multitud de causas. Las normas jurídicas están constituidas por imperativos de este tipo, concepto que se asimila al de *cuasi-mandato* de Ross, si bien Olivecrona no requiere un móvil específico de aceptación sino cualesquiera que responda al contenido del imperativo.

¿Y las normas sobre requisitos y cualidades jurídicas?, ¿son imperativos las reglas sobre competencia y procedimientos? Olivecrona se plantea esta objeción reclinándola porque, según su idea, los imperativos no se refieren necesariamente a proponer una conducta. *Si le doy mi reloj a mi hijo y le digo sea tuyo este reloj estoy utilizando* -dice Olivecrona- *una forma de hablar imperativa, pero no le estoy ordenando hacer nada*. Estos imperativos son llamados *imperativos de existencia* o *imperativos directos* por Olivecrona.

Lo que separa en este punto a Olivecrona de Ross es que el *imperativo independiente* o *cuasi-mandato* no cobra facticidad, según Olivecrona, por la asunción del mismo por el juez, ni mucho menos consiste en ser una directiva sobre el uso de la fuerza, sino que el hecho que lo sostiene es la actitud psicológica del grupo. Los imperativos se refieren a unas reglas de *Derecho sustantivo* que mencionan derechos (facultades) y deberes (obligaciones). La función del juez consiste en resolver la controversia sobre esos supuestos derechos y deberes, de tal manera que dictará sentencia cuando esté

convencido de que el demandante tiene el derecho que alega tener. Ciertamente que el concepto Derecho (subjetivo) no tiene un *referente semántico*, esto es, un objeto al que se refiera, pero la idea de que *existen* derechos como *facultades morales o poderes ideales* sobre una cosa o respecto a una conducta o acción de una persona, es un hecho difícil de eliminar en las personas y con el que cualquier teoría empírica sobre el Derecho tiene que contar<sup>91</sup>.

### **3. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA TEORÍA DEL REALISMO JURÍDICO**

Los principios fundamentales de esta teoría son los siguientes:

- El Derecho no es un sistema constante, uniforme, igual, sino, que, por el contrario, es mutable y se adapta a nuevas situaciones y circunstancias;

- Lo que interesa es averiguar el Derecho efectivamente real. Este no es el que aparece declarado en las leyes, ni tampoco aquel que los jueces declaran como fundamento de sus fallos, sino que es lo que los jueces hacen, independientemente de lo que expongan en sus sentencias. Por ello el Derecho efectivo es el modo real como los jueces se comportan;

- La norma establecida por el juez en su sentencia constituye solamente una especie de disfraz para justificar la decisión efectiva que toma. Lo que importa no es tanto lo que el juez dice, sino lo que el juez hace;

- La personalidad del juez constituye un factor decisivo en el fallo. Para que el Derecho tenga plena uniformidad, continuidad y certeza sería necesario que todos los jueces fueran iguales y tuvieran idénticos hábitos mentales y emocionales;

- El Derecho se perfecciona no en virtud de las normas jurídicas, sino por la acción de seres humanos concretos que son los jueces. La personalidad del juez es realmente el factor central del Derecho. El juez crea el Derecho, aunque hayan normas jurídicas generales preexistentes<sup>92</sup>.

# TEORÍA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO

*Entre Derecho y Moral existe distinción,  
pero no separación y muchísimo menos antítesis.*

**Giorgio Del Vecchio**

## 1. INTRODUCCIÓN

Arrancando desde mediados del siglo XIX, tres épocas pueden distinguirse dentro de las doctrinas referentes a la naturaleza del Derecho.

El primer período puede llamarse el de la *complejidad impura*. Los autores al abordar el tema de la naturaleza del Derecho, mezclan de manera confusa elementos sociales, normológicos y valorativos. Un representante de esta época es Georg Jellinek, quien en su doctrina de la *fuerza normativa de lo fáctico* combina lo social con lo normológico; y quien, al tratar los fines del Estado, incursiona en la esfera de los valores. La fase de la complejidad impura produce como saludable reacción la de la simplicidad pura. El gran depurador es Hans Kelsen, que purifica el concepto del Derecho. El elemento social es extrañado y confinado en la Sociología. El ingrediente valorativo es excomulgado del ámbito de la ciencia y vagabundea por el campo de la política. Kelsen consigue, pues, para los juristas un concepto puro del Derecho a costa de automutilaciones que lo conducen a un verdadero nihilismo. Estas dolorosas operaciones produjeron a su vez una nueva reacción, que quería salvar el ideal de la pureza, haciéndolo compatible con la complejidad del mundo jurídico. Entramos, pues, en la tercera etapa, la de la complejidad pura. Se trata, en otras palabras, de mantener la triplicidad de los elementos, por ejemplo, el Tridimensionalismo de Miguel Reale, el Integrativismo de Jerome Hall y la Egología de Carlos Cossio. He aquí también el lugar geométrico del Trialismo<sup>93</sup>.

