

1

normas que así le disponen, como preceptos también que el vendedor pueda pedirnos el pago del precio siempre que él y yo hayamos convenido realizar ese cambio de un objeto por una suma de dinero. Si, por el contrario, pedimos cien pesetas prestadas a un amigo, es evidente que no podemos exigir que nos las dé, porque no estamos sujetos a las anteriores que establezcan.

Elkin R. Guerrero Cera
~~_____~~
~~_____~~

~~_____~~
~~_____~~
~~_____~~
~~_____~~

La existencia de esas normas, por tanto, lo que da soporte jurídico a las relaciones antes citadas y, en general, a todas aquellas que nos ponen en contacto con el Derecho. Sin embargo, esta conclusión, aun cuando es correcta, no basta para explicar el carácter que el Derecho tiene en la vida cotidiana. La amistad que nos une con un amigo, el favor solicitado o que, por querer yo, le doy a un amigo para una necesidad urgente y ser por él que me presta un servicio, debiendo yo agradecerle su generosidad, también aquí pensamos que esas relaciones que nos permiten pedir una cantidad y exigir que nos la den, reglas que ha sido infringidas por quien creíamos ser nuestro amigo o persona de excelentes sentimientos y alta caritativa. Pero claramente se advierte que esas reglas son distintas de las examinadas antes. No diremos que son jurídicas, sino de otra clase: de corrección social, de carácter ético. No basta, por tanto, con decir que el Derecho se caracteriza por estar compuesto de normas de conducta, sino que es preciso distinguir esas reglas (normas jurídicas) de otras muy abundantes y muy variadas que desde muy diversos aspectos y con distinta intensidad rigen nuestra manera de obrar.

A primera vista, tal distinción no parece difícil. Las reclamaciones basadas en normas jurídicas son aquellas en que podemos pedir la ayuda de una autoridad o de un tribunal para satisfacerlas. Las normas jurídicas se nos presentan como obligatorias, precisamente porque puede exigirse su aplicación coactiva a través de órganos establecidos para ello y que tienen los medios

para hacerlas cumplir. Las otras clases de normas carecen de semejante respaldo. Por mucho que nuestro amigo esté obligado moralmente o en aras de la amistad a prestarnos el dinero que le pedimos, no podemos, si se niega, acudir a ninguna autoridad ni a ningún tribunal para exigirle, porque falta la norma jurídica correspondiente que nos obligue a devolverlo en un mes, pasado el cual, si podrá reclamar ante un tribunal la suma

I. QUÉ ES EL DERECHO

1. EL DERECHO EN EL ESTADO MODERNO

En la vida cotidiana realizamos con frecuencia actos o nos encontramos en situaciones que nos ponen en contacto con el Derecho. Subir a un autobús, tomar localidades para una sesión de cine, comprar el periódico, son actos que tienen una trascendencia jurídica, aunque casi nunca repararemos en ello: podemos exigir que el autobús nos transporte a un lugar determinado o que se nos deje entrar en la sala de proyecciones para ver el espectáculo; adquirimos la propiedad del periódico, perdemos la del dinero que hemos pagado. En otros casos, el alcance jurídico de los hechos es más claro y manifiesto: nos quitan la cartera y acudimos a la comisaría de policía para que se inicie una actividad dirigida a descubrir al culpable e imponerle la pena correspondiente; compramos un apartamento a plazos sabiendo que contraemos unas deudas y que si no las pagamos seremos demandados ante los tribunales; nos ponen una multa por no habernos detenido ante un semáforo en rojo.

Si de estos ejemplos o de otros muchos que se podrían imaginar queremos deducir cuál es el elemento común que les da su significado jurídico, no sería difícil llegar a la consecuencia siguiente: en todos esos casos podemos exigir de otros una conducta determinada u otros nos la pueden exigir a nosotros. Pero para que ello sea posible es preciso que exista un conjunto de normas establecidas por virtud de las cuales, dados unos hechos, surjan esas posibilidades de reclamar o de quedar sujetos a una reclamación. Si yo puedo exigir que me entreguen el periódico a cambio de su precio es porque hay una norma o un conjunto de

normas que así lo disponen, como preceptúan también que el vendedor pueda pedirme el pago del precio siempre que él y yo hayamos convenido realizar ese cambio de un objeto por una suma de dinero. Si, por el contrario, pedimos cien pesetas prestadas a un amigo, es evidente que no podemos exigir que nos las dé, porque no hay una norma análoga a las anteriores que establezca semejante deber.

La existencia de una norma es, por tanto, lo que da soporte jurídico a los hechos antes citados y, en general, a todos aquellos que nos ponen en contacto con el Derecho. Sin embargo, esta conclusión, aun siendo cierta, no es suficiente. Por volver al ejemplo antes citado del préstamo pedido a un amigo y que éste nos niega, es muy posible que en tal caso nos sintamos defraudados ante su actitud por entender que el amigo en cuestión estaba «obligado» a atender nuestra demanda. Diremos entonces que dada la amistad que nos unía era su deber hacernos el favor solicitado o que, por querer esa cantidad de dinero para una necesidad urgente y ser para él una cantidad irrisoria, debía «moralmente» ayudarnos en nuestro apuro. También aquí pensamos que existe una norma que nos permitía pedir esa cantidad y esperar que nos la dieran, regla que ha sido infringida por quien creíamos ser nuestro amigo o persona de excelentes sentimientos y alma caritativa. Pero claramente se advierte que esas reglas son distintas de las examinadas antes. No diremos que son jurídicas, sino de otra clase: de corrección social, de carácter ético. No basta, por tanto, con decir que el Derecho se caracteriza por estar compuesto de normas de conducta, sino que es preciso distinguir esas reglas (normas jurídicas) de otras muy abundantes y muy variadas que desde muy diversos aspectos y con distinta intensidad rigen nuestra manera de obrar.

A primera vista, tal distinción no parece difícil. Las reclamaciones basadas en normas jurídicas son aquellas en que podemos pedir la ayuda de una autoridad o de un tribunal para satisfacerlas. Las normas jurídicas se nos presentan como obligatorias, precisamente porque puede exigirse su aplicación coactiva a través de órganos establecidos para ello y que tienen los medios

para hacerlas cumplir. Las otras clases de normas carecen de semejante respaldo. Por mucho que nuestro amigo esté obligado moralmente o en aras de la amistad a prestarnos el dinero que le pedíamos, no podemos, si se niega, acudir a ninguna autoridad ni a ningún tribunal para exigirselo, porque falta la norma jurídica correspondiente. Pero si nos presta el dinero y nos comprometemos a devolverlo en un mes, pasado este plazo, él podrá reclamar ante un tribunal la suma que nos dio y ese tribunal nos condenará a pagarla, porque hay una norma jurídica que exige devolver lo prestado en el plazo y forma convenidos.

Autoridades y tribunales existen y actúan porque la comunidad en que vivimos es una comunidad organizada políticamente y revestida de un poder, una de cuyas manifestaciones son esas autoridades y tribunales; es decir, porque vivimos en un «Estado». Con esto introducimos otra idea básica para la comprensión de lo que es el Derecho. Las normas jurídicas son tales, no porque gocen de ninguna cualidad intrínseca y especial que les dé ese carácter, sino simplemente porque son respaldadas en su cumplimiento por el poder coercitivo del Estado, y el mismo Estado ha de determinar qué normas han de gozar de esa protección, es decir qué normas son jurídicas. Derecho, *en un Estado moderno*, es, por tanto, el conjunto de normas de conducta obligatorias establecidas o autorizadas por el Estado mismo y respaldadas por su poder. Obsérvese que hablamos sólo del Derecho en un *Estado moderno*. Es el caso más simple, más familiar y más importante para todos nosotros. Pero, como se dirá más adelante, el término Derecho se aplica también a otras situaciones a las que la noción que se acaba de dar no se ajusta enteramente. Y aun referida al Estado moderno tal noción requiere algunas aclaraciones.