## 2. ESTRUCTURA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO DE MIGUEL REALE

El simple hecho de que existan varias acepciones de la palabra Derecho suscita una pregunta que aún hoy continúa formulándose: estos significados fundamentales que a través del tiempo han sido atribuidos a una misma palabra ¿acaso no revelan que hay aspectos o elementos complementarios en la experiencia jurídica? Un análisis en profundidad viene a demostrar que tales significados corresponden

a tres aspectos básicos. Discernibles en cualquier momento de la vida jurídica: un aspecto normativo (el Derecho como ordenamiento y su respectiva ciencia); un aspecto fáctico (el Derecho como hecho, o en su efectividad social e histórica) y un aspecto axiológico (el Derecho como valor de justicia).

En las últimas cuatro décadas el problema de la tridimensionalidad del Derecho ha sido objeto de estudios sistemáticos hasta culminar en una teoría a la que creo haber dado nueva conformación, sobre todo por la demostración de que:

- Dondequiera que haya un fenómeno jurídico hay siempre necesariamente un hecho subyacente (hecho económico, geográfico, demográfico, de carácter técnico etc.): un valor que confiere determinada significación a ese hecho, inclinándolo o determinando la acción de los hombres en el sentido de alcanzar o preservar cierta finalidad u objetivo; y, finalmente, una regla o norma que representa la relación o medida que integra uno de aquellos elementos en el otro; el hecho en el valor.

- Tales elementos o factores (*hecho, valor y norma*) no existen separados unos de otros, sino que coexisten en una unidad concreta.

- Más aún, esos elementos o factores no solo se exigen recíprocamente, sino que actúan como los elementos de un proceso (ya vimos que el Derecho es una realidad histórico-cultural) de tal modo que la vida del Derecho resulta de la interacción dinámica y dialéctica de los tres elementos que la integran.

Dicho esto, analicemos el esquema o estructura de una norma o regla jurídica de conducta:

Si es *H* (*hecho*), debe ser *P* (*prestación*).

Si no fuera *P* (*prestación*), deberá ser *SP* (*sanción penal*).

Por ejemplo, una norma legal prevé el pago de una letra de cambio, en la fecha de su vencimiento, bajo la pena de protesto, gozando el acreedor de la facultad de promover la ejecución del crédito. En este caso diríamos:

Si hay una *deuda cambiaria* (H), debe ser *pagada* (P).

Si la deuda *no fuese pagada* (no P), deberá existir una *sanción penal* (SP).

Lo que deseamos demostrar es que, en este ejemplo, la norma de Derecho cambiaria representa una disposición legal que se basa en un hecho de orden económico (el hecho de que, en la época moderna, las necesidades del comercio exigen formas adecuadas de relación y que miran a asegurar un valor, el valor de crédito, en orden a un pronto pago sobre la base de lo que está formalmente declarado en la letra de cambio. Como puede verse, un hecho económico queda ligado a un valor de garantía para expresarse a través de una norma legal que atiende a las relaciones que deben existir entre aquellos dos elementos.

La letra de cambio, en una explicación elemental y sumaria, surgió como un documento mediante el cual una persona ordenaba a otra que pagase a un tercero una determinada cantidad a la presentación del título. Si estudiamos la evolución de esta notable creación del Derecho Mercantil, constatamos que ha ido sufriendo alteraciones a través de los tiempos debidas a los cambios operados en el plano de los hechos (alteraciones en los medios de comunicación y de información, en el sistema de crédito o de organización bancaria) y debidas también a la alteración de nuestros valores o fines económico-utilitarios de crédito y de circulación garantizada de la riqueza hasta convertirse en un título de crédito de naturaleza autónoma, literal, abstracta y exigible.

De este modo, hechos, valores y normas se implican y se exigen recíprocamente, lo cual, como hemos de ver, se refleja también en el momento en que el jurisperito (abogado, juez o administrador) interpreta una norma jurídica para aplicarla.

Desde su origen, esto es, desde la aparición de la norma jurídica -que es síntesis integrante de hechos ordenados según valores- hasta el momento final de su aplicación, el Derecho se caracteriza por su estructura tridimensional en la cual hechos y valores se dialectizan.

Esto es, obedecen a un proceso dinámico que hemos de ir desvelando. Decimos que este proceso del Derecho obedece a una forma especial de dialéctica que llamamos dialéctica de implicación-polaridad que no se confunde con la dialéctica hegeliana o marxista de los opuestos. Esta es una cuestión que podrá ser esclarecida con mayor eficacia en el ámbito de la Filosofía del Derecho. Según la *dialéctica de implicación polaridad* aplicada a la experiencia jurídica, el hecho y el valor de la misma se correlacionan de tal modo que cada uno de ellos se mantiene irreductible al otro (polaridad), pero ambos son exigidos mutuamente (implicación), dando origen a la estructura normativa como momento de realización del Derecho.