2. LAS NORMAS JURÍDICAS

En primer término, es preciso examinar más de cerca en qué consisten esas normas de conducta que componen el Derecho, es decir, las normas jurídicas.

Una norma de conducta, en el sentido que aquí nos interesa, es un enunciado que establece la forma en que ha de ordenarse una relación social determinada, es decir, una relación entre dos o más personas. Esto se logra fijando la conducta que han de observar entre sí esas personas dentro de la relación contemplada. Pero si queremos concretar algo más esta idea, un tanto vaga, la cuestión se complica considerablemente, porque tales normas presentan formas muy variadas y nada fáciles de reducir a un esquema único.

3. CLASES DE NORMAS JURÍDICAS

Una parte importante de las normas jurídicas son, en sustancia, órdenes o prohibiciones de hacer algo respaldadas por la amenaza de una sanción, es decir, de un mal con que se conmina al que las infrinja. Éste es el aspecto más simple y, pudiéramos decir, más dramático y popular del Derecho. La vida en sociedad exige que nos abstengamos de realizar ciertos actos que harían imposible la convivencia (robar, matar), y que hagamos otros que son indispensables o convenientes para la existencia de la comunidad (pagar los impuestos, ejecutar ciertos actos de ayuda a los demás). En estos casos, cada norma se descompone en realidad en dos: la que ordena o prohíbe y la que amenaza con la sanción al que no cumpla aquella orden o prohibición. Se prohíbe matar, y se amenaza al que mate con una pena de determinados años de prisión. Es interesante señalar, sin embargo, que en vano buscaremos en los textos legales, en éste y en otros muchos casos, la primera de esas normas. No encontraremos norma alguna que explícitamente prohíba matar. Lo único que hallaremos son normas que determinan la pena del que mate. De este hecho no debe deducirse, como algunos han hecho, que no existen tales prohibiciones y órdenes, sino simplemente que no se expresan porque están sobreentendidas en esas amenazas de sanción, de las que constituyen el antecedente lógico y fácilmente deducible.

Pero el Derecho no es sólo un conjunto de normas que prohíben u ordenan. Otro sector muy importante de sus normas tiene un contenido distinto: autorizan a hacer algo; conceden facultades o poderes a quienes se encuentran en determinadas circunstancias para que los utilicen, dentro de ciertos límites, a su albedrío; ponen a disposición de los particulares medios legales para que realicen fines prácticos por ellos deseados.

El Derecho aparece ahora, no con su faz imperativa y sancionadora, sino bajo un aspecto instrumental, al servicio de los ciudadanos, como un conjunto de disposiciones que sirven de cauce, ayuda y límite al logro de nuestros deseos, a nuestra libre actividad, al desarrollo de nuestra personalidad. Así, las leyes establecen cómo puede adquirirse la «propiedad» de una cosa y reconocen al «propietario» un haz de facultades o poderes: de usar, de percibir los frutos y rentas, de disponer. Tal situación de poder es lo que se denomina técnicamente «derecho subjetivo», a diferencia del Derecho como conjunto de normas, o «Derecho objetivo». Esta aplicación de la palabra «derecho» está también firmemente arraigada en el uso popular, en expresiones como «tener derecho a hacer tal cosa», es decir, tener la facultad o poder legalmente reconocido y protegido de obrar en forma determinada. Los derechos «subjetivos» son, por tanto, situaciones de poder concreto que la ley ampara y de las que podemos usar discrecionalmente para satisfacer nuestras necesidades o intereses.

El Derecho «objetivo» no se limita a concedernos facultades o poderes para obrar en forma determinada, sino que acentúa su carácter instrumental poniendo al servicio de nuestra voluntad individual la posibilidad de modelar nuestras relaciones jurídicas en la forma que estimemos más conveniente. El contrato y el testamento son las dos grandes vías por las que el Derecho abre paso a la «autonomía privada», es decir, a esa posibilidad de la voluntad individual de establecer y configurar relaciones jurídicas dentro de unos anchos límites. Contrato y testamento son figuras reguladas por la ley, pero sumamente moldeables, para

hacer entrar en ellas los deseos, los fines prácticos e incluso en ocasiones los caprichos de los particulares. Una vez realizado el contrato o el testamento, su contenido está amparado por la ley y es de obligado cumplimiento si reúne todas las condiciones exigidas, pero el hacerlo y el contenido concreto que le demos en cada caso dependen sustancialmente de nuestra voluntad.

Los tipos aludidos de normas no agotan las diferentes clases que de ellas pueden encontrarse. Un análisis más detallado permitiría también matizar considerablemente los ejemplos puestos. Se ha intentado no pocas veces reducir los distintos tipos de normas a un esquema único. Tales intentos se han traducido en ingeniosos ejercicios dialécticos cuya utilidad no acaba de verse clara. En todo caso, y para la elemental aproximación al problema que aquí puede hacerse, bastará con recordar que el Derecho se compone de un conjunto de normas de diverso tipo, entre las que destacan por su importancia las que pueden ajustarse al modelo de una orden o prohibición respaldada por amenazas, y las que conceden facultades, poderes y derechos subjetivos, y facilitan medios para alcanzar fines prácticos queridos por los particulares.

4. EL ESTADO MODERNO

Otro dato, que hemos considerado fundamental en la noción de Derecho en un Estado moderno (no se olvide que por ahora sólo nos estamos refiriendo a este caso), es que esas normas son establecidas y respaldadas por el mismo Estado. Para comprender este punto es preciso, previamente, aludir a lo que entendemos por Estado en la actualidad.

El Estado es un hecho social que presenta numerosas facetas y que puede ser contemplado desde diversos puntos de vista. En el aspecto que ahora nos interesa, el Estado moderno se presenta como una comunidad asentada en un territorio y dotada de una organización política independiente, entendiéndose por tal una organización de poder dirigida al gobierno de esa comuni-

dad, y de un poder que es originario, es decir, no derivado de otro poder superior.¹

El elemento fundamental del Estado es el poder. Éste es ejercido en cada caso por determinados hombres, individualmente considerados o en asamblea, cuya designación y funciones están reguladas según la forma política concreta de cada comunidad. Pero la comunidad como tal (y éste es para nosotros un punto importante), se entiende que es una unidad estable e independiente del cambio de los individuos y de las formas políticas. Los actos y decisiones de los hombres y asambleas que en ella detentan el poder son atribuidos por el ordenamiento político de cada momento a la comunidad como entidad abstracta, es decir, al «Estado», que encarna la unidad y la continuidad de la comunidad. Por tanto, los cambios de gobierno o de forma política no alteran la identidad del Estado como tal.

Es fácil observar que en esta concepción entran un conjunto de elementos un tanto ficticios. El mismo concepto de Estado es una abstracción, y detrás de cada uno de sus actos siempre hay hombres determinados de carne y hueso, con sus intereses y sus pasiones. El Estado no es un ente real y actuante, una especie de animal fabuloso que opera por encima de los simples individuos que lo integran. Pero no es tampoco una invención arbitraria de la que se pueda prescindir en el examen de la realidad política y jurídica de una comunidad. El Estado es hoy una necesidad para asegurar la continuidad y la permanencia de la comunidad política por encima de sus contingencias de gobiernos y de hombres, aunque hay que manejarlo a conciencia de que es una abstracción y teniendo en cuenta las realidades concretas que tras él se ocultan.

1. Usamos aquí la palabra «Estado» en un sentido amplio, que en la actual organización política española comprende también las comunidades autónomas. En un sentido más limitado, el término se refiere al llamado «Estado Central» frente a las citadas comunidades. Por último y en su acepción más estricta, el Estado es «el aparato burocrático de funcionarios encabezado por el Gobierno» (H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed. Viena, Franz Deuticke, 1960, p. 270).