Podemos completar nuestra noción inicial de Derecho conjugando la estructura tridimensional con la nota específica de bilateralidad atributiva diciendo que: *el Derecho es una realización ordenada y garantizada del bien común en una estructura tridimensional bilateral atributiva*. O, en forma analítica, que: *el Derecho es la ordenación heterónoma, coercible y bilateral atributiva, de las relaciones de convivencia según una integración normativa de hechos y valores*<sup>24</sup>.

### **3. EL INTEGRATIVISMO DE JEROME HALL**

Eminente profesor de la Universidad de Indiana, Jerome Hall ha sido a la vez uno de los más eficientes animadores de los estudios filosófico-jurídicos en los Estados Unidos. Presidió el *Comité de Filosofía Jurídica* de la *Association of Professors of American Law Schools*, comité que realiza publicaciones a través de las cuales no solo se conoce el pensamiento norteamericano respecto a tal disciplina, sino también el latinoamericano y el europeo.

En su obra *Integrative Jurisprudence*, Hall nos indica los requisitos que ha de reunir una verdadera teoría jurídica, señalando la necesidad de que ella se funde en ideas intelectualmente defendibles, comprendiendo todos los aspectos del Derecho y proponiendo soluciones que no estén en contradicción con las propuestas por otras ciencias sociales o por otras ciencias jurídicas y no entrando en contradicción, evidentemente, con los hechos, en su aplicación práctica.



La *Integrative Jurisprudence* o *Teoría Jurídica Integral*, para alcanzar los mejores resultados, ha de tener por objeto la experiencia colectiva del Derecho, experiencia que Hall denomina *complejo sociológico-jurídico*<sup>95</sup>.

#### **4. TEORÍA EGOLÓGICA DE CARLOS COSSIO**

Carlos Cossio nació en Argentina en 1903. Desempeñó la cátedra de Filosofía del Derecho en la Universidad de La Plata, y es una de las figuras más destacadas en el campo filosófico-jurídico en Latinoamérica. Su influencia ha sido considerable, y su obra de gran jerarquía intelectual. Entre sus escritos más importantes cabe mencionar: *La Valorización Jurídica y la Ciencia del Derecho*, *La Teoría Egológica del Derecho Jurídico* y *El Derecho en el Derecho Judicial*.

Los *Fundamentos de la Teoría Egológica del Derecho*, podemos sintetizarlos en la siguiente forma:

*Carlos Cossio, en su Teoría Egológica, intentó fundar una Filosofía del Derecho positivo distinta de la Filosofía científica del positivismo. En consecuencia, la egología jurídica no considera a la Filosofía del Derecho como una síntesis de los resultados de las ciencias jurídicas, pues entonces sería inútil su misión, porque redundaría en una repetición de lo que aquellas ya habían establecido sino que, por el contrario, entiende Cossio por Filosofía de la Ciencia del Derecho, la que es útil al jurista, explicándole cómo piensa jurídicamente.*

*Al examinar las relaciones entre la Filosofía del Derecho y la ciencia jurídica, estableció un dilema para el jurista, que no puede ser desconocido por quienes se ocupan de estos problemas. Según Cossio: si la ciencia y la Filosofía, difiriendo en el método, investigan el mismo objeto, una de dos: o la Filosofía llega a la misma conclusión que la ciencia, y entonces no tiene razón esta duplicidad del trabajo; o la Filosofía llega a conclusiones diversas de la de las ciencias; en este caso, la ciencia tendrá primacía, porque se sustenta sobre datos. En ambos casos, pues, la Filosofía es inútil. Solamente encontrando un nuevo objeto de valor para la ciencia, mientras no sea un objeto científico, la Filosofía garantizará su existencia.*

*El presente dilema de Cossio, de origen kantiano y reflejo de la pureza metódica de Kelsen, lo llevó a construir la Teoría Ecológica del Derecho, que a pesar de tener un objeto diverso de la ciencia, es indispensable para las investigaciones científicas sobre el Derecho. La Filosofía del Derecho, según Cossio, solo tiene utilidad para la ciencia jurídica porque aclara al jurista cómo piensa científicamente el Derecho, y no tiene utilidad alguna para solucionar los problemas científicos no resueltos aún por la Jurisprudencia, pues, como pone de relieve, las ciencias jurídicas, por sus lagunas, no pueden recibir ayuda directa de la Filosofía del Derecho.*

*La Filosofía Jurídica Ecológica se divide en Ontología Jurídica, Lógica Jurídica Formal, Lógica Jurídica Trascendental y Axiología Jurídica. La Lógica Jurídica Formal, que es el único punto en que la Teoría Ecológica se aproxima a la Teoría Pura del Derecho, tiene por objeto la indagación del pensamiento del jurista cuando ejerce su actividad de tal, o sea, cuando piensa a través de normas. La Lógica Jurídica Trascendental no pretende distinguir al jurista de la norma, ni describir el modo peculiar de pensar de aquel, pero investiga lo que entiende por jurídico el jurista. Considerando la ecología que este es antes que nada un hombre, y que por ello valora el mundo, vive estimando las cosas y, siendo el Derecho un objeto cultural por ser una realidad que se refiere a los valores jurídicos, investigan en la axiología jurídica el valor jurídico puro.*

*Cossio sostiene que el Derecho en su esencia se presenta como conducta humana en su interferencia intersubjetiva. Considerándolo como tal, lo distingue de los objetos naturales que son gobernados por el principio de causalidad, pues aquella se caracteriza por la posibilidad de crear, en todo momento, cualquier cosa de nuevo. De ahí que las conductas no se presenten en forma idéntica, sino con trazos comunes, dotados de generalidad, o sea, como tipos de comportamiento. Lo que individualiza a la conducta es la libertad, la posibilidad del protagonista de la vida jurídica de crear cualquier cosa de nuevo y no es posible considerarla como un ser, pero sí como un deber ser existencial. De esta forma, en toda conducta jurídica, que constituye el objeto de la ciencia del Derecho, existe un ego, y un yo actúo. En consecuencia, el objeto de la Jurisprudencia en cuanto a conducta es un objeto sujeto al mismo tiempo.*

*La libertad es, pues, según Cossio, la caracterización de la conducta. Por eso no es posible al Derecho desconocerlo, pues, como conducta intersubjetiva que es, es libertad, deber ser existencial.*

*La intuición de la esencia del Derecho como libertad acarrea, lógicamente, la acepción del axioma egológico, enunciado por Cossio en la siguiente forma: Todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido, axioma que supone como presupuesto la libertad humana.*

*Este axioma egológico, considerado como juicio sintético a priori, fundado en la intuición de la libertad, constituye uno de los postulados básicos en la teoría de Cossio.*

*La Teoría Egológica acepta la tesis de Kelsen de que la norma jurídica establece un deber ser, o sea, que dado un antecedente debe ocurrir cierta consecuencia: dado A debe ser B, es la fórmula kelseniana. Todos reconocemos la importancia de esta tesis de Kelsen, según la cual el mundo, en relación con el Derecho, se distingue en ser gobernado por la ley natural, por el principio de causalidad, y en deber ser, de la ley jurídica, de las normas de las posibilidades. Kelsen, al no admitir en la Teoría Pura ninguna investigación metafísica, ninguna ideología, considera al deber ser jurídico, antiaxiológicamente, pues se trata de un deber ser que establece cómo es el Derecho, o sea el realizado por la norma positiva, y no el que debería realizar el Derecho. Así, el deber ser de Kelsen no reflexiona en los valores, en la justicia, en la seguridad, en la paz, en fin, no admite un juicio de valor sobre el Derecho positivo.*

*Carlos Cossio admite la tesis de Kelsen de que el Derecho establece un deber ser, pero no el deber ser kelseniano: dada una conducta se impone una sanción, pues así solo comprendería el caso de inobservación de la norma. El deber ser egológico tiene otra extensión y comprensión de los fenómenos jurídicos, y supera al deber ser kelseniano al establecer que en la experiencia jurídica a una conducta deberá corresponder otra, que no siendo observada acarrea la aplicación de una sanción. De ahí que represente su deber ser con la siguiente fórmula: dado H debe ser P, o dado no P debe ser S.*

*Carlos Cossio acepta una pluralidad de valores jurídicos pues sostiene que pertenece a la esfera del Derecho todo valor que posee la estructura de*

*alteridad. Son así valores jurídicos los siguientes: 1) el orden; 2) la seguridad; 3) el poder; 4) la paz; 5) la cooperación; 6) la solidaridad; y 7) la justicia. Esta serie de valores que ocupan la posición inicial de esta serie son menos valiosos que los valores; está orientada por los siguientes principios: los valores que se hallan inmediatamente arriba; así vale más la justicia que el orden en el sentido de que a la intrínseca cualidad de la primera le conferimos mayor dignidad y jerarquía que a la intrínseca del segundo. Partiendo, entre tanto, desde los últimos valores de esta serie hacia los valores iniciales, pasamos de valores fundados a valores fundantes, o sea, que los valores de posición superior, en el sentido de que estos no pueden realizarse si aquellos lo impiden; un valor superior no puede ser realizado en forma contraria a su inferior y, en cambio, puede existir un valor inferior negado por el superior.*

*Este breve análisis de la Teoría Ecológica demuestra que Cossio no dio ropaje nuevo a la Teoría Pura del Derecho de Kelsen, como muchos han señalado, no solo en la Argentina, sino en otros países, sino que procuró completar la Teoría Pura del Derecho con una teoría de los valores jurídicos y una investigación ontológica del Derecho. En verdad, partiendo de la teoría de Kelsen fue más allá, sin abandonar no obstante las ideas del jefe de la Escuela de Viena, conforme él mismo señaló al expresar que se debe ir más allá de Kelsen sin abandonarlo. Sostener que la teoría de Cossio es un disfraz de la de Kelsen, es una afirmación errónea, que tiene por causa un conocimiento insuficiente, no solo de la Teoría Pura del Derecho, sino también de la Teoría Ecológica<sup>26</sup>.*

# BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTÍN, San (1951), *Obras de San Agustín: Contra Faustum Manichærum*, 2a. edición, editorial Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid.
- AGUSTÍN, San (1951), *Obras de San Agustín: De Civitate Dei*, 2a. edición, editorial Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid.
- BALLESTEROS, Jesús (1973), *La Filosofía Jurídica de Giuseppe Caprograssi*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Delegación de Roma, editorial Sucesores De Rivadeneira, Madrid.
- BATTAGLIA, Felice (1951), *Curso de Filosofía del Derecho*, traducción de Francisco Elías de Tejeda y Pablo Lucas Verdú, 3 tomos, editorial Reus, Madrid.
- BLANCO González, Antonio (1994), *El Positivismo Jurídico*, Universidad Nacional a Distancia, Impresos y Revistas S.A., Madrid.
- CARDOZO, Benjamín (1955), *La Naturaleza de la Función Judicial*, traducción de Eduardo Poncea, editorial Depalma, Buenos Aires.
- CATHREIN, Víctor (1945), *Filosofía del Derecho*, traducción de Alberto Jardón y César Barja, 5a. edición, editorial Reus, Madrid.
- DE GREGORIO Burgos, María Soledad (1994), *Filosofía del Derecho*, Universidad Nacional a Distancia, Impresos y Revistas S.A., Madrid.
- DEL VECCHIO, Giorgio (1969), *Filosofía del Derecho*, edición revisada por Luis Legaz y Lacambra, 9a. edición, editorial Bosch, Barcelona.
- FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio (1994), *Filosofía del Derecho*, Universidad Nacional a Distancia, Impresos y Revistas S.A., Madrid.
- FERRATER Mora, José (1958), *Diccionario de Filosofía*, 4a. edición, editorial Sud-Americana, Buenos Aires.
- FRANK, Jerome, *¿Son jueces humanos?* Revista de Derecho.
- GOLDSCHMIDT, Werner (1967), *Introducción Filosófica al Derecho*, 3a. edición, editorial Ediciones Depalma, Buenos Aires.
- GÓMEZ ADANERO, Mercedes (1994), *Filosofía del Derecho*, Universidad Nacional a Distancia, Impresos y Revistas S.A., Madrid.
- GONZÁLEZ Díaz, Lombardo (1995), *González Díaz Lombardo*,

*Compendio de Historia del Derecho y del Estado*, editorial Limusa, grupo Noriega Editores, México, D.F.

GROCIO, Hugo (1925), *Del Derecho de la Guerra y de la Paz*, traducción de Jaime Torrubiano Ripoll, editorial Reus, Madrid.

HEGEL, Federico (1939), *Líneas fundamentales de la Filosofía del Derecho: Interpretación de Antígona, Filosofía del Derecho*, traducción de Angélica Mendoza de Montero, 2a. edición, editorial Claridad, Buenos Aires.

HOBBS, Tomás (1961), *De Cive*, editorial G. Molesworth, Ópera Latina, Scientia Aalen, Aalen.

HOLMES, Oliver Wendell Jr. (1964), *The Common Law*, traducción de Fernando N. Barrancos y Vedia, Unión Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires.

JELLINEK, George (1954), *Teoría General del Estado*, traducción de Fernando de los Ríos, editorial Albatros, Buenos Aires.

KANT, Manuel (1968), *Principios metafísicos de la Doctrina del Derecho*, editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F.

KELSEN, Hans (1964), *La Idea del Derecho Natural y otros ensayos*, editorial Losada, Buenos Aires.

LLEWELLYN, Karl (1962), *Jurisprudence Realism in Theory and Practice*, The University of Chicago Press, Chicago.

MANTILLA Pineda, Benigno (1996), *Filosofía del Derecho*, editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia.

MAYER, Max Ernst (1937), *Filosofía del Derecho*, traducción de Luis Legaz y Lacambra, editorial Labor S.A., Barcelona.

MONTESQUIEU, Carlos de (1822), *Del Espíritu de las Leyes*, traducción de Juan López de Peñalver, 2a. edición, editorial La Imprenta Nacional, Madrid.

PACHECO Gómez, Máximo (1990), *Teoría del Derecho*, 4a. edición, Editorial Temis S.A./Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.

PLATÓN (1965), *Critón*, traducción de Francisco García, ediciones Aguilar, Biblioteca de Iniciación Filosófica.