Sentado esto, podemos entrar en el problema de qué queremos decir cuando afirmamos que el Estado crea el Derecho. Con arreglo a la forma política que éste tiene en un momento histórico, ciertos hombres o grupos de hombres, a través de los mecanismos establecidos en esa forma política, dictan normas de conducta obligatorias que son atribuidas al Estado como entidad permanente. Esto hace que la vigencia de esas normas sea también permanente, no en el sentido de que no puedan cambiar (cambian, y a veces con frecuencia), sino en el sentido de que la mudanza de los hombres que las dictaron o de la forma política a cuyo amparo nacieron no supone su desaparición. Tal cambio sólo puede tener lugar por una nueva decisión de los hombres que constituyen los órganos habilitados para legislar en cada momento. Así conviven en la misma época leyes de muy diversas fechas y nacidas en las más variadas circunstancias políticas. El Código Civil español, en su edición definitiva, fue publicado en 1889. Lo prepararon diversas comisiones y ministros de esa época, lo discutieron y aprobaron senadores y diputados de aquellos parlamentos, y lo promulgó la Reina Regente en nombre del Rey Alfonso XIII, a la sazón menor de edad. Pero en cuanto todas esas personas eran las que, con arreglo a la forma política entonces existente en España, podían actuar y actuaron como órganos del Estado, el Código Civil se entiende establecido por el Estado español como tal y ha seguido vigente hasta el momento actual, salvo algunas modificaciones, a pesar de los evidentes cambios de personas y de formas políticas que ha sufrido desde entonces nuestro país.

No sólo el Estado puede crear Derecho, sino que tiene hoy el *monopolio* de su creación, en el sentido de que dentro de sus límites no puede existir otro Derecho que el dictado o reconocido por él. Téngase en cuenta, en efecto, que no todo Derecho es establecido directamente por el Estado. Algunas legislaciones reconocen junto a la ley, entendida como la norma impuesta directamente por el Estado, otras «fuentes del Derecho» como la costumbre o los principios generales del Derecho. Normalmente se acepta en todos los países

que ciertas entidades públicas inferiores al Estado, como los Municipios, puedan establecer normas dentro de su territorio. Hoy todo país civilizado admite, también, que en ciertos casos sus tribunales apliquen un Derecho extranjero. Pero poca duda puede haber de que el poder decisivo corresponde en esta materia al Estado, que fija los casos, condiciones y límites en que esas normas jurídicas pueden ser creadas, reconocidas y aplicadas.

El Estado, además de crear el Derecho, lo respalda con su poder. En cuanto él mismo es una organización de poder, una de sus finalidades es garantizar el respeto a las normas jurídicas, imponer la «ley y el orden». Para ello monta órganos especializados en aplicar el Derecho a los casos concretos (los tribunales) y en imponerlo coactivamente a los ciudadanos cuando es preciso (cuerpos de policía y análogos), asumiendo así el monopolio del uso de la fuerza para hacer respetar el Derecho, salvo excepciones como el reconocimiento del ejercicio privado de la fuerza en defensa propia.

Así el Estado ocupa el lugar central del mecanismo jurídico en el interior de su comunidad: crea el Derecho, lo aplica y lo impone, por la fuerza si es preciso. Aparece en su triple faz de «juez, gendarme y legislador». Los reparos y matices que pueden oponerse al reconocimiento de estos hechos no alteran en sustancia el papel decisivo del Estado en el mundo actual, que también es evidente y está vivo en la conciencia popular.

5. NORMAS JURÍDICAS Y OTRAS REGLAS DE CONDUCTA

Esta significación del Estado en relación a las normas jurídicas permite hoy trazar con claridad las diferencias entre ellas y los otros tipos de normas que ordenan la conducta humana. Las normas jurídicas las crea, las modifica, las deroga y las impone el Estado. Todas las otras categorías de normas aparecen al margen suyo y las presiones para hacerlas cumplir o las consecuencias de su incumplimiento no emanan del poder público, sino que siguen otros derroteros. Pero

Agente de
Policía

este hecho no debe ocultarnos que las normas jurídicas no son más que un sector del conglomerado de normas que rigen la conducta humana y que entre todas ellas existen numerosos puntos de relación, como fácilmente se ve al examinar los usos sociales y las normas morales y religiosas, para limitarse a las categorías más importantes.

6. USOS SOCIALES

Los usos sociales son las prácticas generalmente admitidas en una comunidad o en algunos de sus sectores. Varían según las épocas y los países, pero en general son numerosísimos. La mayoría de nuestros actos están sujetos a ellos. La forma de vestir, de comportarse con los demás, incluso de ordenar la mayor parte de los aspectos de nuestra vida, viene determinada por tales usos, cuya importancia para un análisis real de la vida social es enorme. Su parecido y sus conexiones con las normas jurídicas son también grandes. Ciertos usos sociales son más respetados y estimados que bastantes normas jurídicas. Ha habido casos en que un uso ha durado siglos contra toda clase de prohibiciones jurídicas, morales y religiosas. Tal es el caso del duelo o desafío, que sólo ha desaparecido en los últimos cincuenta años, y más por la evolución de las costumbres y de la mentalidad que por efecto de la legislación que lo prohibía. También la propina es un mero uso social y, sin embargo, ha resistido victoriosamente a no pocos esfuerzos que por diversas razones se han hecho para acabar con ella.

En cuanto al contenido de los usos, tampoco existe una diferencia clara con el que presentan a veces las normas jurídicas. En muchos casos coinciden unos y otros. Así, el no robar, además de un precepto jurídico, es un uso social salvo en ciertos círculos (los delincuentes habituales). Por otra parte, los usos proporcionan en bastantes ocasiones la materia prima con la que se forjan las normas jurídicas. La costumbre, por ejemplo, cuya importancia es grande, sobre todo en los Derechos primitivos, tiene como núcleo básico el uso. También

la legislación se limita con frecuencia a elevar al rango de normas jurídicas usos que se han desarrollado en la práctica. El tanto por ciento del precio que en muchos establecimientos corresponde legalmente al servicio, deriva de la propina como uso social, y fue precisamente uno de los intentos ya olvidados para desterrar ésta. Tampoco faltan casos contrarios en que antiguas instituciones jurídicas han perdido este carácter y han quedado reducidas a usos sociales. El duelo fue en su origen el medio reconocido por el Derecho para ventilar ciertos litigios en forma de «juicio de Dios». Entre usos sociales y Derecho hay un permanente transvase, más intenso en unas épocas que en otras, pero siempre considerable.

A menudo, los usos sociales son impuestos por una presión de la comunidad, y su inobservancia va acompañada de sanciones que pueden ser muy eficaces: expulsión del grupo social en que se vive, reprobación más o menos pública y general. Este tipo de sanciones es a veces más temido que el jurídico, hasta el punto de que esos usos en contra de la ley, como el duelo, eran observados sobre todo por la descalificación social que llevaba aparejada el no someterse a ellos y que se prefería evitar, aun a costa de arrostrar las penas de la ley. No faltan quienes no pagan habitualmente las deudas jurídicamente exigibles de sus proveedores, y están dispuestos a llegar al robo y al suicidio para satisfacer deudas de juego, que no se pueden reclamar ante los tribunales, pero que socialmente son consideradas como «deudas de honor» y, por ello, de fiel e ineludible cumplimiento.

El significado de un Derecho no puede captarse en su plenitud si no se analizan estos usos sociales. Operan unas veces a su favor, robusteciendo su eficacia. Sirven otras para matizar y explicar el mismo contenido de las normas. Suplen en ocasiones sus lagunas, y actúan con cierta frecuencia en dirección distinta y aun opuesta a las normas jurídicas. Tienen éstas a su favor el poderoso respaldo del Estado, pero al insertarse en la realidad social no hay que olvidar que son un elemento más, importante sin duda, pero no único, ni siempre decisivo en la determinación de las conductas

y actitudes de los individuos que integran una comunidad.

7. LAS NORMAS MORALES

La relación de las normas jurídicas con las morales plantea problemas parecidos, aunque quizás es más fácil la distinción en este caso que en el de los usos sociales. La norma moral supone la conciencia de un deber, de una conducta que hemos de observar. Su infracción lleva aparejado el reproche moral, es decir, el juicio de que no se ha hecho lo que se debía, de que esa conducta es «mala». Muchas normas morales son también jurídicas, como no matar o no robar, pero esta equivalencia no existe en otros casos, e incluso cuando existe no hay que olvidar que median ciertas diferencias importantes entre la perspectiva jurídica y la moral. El Derecho es ante todo un mecanismo para imponer y garantizar un orden social, y lo que le interesa son las conductas en la medida en que afectan a ese orden. De aquí que los móviles de nuestra conducta, la intención que perseguimos, datos todos ellos básicos para formular una calificación moral, sean indiferentes para el Derecho en cuanto no se manifiestan en una acción antijurídica. Por mucho que codiciemos los bienes ajenos, si nos abstenemos de robar sólo por miedo a ser descubiertos, cumplimos con la ley, aunque moralmente nuestra actitud no sea laudable. El Derecho se limita a exigir la observancia externa de esas reglas en cuanto son necesarias para la convivencia humana y la paz de la comunidad. Impone un «mínimum» ético sin el cual la vida social sería imposible.

Una cuestión aún más grave es la que plantea la disparidad de criterios morales que pueden existir (y de hecho existen) entre los miembros de una misma comunidad. Hay casos en que esos criterios son prácticamente unánimes y el Derecho se limita entonces a respaldar lo que es una convicción general de los ciudadanos. Tal ocurre, por poner casos límites, con la prohibición del parricidio o del incesto, o, en la actualidad, aunque no por supuesto en otras épocas, de la

esclavitud. Pero en otras hipótesis esa aceptación común de unos principios no existe. Piénsese, por ejemplo, en las discusiones relativas a la eutanasia o al aborto. En tales circunstancias, el Derecho cumple una de sus más típicas e importantes funciones, que consiste en fijar autoritariamente normas válidas para todos, sean cuales sean sus personales opiniones. Cada sistema jurídico se basa en una concepción determinada de la moral, algunos de cuyos estratos son de general aceptación y otros chocan con las creencias y criterios de grupos más o menos amplios. Puede surgir así, en casos extremos, el trágico conflicto entre el deber moral, tal y como algunos lo entienden, y el precepto jurídico. Es éste un viejo y siempre renovado problema al que el Derecho no puede dar solución alguna. Si por exigencias del deber moral debe violarse el Derecho en un caso concreto, es algo que cada cual debe decidir en la intimidad de su conciencia. La sanción jurídica y el reproche o la satisfacción moral actúan en planos distintos y pueden también moverse en campos opuestos.

La concepción liberal del Derecho procuró reducir al mínimo estos conflictos acentuando su distinción con la moral, vaciando en lo posible el Derecho de contenidos éticos y limitando éstos a los de más general aceptación. Las consideraciones éticas quedaban así encastilladas en el interior de la conciencia individual y al abrigo del poder coercitivo del Estado. No han faltado ni faltan en cambio opiniones que defienden como misión del Derecho precisamente el difundir e imponer modelos éticos de conducta. El Derecho se convierte así en un instrumento educador de los ciudadanos, y aspira a modelar su personalidad sobre ideales determinados. En realidad, el Derecho cumple siempre esa función, puesto que el imponer unas conductas determinadas en nombre de la comunidad es una forma de educar. Lo que varía es la forma y la intensidad con que se persigue ese fin, que en la concepción liberal surge en cierto modo por reflejo y no a consecuencia de una política deliberada, y en los partidarios de una visión «ética» del Derecho es, por el contrario, una función primordial e intencionada. La diferencia de opi-

niones en este como en otros aspectos no es más que la consecuencia de concepciones diversas sobre el hombre, la sociedad y el Estado. En la actualidad, las concepciones «éticas» del Derecho dominan sobre todo, como es fácilmente explicable, en los países socialistas.

8. LAS NORMAS RELIGIOSAS

La distinción entre normas religiosas y jurídicas es hoy, en general, clara y suele plantear pocos problemas. Históricamente, la importancia de la religión (y de la magia) fue muy grande en los derechos antiguos y sigue siéndolo en los de raíz no occidental, como el musulmán; pero el proceso histórico ha marchado irreversiblemente hacia la tajante separación de la religión y del Derecho, al compás de la secularización del Estado y de la sociedad desde el Renacimiento, y, sobre todo, desde la Revolución francesa. Todavía, en los Estados confesionales, es decir, en los que reconocen una religión oficial, normas de carácter religioso pueden tener relevancia jurídica, como en el caso de España con el catolicismo antes de la vigente Constitución de 1978. Pero estas situaciones son poco frecuentes en el mundo actual. Por supuesto, el proceso de secularización no se aplica a los sistemas jurídicos que, como el canónico, están dirigidos a regular la organización y la vida de una comunidad religiosa.

9. EL DERECHO FUERA DEL ESTADO MODERNO

Lo dicho hasta ahora se refiere a lo que llamamos Derecho en un Estado moderno. Pero, como ya se advirtió, el término «Derecho» se aplica también a otras situaciones algo diversas, para calificar normas de conducta que operan al margen del poder coercitivo del Estado o, al menos, del Estado tal y como lo entendemos y conocemos en el mundo actual. Así se habla de Derecho internacional, o de Derecho canónico, o se estudia el Derecho de épocas pasadas en que el concepto de Estado es aplicable sólo con muchas reservas y co-

rrecciones, como, por ejemplo, en la sociedad feudal de la Edad Media europea, o se contempla la situación de las comunidades «primitivas», en que las circunstancias sociales son radicalmente distintas a las que hoy nos son familiares. En tales casos surgen un conjunto de problemas: ¿Es correcto usar el término «Derecho» para designar las normas de conducta obligatorias en que falta como punto decisivo de referencia la actuación del Estado? ¿Existe una distinción y, en caso afirmativo, de qué manera puede trazarse ésta, entre normas jurídicas y las otras normas de conducta, usos sociales, reglas morales y religiosas? Como ejemplo de las dificultades que provoca el analizar el significado del término «Derecho» en un contexto distinto del ámbito de un Estado moderno, bastará hacer algunas alusiones a dos de los casos que se acaban de mencionar: el Derecho internacional y el de las comunidades primitivas.

10. EL DERECHO INTERNACIONAL

El punto de partida para la consideración del Derecho internacional es bastante simple. Los Estados «civilizados» forman una comunidad (la sociedad internacional), lo que supone un conjunto de relaciones habituales entre ellos e incluso, en la actualidad, una cierta organización de esa comunidad representada sobre todo por la Organización de Naciones Unidas (ONU), que abarca a casi todos los países y que cuenta también con un Tribunal Internacional de Justicia. Pero la sociedad internacional se compone de Estados «soberanos», entendiendo por soberanía el poder de dar órdenes no condicionadas y el derecho a no recibirlas de nadie. No existe un poder superior que cumpla funciones análogas a las del Estado en su Derecho interno, es decir, que legisle, juzgue y aplique coactivamente el Derecho. La ONU no es un «Superestado», sino un cauce de coordinación y discusión entre los diversos Estados que la componen. El Tribunal Internacional de Justicia no puede actuar, en principio, más que cuando las partes acceden a someterse a su jurisdicción, y

es raro que un Estado esté dispuesto a ello en las cuestiones que afecten vitalmente a sus intereses.