- PLATÓN (1965), *Las Leyes*, ediciones Obras Maestras, 2 volúmenes, España.
- POUND, Roscoe (1961), *An Introduction to the Philosophy of Law*, Yale University Press, New Haven.
- PUFENDORF, Samuel (1740), *Elementos de la Jurisprudencia y la Política*, traducido del latín por Jean Barbetrac, Nouvelle Edition, Londres, 3 volúmenes.
- RADBRUCH, Gustav (1952), *Filosofía del Derecho*, traducción de José Medina Echavarría, 3a. edición, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- RADBRUCH, Gustav, *La Renovación del Derecho*.
- REALE, Miguel (1989), *Introducción al Derecho*, Pirámide, Madrid.
- RECASÉNS Siches, Luis (1947), *La Filosofía del Derecho de Francisco Suárez con un estudio sobre sus antecedentes en la Patrística y en la Escolástica*, 2a. edición, México.
- RODRÍGUEZ Paniagua, José María (1996), *Historia del Pensamiento Jurídico*, Universidad Complutense Madrid, Servicio Publicaciones Facultad Derecho, Laxes S.L. ediciones, Madrid.
- ROMMEN, Enrique (1950), *Derecho Natural, Historia, Doctrina*, traducción de González Uribe, Héctor, editorial Jus, México, D.F.
- ROMO MICHAUD, Javier (1994), *Teoría del Derecho, Antología*, Universidad Nacional Autónoma de México, División Universidad Abierta, Facultad de Derecho, UNAM, México, D.F.
- ROSS, Alf (1994), *Sobre el Derecho y la Justicia*, traducción de Genaro R. Carrió, 5a. edición, editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires.
- ROUSSEAU, Juan Jacobo (s/f), *El contrato social o principios de Derecho Político*, traducción de Everardo Velarde, editorial Garnier Hermanos, París.
- TOMÁS de Aquino, Santo (1964), *Suma Teológica*, traducción de Francisco Barbado Viejo, editorial Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid.
- TRAVERSO, Juan Damian (1994), *El Realismo Jurídico*, Universidad



- Nacional a Distancia, Impresos y Revistas S.A., Madrid.
- SEGURA Ortega, Manuel (1994), *El Pensamiento Socialista*, Universidad Nacional a Distancia, Impresos y Revistas S.A., Madrid.
- SÓFOCLES (1956), *Antígona*, traducción de José de la Cruz Herrera, editorial Jackson, Buenos Aires.
- SPINOZA, Benito (1890), *Tratado Teológico-Político*, traducción de Julián de Vargas y Antonio Zozaya, 2a. edición, editorial Dirección y Administración, Madrid.
- STAMMLER, Rodolfo (1930), *Tratado de Filosofía del Derecho*, traducción de W. Roces, editorial Reus, Madrid.
- SUÁREZ, Francisco (1918-1921), *Tratado de las leyes y de Dios legislador: De Legibus II*, versión castellana de don Jaime Torrubiano y Ripoll, editorial Reus, Madrid.
- WILLIAMS Benavente, Jaime (1972), *Algunos Aspectos de la Libertad según John Locke*, separata de la Revista de Derecho Público, No. 13, Santiago.

# ÍNDICE

## SUMARIO

### CAPÍTULO 1

#### INTRODUCCIÓN A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

##### 1. DEFINICIÓN DE FILOSOFÍA

##### 2. DISCIPLINAS FILOSÓFICAS

##### 3. CONCEPTOS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

##### 4. FUNCIÓN PRÁCTICA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

### CAPÍTULO 2

#### EL DERECHO NATURAL

##### 1. INTRODUCCIÓN

###### 1.1. El drama de Antígona

###### 1.2. La tragedia de Sócrates

##### 2. REPRESENTANTES DEL IUSNATURALISMO

###### 2.1. El Derecho natural en Grecia

###### 2.1.1. Sócrates (469-399 a. de C.)

###### 2.1.2. Platón (427-347 a. de C.)

###### 2.1.3. Aristóteles (384-322 a. de C.)

###### 2.2. Los romanos

###### 2.3. Los primeros cristianos

###### 2.4. Los Santos Padres

###### 2.4.1. San Agustín (354-430)

###### 2.4.2. Santo Tomás de Aquino (1226-1274)

###### 2.4.3. Francisco Suárez

###### 2.5. Escuela Clásica del Derecho Natural

###### 2.5.1. Primer período

###### 2.5.2. Segundo período

###### 2.5.3. Tercer período

###### 2.6. Escuela del Derecho Racional e Idealista

###### 2.6.1. Manuel Kant (1724-1804)

###### 2.6.2. Jorge Guillermo Federico Hegel (1770-1831)

###### 2.7. Nueva Escuela Iusnaturalista

- 2.7.1. Rodolfo Stammler (1856-1938)*
- 2.7.2. Giorgio Del Vecchio (1878-1970)*
- 2.7.3. Giuseppe Capograssi (1889-1956)*

## **CAPÍTULO 3**

### **EL DERECHO POSITIVO**

#### **1. INTRODUCCIÓN**

#### **2. REPRESENTANTES DEL IUSPOSITIVISMO**

##### **2.1. Positivismo francés**

- 2.1.1. Augusto Comte (1798-1857)*
- 2.1.2. Francisco Geny (1871-1938)*

##### **2.2. Positivismo inglés**

- 2.2.1. John Stuart Mill (1806-1873)*
- 2.2.2. Heriberto Spencer (1820-1903)*
- 2.2.3. Carlos Darwin (1808-1882)*