En esas circunstancias, no han faltado opiniones contrarias a reconocer que exista un verdadero Derecho internacional; y si por Derecho entendemos sólo las normas impuestas y respaldadas por el Estado, tales opiniones serían incontrovertibles. Pero no hay razón suficiente para semejante limitación. En el ámbito de las relaciones internacionales encontramos un conjunto de normas de conducta que se consideran como obligatorias para los Estados y que se distinguen de las reglas de cortesía o *comitas gentium*, así como de las normas morales, que también rigen o deben regir esas relaciones. La distinción se encuentra firmemente asentada en la práctica de los Estados. Aquellas normas son analizadas e invocadas por los autores que se ocupan de esta materia y por los tribunales internacionales, con métodos semejantes a los que se usan para estudiar las normas jurídicas dentro de un Estado, y por personas que tienen la misma formación, mentalidad y oficio, es decir, por juristas. Todos estos datos son lo suficientemente importantes como para justificar que se califique de jurídicas a esas normas, y de Derecho a su conjunto.

Las analogías no deben hacernos olvidar, sin embargo, las apreciables diferencias que existen entre el significado del término «Derecho» referido a los Derechos estatales y cuando se aplica al Derecho internacional. La falta de un poder supremo hace que la eficacia de las normas jurídicas internacionales sea normalmente muy inferior a la que es habitual en el seno de un Estado moderno. Las consecuencias de su violación aparecen más difuminadas, y las posibilidades de que queden sin sanción son mucho mayores. El recurso a la fuerza sigue siendo la *ultima ratio* en las relaciones internacionales y nadie ni nada puede asegurar que la mayor fuerza y, por consiguiente, el triunfo estarán del lado de la Justicia y el Derecho. Aun sin negar los progresos que se han hecho en el espinoso camino de dar una eficacia a las normas internacionales, lo cierto es que la confianza en éstas es aún muy moderada. No es posible olvidar que la ONU, hoy principal instrumen-

to de esos progresos, fue precedida en tan noble empeño por otra organización, la Sociedad de las Naciones, cuya existencia terminó en un tremendo fracaso. Un conjunto de sangrientos conflictos ha brotado en diversos lugares de la tierra durante los últimos años. Tampoco el temido espectro de una guerra general está totalmente conjurado. En tales circunstancias se explica que el escepticismo sobre el Derecho internacional esté bastante extendido. Pero, precisamente, el calificar de Derecho las normas de conducta que se consideran obligatorias entre los Estados supone la esperanza de que en un futuro será posible organizar la sociedad internacional, confiriendo a su Derecho la misma fuerza que tienen los Derechos internos, para conseguir la «paz perpetua» y la cooperación permanente entre los pueblos.

11. LOS DERECHOS PRIMITIVOS

El problema de qué ha de entenderse por Derecho en los pueblos primitivos es teóricamente más complicado, aunque su alcance práctico sea muy reducido. Por pueblos primitivos se entiende, en el sentido que ahora nos interesa, aquellas comunidades en que no existe una autoridad central que imponga en forma habitual la ley y el orden, ni tribunales organizados en forma permanente y especializados en la función de dirimir los litigios entre individuos. El término abarca tanto la situación de algunos pueblos en los inicios de su historia (el primitivo pueblo romano, por ejemplo), como los actuales pueblos «salvajes», es decir, que han quedado fuera de la corriente de la civilización moderna y se mantienen a un nivel económico y cultural primario.

La ausencia de un poder efectivo en su triple virtud de juez, gendarme y legislador da a estas sociedades primitivas una cierta semejanza con el Derecho internacional, y en parte los problemas con que tropezamos son parecidos. Existen, sin embargo, algunas diferencias importantes. Las comunidades primitivas no disponen de la refinada técnica jurídica con que se

analiza el Derecho internacional, ni su mentalidad está adecuada a las exquisitas distinciones y al examen racional de los problemas que caracteriza la actitud intelectual del hombre «civilizado». La consecuencia es que ante el conjunto de normas de conducta que rigen en una comunidad primitiva no es fácil separar las diversas categorías que se distinguen en las otras sociedades.

Hasta hace algunos años era opinión dominante entre los estudiosos que en tales sociedades no existía una distinción entre las diferentes clases de normas de conducta. Todas ellas formaban un conglomerado confuso de «usos de la tribu», en que se mezclaban lo que para nosotros serían normas jurídicas con las normas morales, los usos sociales, las prácticas mágicas y religiosas e incluso las simples reglas de arte o experiencia. Pero los investigadores actuales han llegado, en general, a una conclusión diferente. Aunque, por supuesto, en forma menos clara de la que a nosotros nos es habitual, también en las comunidades primitivas existe una cierta distinción entre diversos grupos de normas. Algunas de éstas, por considerarse obligatorias, por derivar sobre todo de razones prácticas de la vida social y no de creencias mágicas o religiosas, y por estar amparadas por unos mecanismos sociales de coacción, aunque sean rudimentarios, pueden ser calificadas de «jurídicas». Ciertamente, esta categoría presenta, no pocas veces, un contorno incierto y habrá situaciones en que no será fácil decidir si nos encontramos o no ante una norma jurídica. En esos casos límites es evidente que sólo cabe hablar de un uso convencional de la palabra «Derecho», que es perfectamente lícito, pero cuyo significado en tal contexto no debe confundirse con el que tiene cuando se aplica a situaciones más claras y definidas, como son el Derecho en un Estado moderno e incluso el mismo Derecho internacional.

12. EL CONCEPTO GENERAL DE DERECHO

Estas reflexiones sobre el Derecho en las comunidades primitivas iluminan claramente las graves dificultades con que tropezamos al querer dar un concepto ge-

neral del Derecho, o sea, al querer decir qué es el Derecho en todas las épocas y todas las situaciones posibles. Los intentos para encontrar ese concepto general, para descubrir la «esencia» del Derecho, o para encerrar en una breve fórmula su «definición», han sido y son muy numerosos, demasiado quizá, para que puedan estimarse convincentes. Pero no existe un ente metafísico que se esconda detrás de la palabra «Derecho» y cuya naturaleza hayamos de desvelar. Con el término «Derecho» designamos un conjunto de fenómenos sociales entre los que existen unos elementos comunes: el tratarse de normas de conducta obligatorias en una comunidad y respaldadas por un mecanismo de coacción socialmente organizado. En muchos casos, y para nosotros los más importantes, no es difícil determinar qué normas son jurídicas y cuáles no lo son, porque existe una técnica y unos métodos de análisis refinados durante siglos que nos facilitan esa tarea y porque esa organización coactiva se manifiesta en forma muy clara, a través de tribunales y otros medios visiblemente diferenciados. En otras circunstancias históricas y culturales la decisión sobre qué normas han de calificarse de jurídicas es más problemática y la zona que las separa de otras normas de conducta, especialmente los usos sociales, resulta vaga e imprecisa.

Obsérvese que lo característico del Derecho no es simplemente el reconocimiento de unas normas como obligatorias, sino el ir acompañadas de la posibilidad de imponerlas por la fuerza. En lo que nuestro saber alcanza, puede afirmarse que con mayor o menor intensidad, con unas u otras características, un mecanismo de coacción social de este tipo ha existido y existe en todas las sociedades de las que tenemos noticia cierta. No pocas veces brota la nostalgia por una «edad de oro» que habría conocido la humanidad en los inicios de su historia y en que la coacción no fuese necesaria, porque el hombre, naturalmente bueno, no estaba aún «corrompido» por la civilización y vivía espontáneamente en paz y fraternidad con sus semejantes. Con más frecuencia, en la actualidad se encuentra, en algunos sectores del pensamiento político y social, la esperanza de que en un futuro más o menos remoto

2

desaparezca la necesidad y aun la posibilidad de tal coacción y con ella el Derecho, al menos en el sentido que hoy damos a esa palabra. Pero sin entrar en valorar tales opiniones, lo cierto es que en nuestro horizonte histórico esas situaciones aparecen muy lejanas en el pasado o en el porvenir. La espada sigue siendo símbolo de justicia. El problema no está en prescindir de la fuerza, sino en saber para qué va a servir. Pero con esto ya entramos en otro círculo de cuestiones.

SUGERENCIAS DE LECTURA

- E. DÍAZ, *Sociología y Filosofía del Derecho*, 2.ª ed., Madrid, Taurus, 1980.
- L. DÍEZ PICAZO, *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1973.
- R. DWORCKIN, *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984.
- R. DWORCKIN, *Filosofía del Derecho*, trad. J. Sainz de los Terreros, México, F.C.E., 1980.
- L. FULLER, *La moral en el Derecho*, trad. F. Navarro, México, Trillas, 1967.
- H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, 18.ª ed., trad. M. Nilve, Buenos Aires, Eudeba, 1982 (exposición sintética muy útil como primera aproximación a la doctrina kelseniana).
- H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, trad. R. Vernengo, Universidad Autónoma de México, 1979 (traducción de la 2.ª edición alemana de 1960 de la obra más significativa de Kelsen).
- C. LUMIA, *Principios de teoría e ideología del Derecho*, trad. A. Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1978.
- B. MALINOWSKI, *Crimen y costumbre en la sociedad primitiva*, 6.ª ed., trad. J. y M. T. Alíer, Barcelona, Ariel, 1982.
- C. S. NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1983.

II. LOS FINES DEL DERECHO

13. ¿TIENE EL DERECHO FINES ESPECÍFICOS?

Para no pocos juristas, el Derecho es un puro instrumento, neutro respecto a sus fines, en forma tal que a su través pueden perseguirse las metas más diversas. «El Derecho —dice Kelsen—¹ no constituye sino un medio específico, un aparato coactivo que en sí mismo considerado carece de todo valor ético y político, porque su valor depende del fin trascendente al Derecho.» Esta concepción refleja el hecho cierto de que las tentativas para no calificar de Derecho más que aquellos sistemas jurídicos que se ajustaban a determinadas escalas de valores éticos o políticos han dado escaso resultado. El Derecho es un arma en manos del legislador, que lo puede utilizar en muy diversas direcciones y con varios propósitos. Es difícil negar, sin embargo, que al término «Derecho» han ido unidas siempre algunas connotaciones respecto a sus fines, que obligan a matizar con atención las afirmaciones demasiado tajantes respecto a su carácter instrumental.

Habitualmente, cuando se habla de fines del Derecho se citan la seguridad y la justicia. Ambas palabras están cargadas de una multiplicidad de sentidos y requieren un examen que procure evitar el riesgo de la imprecisión con que a veces son empleadas. Es necesario también ver en qué medida pueden considerarse como verdaderos fines inherentes al Derecho y qué relación guardan entre sí.

1. H. KELSEN: *La teoría pura del Derecho*, trad. esp. L. Legaz Lacambra, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1933, pág. 28.

14. LA PAZ

En su sentido más simple, seguridad equivale a paz, es decir, a la situación de una sociedad en que las relaciones entre sus miembros discurren habitualmente sin violencia y en que cada individuo está protegido contra la agresión de los demás. La situación contraria llevada al límite es lo que algunos filósofos han considerado el estado de naturaleza anterior a la aparición del Estado, pues «durante el tiempo en que los hombres viven sin un poder común que los atemorice a todos, se hallan en la condición o estado que se denomina guerra, una guerra que es la de todos contra todos».²

El Derecho ha de cumplir ante todo esa misión pacificadora. Un sistema jurídico es un mecanismo de paz social, y es difícil imaginar un Derecho que no persiga aquella finalidad y, caso de imaginarse, es muy dudoso que le diésemos tal nombre. Pero sí existen casos en que sólo incompletamente se logra alcanzar ese fin. Y para buscar un ejemplo no hace falta forzar la imaginación. Basta con contemplar lo que ocurre en el actual Derecho internacional, que aún no ha conseguido encontrar un medio seguro de imponer una solución pacífica de los conflictos entre Estados y de evitar la violencia, incluso en su forma más descarada que es la guerra.

El mismo ejemplo del Derecho internacional nos ilustra respecto a la importancia que tiene este fin. Cuando no se ha alcanzado, constituye la primera preocupación de los juristas, como lo es la prevención de la guerra en ese Derecho. En épocas de especial agitación y anarquía, el ansia de paz así entendida; como puro orden o tranquilidad externa, pasa al primer plano. Así, en la Inglaterra del siglo XVII, desgarrada por las luchas civiles, el gran filósofo Thomas Hobbes sostuvo que el orden y la tranquilidad eran la finalidad primordial del Derecho y del Estado y que a ellos debía sacrificarse cualquier otra consideración. Pero pasa-

2. T. HOBBS: *Leviathan*, parte I, cap. 13, trad. esp. M. Sánchez Sarto, México, F.C.E., 1940, pág. 102.

dos los momentos de discordia social, es raro que se estime suficiente ese orden externo. La tendencia a la seguridad se manifiesta entonces en formas más refinadas y complejas. Dos direcciones principales podemos distinguir: en una de ellas, el Derecho cuida de la seguridad de las relaciones entre los individuos; en la otra, se plantea la cuestión de la seguridad del ciudadano frente al mismo poder del Estado.

15. SEGURIDAD EN LAS RELACIONES JURÍDICAS

El primero de esos aspectos plantea muy complicadas cuestiones técnicas. Por ello bastará señalar algunos ejemplos, para dar una primera idea de lo que se trata. Prácticamente, todos los Derechos admiten que quien posee una cosa de buena fe sin ser su propietario termina adquiriendo su propiedad, perdiéndola, por tanto, el propietario anterior (prescripción adquisitiva o usucapión). Sería, en efecto, contrario a la seguridad de las relaciones entre los individuos que en cualquier momento estuviéramos expuestos a ser despojados de lo que creemos nuestro, sin que esa situación de incertidumbre acabe nunca. Por la misma razón, el que puede interponer una reclamación judicial y deja pasar el tiempo que la ley fije para ello, pierde la facultad de ejercerla (prescripción extintiva). También es un principio jurídico generalmente admitido que nadie puede transmitir a otros más que los derechos que tiene (*nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet*). Sin embargo, en algunos casos, el adquirente de buena fe de quien aparenta ser el titular del derecho adquiere éste, aunque la apariencia no coincida con la realidad y el verdadero titular sea un tercero. Se protege en esta hipótesis la llamada «seguridad del tráfico», es decir, la confianza en que el intercambio y transmisión de derechos producirá sus efectos, con independencia de datos de difícil verificación, como es descubrir quién es el verdadero titular frente al que obra como tal. Obsérvese que el principio de seguridad en las relaciones entre particulares presenta a veces exigencias distintas y aun opuestas. De una parte, todos hemos de

estar protegidos en nuestros derechos y resguardados frente a los actos que los perturben (seguridad del derecho). De otro lado, también hay que atender a conveniencias derivadas de la tutela a quienes adquieren de buena fe (seguridad en el tráfico). Las legislaciones resuelven estos conflictos según criterios que hay que analizar en cada caso.