##### **2.3. Positivismo alemán**

- 2.3.1. Luis Feuerbach (1804-1872)*
- 2.3.2. Rudolf von Ihering (1818-1892)*
- 2.3.3. Otto von Gierke (1841-1921)*

##### **2.4. Positivismo italiano**

##### **2.5. Escuela Sociológica del Derecho en los Estados Unidos**

- 2.5.1. Roscoe Pound (1870-1964)*
- 2.5.2. Oliver Wendell Holmes (1841-1936)*
- 2.5.3. Benjamín N. Cardozo (1870-1938)*
- 2.5.4. Movimiento realista jurídico norteamericano*
- 2.5.5. Karl N. Llewellyn (1893-1962)*
- 2.5.6. Jerome Frank (1889-1957)*
- 2.5.7. Thurman Arnold (1891-1969)*
- 2.5.8. La Sociología del Derecho de N. S. Timasheff (1866-1970)*

## **CAPÍTULO 4**

### **LA TEORÍA PURA DEL DERECHO**

#### **1. INTRODUCCIÓN**

#### **2. ANÁLISIS DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO**

## **CAPÍTULO 5**

## EL DERECHO SOCIALISTA

### 1. INTRODUCCIÓN

### 2. REPRESENTANTES DEL IUSMARXISMO

#### 2.1. Carlos Marx y Federico Engels

#### 2.2. Vladimir Ilich Lenin (1870-1924)

#### 2.3. La Teoría Jurídica Soviética

##### 2.3.1. La Teoría Jurídica Soviética anterior a 1937

##### 2.3.2. La Teoría Jurídica Soviética del período posterior a 1937

## CAPÍTULO 6

### TEORÍA DEL REALISMO JURÍDICO

#### 1. EL REALISMO JURÍDICO AMERICANO

#### 2. EL REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO

#### 3. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA TEORÍA DEL REALISMO JURÍDICO

## CAPÍTULO 7

### TEORÍA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO

#### 1. INTRODUCCIÓN

#### 2. ESTRUCTURA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO DE MIGUEL REALE

#### 3. EL INTEGRATIVISMO DE JEROME HALL

#### 4. TEORÍA EGOLÓGICA DE CARLOS COSSIO

## BIBLIOGRAFÍA

---

<sup>1</sup> José Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*.

<sup>2</sup> Máximo Pacheco G., *Teoría del Derecho*, p. 685.

<sup>3</sup> Máximo Pacheco G., *Teoría del Derecho*, p. 686

<sup>4</sup> V. Cathrein, *Filosofía del Derecho*, p. 12

<sup>5</sup> Rodolfo Stammler, *Tratado de Filosofía del Derecho*, pp. 1-5.

<sup>6</sup> Max Ernst Mayer, *Filosofía del Derecho*, p. 15

<sup>7</sup> Gustav Radbruch, *Filosofía del Derecho*, p. 13

<sup>8</sup> Giorgio Del Vecchio, *Filosofía del Derecho*, pp. 276-279.

<sup>9</sup> Felice Battaglia, *Curso de Filosofía del Derecho*, p. 15.

<sup>10</sup> Benigno Mantilla, *Filosofía del Derecho*, p. 19.