16. SEGURIDAD FRENTE AL ESTADO. LA CERTEZA DEL DERECHO

La otra dirección en que se han movido los problemas de la seguridad jurídica está más cargada de elementos emocionales e ideológicos. Es la seguridad del hombre frente al poder del Estado, es decir, frente a la acción de los hombres que lo ostentan. Es, en efecto, un aforismo pocas veces desmentido que todo el que tiene un poder tiende a abusar de él. El poder del Estado, el más fuerte de los poderes humanos, constituye una poderosa tentación para quienes lo alcanzan, y se presta a los más atroces abusos. El deseo de ponerle límites eficaces y de garantizar que sólo se usará de acuerdo con el interés de la comunidad y con justicia y moderación es muy antiguo, y de una u otra forma se ha manifestado en casi todas las épocas. Modernamente, con el auge del Estado liberal en el siglo XIX, se convirtió en un tema central de las preocupaciones, no sólo de los juristas, sino también de la vida y del pensamiento políticos, hasta el punto de que la expresión «seguridad jurídica» se usa con frecuencia sólo con relación a este problema. Una de las principales funciones del Derecho, en esa concepción, es precisamente servir de límite al poder del Estado y controlar su ejercicio.

Para exponer la cuestión con alguna claridad, es conveniente distinguir varios niveles. El más simple viene determinado por la necesidad de que el Derecho sea o pueda ser conocido por todos. La finalidad de este principio es que cada cual pueda saber lo que está prohibido y lo que está permitido, y también que cada cual pueda calcular la consecuencia jurídica de sus ac-

tos. Quien comete un delito, no sólo ha de saber que su acto está castigado por la ley, sino que ha de saber además qué pena le corresponde. Un Código Penal no es sólo un catálogo de lo que no se debe hacer si se quiere evitar una pena: es también la garantía del delincuente en cuanto le asegura qué pena le es aplicable e impide imponerle otras distintas o más graves. La publicidad es, en otro aspecto, una condición de cumplimiento y eficacia del Derecho, pues nadie puede acatar preceptos que no conoce. Como ya en el siglo XVIII dijo Beccaria: «Cuanto mayor será el número de los que comprendan y tengan en sus manos el sagrado código de las leyes, con tanta menos frecuencia habrá delitos, porque no hay duda de que la ignorancia y la incertidumbre de las penas ayudan a la elocuencia de las pasiones».³

La necesidad de que el Derecho sea conocido es aceptada por todas las legislaciones modernas. Así, la publicación de la ley se considera un requisito necesario de su validez. Incluso ordinariamente se fija un plazo de tiempo para que se publique y entre en vigor, de forma que todos puedan conocerla (*vacatio legis*). Es curioso observar, sin embargo, que no siempre ha sido así. En la Roma primitiva el conocimiento del Derecho era un monopolio de la clase patricia, que lo ejercía a través del Colegio de los Pontífices. Una de las primeras reivindicaciones plebeyas en las luchas sociales que siguieron a la caída de la Monarquía fue precisamente lograr la publicidad del Derecho, lo que se consiguió, según la tradición, a mediados del siglo V a. C. con la ley de las XII Tablas. En la China antigua, las leyes no debían ser publicadas, para evitar a los particulares la tentación de invocarlas, promoviendo litigios que perturbaran la paz social e impedirían la solución amistosa preferida en esa sociedad.

En el mundo actual, en todo caso, tal principio es indiscutible. Pero la vieja tentación de burlar incluso este modesto límite al poder del Estado retorna con

3. C. BECCARIA: *Dei delitti e delle pene*, cap. V, Milán, Ed. Rizzoli, 1950, pág. 21. La obra se publicó en 1764. Trad. esp., introd., texto y notas de F. Tomás y Valiente, Madrid, Aguilar, 1969.

frecuencia y se acude a medios indirectos para mantener una incertidumbre que favorezca el uso y aun el abuso de aquel poder. Un recurso bien conocido está en la forma de redactar las leyes. Para que el contenido de éstas pueda ser conocido no basta con que se publiquen, sino que es preciso, como ya decía Montesquieu, que sean concisas, simples y precisas. En muchos casos, la enorme complejidad de la vida actual y de las relaciones que la ley regula no permiten aplicar esos principios, ni aun con la mejor voluntad por parte del legislador. Piénsese, por ejemplo, en la complejidad de muchas leyes fiscales. El viejo anhelo de que el Derecho pueda ser conocido por todos los ciudadanos es hoy de difícil, por no decir imposible, satisfacción. Pero el hecho de que incluso las leyes inaccesibles al profano por su carácter técnico y su inesquivable complejidad puedan ser conocidas y examinadas por los juristas, aunque no sin dudas y discusiones, constituye, de todos modos, una garantía para el ciudadano, pues sabe que en su aplicación ese conocimiento por parte de los especialistas en Derecho constituye una barrera contra la tentación de la arbitrariedad. La situación es distinta cuando la oscuridad y vaguedad de la ley son fines buscados a propósito, con la intención de aprovecharse de esa falta de claridad. Sobre todo, el recurso a expresiones genéricas que pueden prestarse a muy diferentes interpretaciones ha sido y sigue siendo un recurso habitual de legisladores poco escrupulosos. «Es esencial —dice Montesquieu—⁴ que las palabras de la ley despierten en todos los hombres las mismas ideas. El cardenal Richelieu estaba de acuerdo en que se podía acusar a un ministro ante el rey, pero pedía que fuese castigado (el acusador) si las cosas que probaba no eran importantes, lo que debía impedir a todos decir cualquier verdad contra él, puesto que una cosa importante es algo enteramente relativo y lo que es importante para uno no lo es para otro.» Richelieu ha tenido en este punto bastantes imitadores, y el uso, sobre todo en leyes represivas, de frases vagas para definir los

4. MONTESQUIEU: *De l'esprit des lois*, libro XXIX, cap. XVI, París, Ed. Garnier, 1956, vol. II, pág. 290.

tipos de infracción, no es, por desgracia, tan inhabitual como sería de desear.

Otra forma más descarada de burlar la necesidad del previo conocimiento de la ley es dar a ésta efectos retroactivos, es decir, imponer su aplicación a hechos anteriores a su publicación y realizados, por tanto, cuando no se podía conocer su contenido. Es también un principio fundamental de los Derechos modernos que las leyes no sean retroactivas y que dispongan para el futuro y no para el pasado. El principio es especialmente importante en las leyes de carácter penal, cuando se introduce un delito nuevo o se agrava la pena de uno que ya está reconocido. Aunque no han faltado casos, en los últimos tiempos, en que se han dado efectos retroactivos a leyes penales, hoy se considera que el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine previa lege penale* es indispensable en todo sistema jurídico que pretenda garantizar la seguridad de los ciudadanos. En otros casos, la irretroactividad también es y debe ser la regla general, pero puede recibir excepciones sin grave daño. Incluso normalmente, por claras razones de equidad, se da efecto retroactivo a ciertas leyes como las que suprimen un delito o aminoran la pena a él señalada. Sería injusto que siguiesen cumpliendo su condena los que habían cometido un delito antes de la vigencia de la nueva ley, si se establece que quienes ahora realicen los actos en que consiste no sufrirán pena alguna o que se les impondrá una más leve.

Como puede verse, la seguridad jurídica significa en estos casos que el Derecho sea «cierto», es decir, que sus normas sean conocidas y comprendidas y fijen con razonable precisión qué ordenan, qué prohíben, qué autorizan o las consecuencias legales de nuestra conducta. Pero es también una necesidad en la vida jurídica el que los jueces y, en general, los órganos encargados de aplicar el Derecho, gocen de una cierta elasticidad para aplicarlo a los casos concretos, extraordinariamente variados por naturaleza. Una ley demasiado rígida acarrea una aplicación maquinal del Derecho, que en no pocas circunstancias puede ser injusta. Una ley demasiado flexible, que deje amplio margen de decisión al juez, entraña el riesgo de la arbitrariedad.