- 11 Gustav Radbruch, *Filosofía del Derecho*, p. 17.
- 12 Benigno Mantilla, *Filosofía del Derecho*, p. 21
- 13 Federico Hegel, *Interpretación de Antígona*, *Filosofía del Derecho*, p. 169.
- 14 Sófocles, *Antígona*, p. 158.
- 15 Platón, *Critón*, p. 38.
- 16 Enrique Rommen, *Derecho Natural*, p. 15.
- 17 Antonio Fernández-Galiano, *Filosofía del Derecho*, pp. 23-24.
- 18 Platón, *Las Leyes*, libro IV.
- 19 Máximo Pacheco, *Teoría del Derecho*, pp. 438-439.
- 20 Antonio Fernández-Galiano, *Filosofía del Derecho*, pp. 37-38.
- 21 Op. cit., p. 39.
- 22 Op. cit., pp. 40-41.
- 23 Op. cit., pp. 42-43.
- 24 Mercedes Gómez Adanero, *Filosofía del Derecho*, pp. 52-54.
- 25 María Soledad De Gregorio, *Filosofía del Derecho*, pp. 68-69.
- 26 Agustín, *Contra Faustum Manichærum*, XXII-27.
- 27 F. Suárez, *De Legibus II*, 6,13.
- 28 Agustín, *De Civitate Dei*, XIX, 13,1.
- 29 G. Jellinek, *Teoría General del Estado*, pp. 139-140.
- 30 Agustín, *De Civitate Dei*, IV, 4.
- 31 José María Rodríguez Paniagua, *Historia del Pensamiento Jurídico*, pp. 80-84.
- 32 Santo Tomás, *Suma Teológica*, I-II-e, 94, a, 4.
- 33 Máximo Pacheco, *Teoría del Derecho*, pp. 441-442.
- 34 Luis Recaséns, *La Filosofía del Derecho de Francisco Suárez*, p. 145.
- 35 Op. cit., p. 151.
- 36 Máximo Pacheco, *Teoría del Derecho*, pp. 443-444.
- 37 Hugo Grocio, *Del Derecho de la Guerra y de la Paz*, p. 52.
- 38 Thomás Hobbes, *De Cive*, volumen II, capítulo II, No. 1.
- 39 Benito Spinoza, *Tratado Teológico-Político*, tomo III, capítulo XVI.
- 40 Samuel Pufendorf, *Elementos de la Jurisprudencia y la Política*, libro II, p. 4.
- 41 Jaime Williams, *Algunos Aspectos de la Libertad según John Locke*.
- 42 Carlos de Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, tomo II, libro XI, capítulo VI.
- 43 Juan Jacobo Rousseau, *El Contrato Social*, libro I, capítulo VI.
- 44 Manuel Kant, *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*, p. 43.
- 45 José María Rodríguez Paniagua, *Historia del Pensamiento Jurídico*, pp. 279-288.
- 46 Lombardo González Díaz, *Compendio de Historia del Derecho y del Estado*, p. 222.
- 47 Lombardo González Díaz, *Compendio de Historia del Derecho y del Estado*, pp. 235-238.
- 48 Gustav Radbruch, *La Renovación del Derecho*, p. 9.
- 49 Rodolfo Stammler, *Filosofía del Derecho*, p. 93.
- 50 Giorgio Del Vecchio, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, p. 357.
- 51 Jesús Ballesteros, *La Filosofía Jurídica de Giuseppe Caprograssi*, pp. 109-109.
- 52
- 53 Lombardo González Díaz, *Compendio de Historia del Derecho y del Estado*, pp. 260-261.

- 54 José María Rodríguez Paniagua, *Historia del Pensamiento Jurídico*, p. 194
- 55 Antonio Blanco González, *El Positivismo Jurídico*, pp. 246-248.
- 56 Lombardo González Díaz, *Compendio de Historia del Derecho y del Estado*, p. 262.
- 57 Op. cit., p. 263.
- 58 Antonio Blanco González, *El Positivismo Jurídico*, pp. 245-246.
- 59 Op. cit., pp. 248-249.
- 60 Javier Romo Michaud, *Teoría del Derecho, Antología*, pp. 11-16.
- 61 Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*, Yale University Press, New Haven, p. 280.
- 62 Op. cit., p. 99.
- 63 Oliver Wendell Holmes Jr., *Colección de Documentos Legales*, p. 203.
- 64 Benjamín Cardozo, *La Naturaleza de la Función Judicial*, p. 167.
- 65 Jerome Frank, *¿Son Jueces Humanos?* Revista de Derecho, volumen 80, No. 347.
- 66 Lombardo González Díaz, *Compendio de Historia del Derecho y del Estado*, pp. 277-281.
- 67 Mantilla Pineda, *Filosofía del Derecho*, p. 105.
- 68 Hans Kelsen, *La Idea del Derecho Natural*, pp. 19-20.
- 69 Op. cit., p. 22.
- 70 Op. cit., p. 27.
- 71 Op. cit., p. 28.
- 72 Op. cit., p. 29.
- 73 Op. cit., p. 31.
- 74 Op. cit., p. 33.
- 75 Op. cit., p. 37.
- 76 Op. cit., p. 43.
- 77 Op. cit., p. 45.
- 78 Op. cit., p. 48.
- 79 Op. cit., p. 51.
- 80 Op. cit., p. 52.
- 81 Máximo Pacheco, *Teoría del Derecho*, pp. 455-462.
- 82 Manuel Segura Ortega, *El Pensamiento Socialista*, p. 255.
- 83 Op. cit., pp. 257-258.
- 84 Máximo Pacheco, *Teoría del Derecho*, p. 741.
- 85 Op. cit., pp. 743-744.
- 86 Alf Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, p. 1.
- 87 Karl Llewellyn, *Jurisprudence Realism in Theory and Practice*, p. 388.
- 88 Juan Damian Traverso, *El Realismo Jurídico*, pp. 287-290.
- 89 Alf Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, p. XIII.
- 90 Op. cit., p. 32.
- 91 Juan Damian Traverso, *El Realismo Jurídico*, pp. 291-298.
- 92 Máximo Pacheco, *Teoría del Derecho*, p. 388.
- 93 Werner Goldschmidt, *Introducción Filosófica al Derecho*, p. XVII.
- 94 Miguel Reale, *Introducción al Derecho*, pp. 65-71.
- 95 Máximo Pacheco, *Teoría del Derecho*, p. 773.
- 96 Op. cit., pp. 774-782.