Ambos criterios tienen sus ventajas y sus inconvenientes, y la contraposición entre los partidarios de una ley rígida con escaso arbitrio judicial y una ley flexible con amplia confianza al juez, se reproduce periódicamente en el pensamiento jurídico. Aunque sobre estas cuestiones se ha de volver más adelante, conviene ya indicar que un Derecho no puede ser absolutamente rígido y que las posibilidades de su adaptación judicial son en general mucho más amplias de lo que puede parecer a primera vista, incluso en los sistemas más preocupados por su certeza. No hemos de creer, por tanto, que se trata de dos ideales rígidamente opuestos. Es más bien un problema de medida: determinar la amplitud en que se ha de mover la libertad del juez a la hora de decidir. La posición que se adopte dependerá de varias razones, y muy especialmente del grado de confianza que se tenga en la independencia, la honorabilidad y la justicia de los jueces de un país y, en general, del clima y de las preocupaciones especiales de cada época. Cuando se ha vivido un momento histórico de incertidumbre y arbitrariedad, se acentúan las voces que claman por obtener la máxima certeza en la aplicación del Derecho. Así, Montesquieu, en el ocaso del Antiguo Régimen, pedía que los jueces se convirtiesen «en la boca que pronuncia las palabras de la ley, en seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor»,⁵ porque su anhelo era establecer la libertad y la seguridad frente al despotismo reinante en la Francia de su tiempo. En cambio, a principios de nuestro siglo, tras un largo período en que el liberalismo político había dado a Europa una sensación de seguridad y respeto a las leyes, se produjo la reacción contraria y surgieron diversos movimientos doctrinales que pedían el reconocimiento de un amplio arbitrio judicial. Pero si se puede discutir la medida en que debe operar la seguridad jurídica entendida como certeza del Derecho, no es posible negar que, por lo menos en un amplio margen, es una de las finalidades esenciales de todo sistema jurídico en un país civilizado.

5. MONTESQUIEU: *De l'esprit des lois*, libro XI, cap. VI, ed. cit., vol. I, pág. 171.

17. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. EL ESTADO DE DERECHO

La exigencia de que el Derecho sea cierto nada dice respecto a su contenido. En su plano más elevado, la seguridad jurídica supone algo más que la certeza. Hay seguridad jurídica en este sentido más amplio cuando el Derecho protege en forma eficaz un conjunto de intereses de la persona humana que se consideran básicos para una existencia digna. Esos intereses vitales fueron fijados con notable claridad por la tradición jurídica y política occidental en los siglos XVIII y XIX, como reacción contra el absolutismo anterior. Su idea central es la de la libertad en sus diversas manifestaciones: libertad frente a la detención arbitraria, libertad de conciencia, de expresión, de domicilio y de trabajo, y otras consideradas como derechos fundamentales de la persona humana, que el Estado ha de reconocer y proteger, y cuya expresión más famosa se encuentra en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa el 26 de agosto de 1789.

En su formación originaria, esta concepción de la seguridad va unida a dos ideas claves: la concepción liberal del Estado y la doctrina del «Estado de Derecho». El Estado liberal considera su misión primordial asegurar la libertad de los ciudadanos. El artículo 2 de la mencionada Declaración de Derechos dice: «La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad y la resistencia a la opresión». El Estado liberal es ante todo un mecanismo de seguridad. Debe proteger esas libertades y asegurar las «reglas de juego» que han de observar los individuos en la vida social. Fuera de esta misión y de atender a algunos servicios fundamentales de la comunidad, no tiene otras funciones privativas. La libre concurrencia y el despliegue espontáneo de las actividades particulares producirán por sí mismas la armonía social. Íntimamente ligada a estas ideas está en sus orígenes la concepción del Estado de Derecho. Se entiende por tal el Estado en que el ejercicio del poder

en todas sus direcciones está sometido a reglas jurídicas que aseguran las libertades y derechos de los ciudadanos frente al Estado mismo. Lo que caracteriza por tanto al Estado de Derecho, al menos en su concepción originaria, es esa limitación del poder estatal en beneficio del conjunto de derechos reconocidos al ciudadano, que son considerados no como una graciosa concesión de la ley, sino como verdaderos derechos «naturales», anteriores y superiores al Estado, puesto que éste se justifica precisamente en la medida en que los ampara y los hace efectivos. La seguridad jurídica en su más amplia acepción se convierte así en el fin primordial y la razón de ser del Estado de Derecho.

Estado liberal y Estado de Derecho triunfan en el siglo XIX. Posiblemente las últimas décadas de ese siglo marcan su apogeo en la mayoría de los países civilizados. Después de dos guerras generales, de varias revoluciones con alcance mundial y de múltiples críticas y corrientes de pensamiento adversas, la situación no es tan clara en la actualidad como podía serlo en la Inglaterra victoriana o la Alemania de Guillermo II. De una parte, el Estado liberal ha hecho crisis en el sentido de que hoy es raro el sistema político que no aplique, o por lo menos no defiende en teoría, el principio de que una de sus misiones esenciales es no tanto asegurar la defensa frente a los atropellos que pueda sufrir la libertad individual, sino también e incluso más, proteger a los ciudadanos en sus condiciones materiales de vida. La seguridad adquiere un nuevo matiz. No es ya seguridad contra el abuso del poder: es también seguridad frente a la miseria, el trabajo excesivo, la enfermedad y otros diversos males. Se busca la protección «de la cuna al sepulcro» y se entiende que esta protección es misión del Estado. Todo ello supone una actitud mucho más dinámica por parte de éste, la necesidad de poder moverse con más agilidad de lo que concedía la doctrina liberal tradicional. Surgen así considerables dificultades al mantenimiento de la concepción originaria del Estado de Derecho. ¿Supone todo ello que debe abandonarse la vieja preocupación por la libertad y la seguridad en aras de la eficacia en el cumplimiento de esas misiones sociales? La contesta-

ción depende de la concepción general de carácter político y humano que cada cual tenga. Quizá depende también no poco de la situación concreta de cada país. En países pobres, el explicable anhelo por ver resueltas lo más rápidamente posible las demandas básicas de una existencia digna en el aspecto material, inclinan a disminuir el valor de las libertades tradicionales, que muchas veces tampoco se han disfrutado nunca. En los países ricos se procura conciliar ambas concepciones, que no son en esencia incompatibles. No faltan tampoco interesantes intentos de desligar la concepción del Estado de Derecho de su origen liberal burgués, y de construir en la doctrina y llevar a cabo en la práctica el principio de «legalidad socialista». En todo caso, la crisis del Estado liberal y del Estado de Derecho, el problema de si se ha de ir «a la justicia por la libertad o a la libertad por la justicia», es uno de los grandes temas de nuestra época, abierto a la reflexión de filósofos, políticos y juristas.

18. LA JUSTICIA

El otro de los grandes objetivos que habitualmente se consideran inherentes al Derecho es la justicia, a la que incidentalmente se acaba de aludir. Pocas palabras habrá de más majestuosa resonancia social e histórica, y pocas habrá también que sean más difíciles de analizar racionalmente y prescindiendo de los estímulos emotivos que suscita. Existe una larga tradición del pensamiento filosófico occidental que ha examinado desde muy diversos puntos de vista sus múltiples sentidos y aplicaciones, así como la relación que puede tener con el Derecho. Se han emitido sobre estas cuestiones las más variadas opiniones, y no es temerario afirmar que es uno de los temas más difíciles, no ya de estudiar en su detalle, sino de abordar con algunos puntos muy simples de orientación para las meditaciones del lector, que es lo único que aquí se puede hacer.

19. JUSTICIA Y LEGALIDAD

Cuando calificamos de justo o injusto un acto, una sentencia o una norma jurídica, podemos usar esa expresión con diferentes sentidos. Cabe decir, por ejemplo, que una sentencia judicial es justa en el sentido de que en ella se ha aplicado la ley, sin entrar a juzgar ésta. En este sentido, justo equivale a legal. Es una acepción que, aunque justificada históricamente, es mejor evitar porque crea ambigüedades fácilmente salvable hablando de sentencia o acto legal, según es hoy más corriente. Prescindiremos por ello de este aspecto.

20. JUSTICIA E IGUALDAD

En otra dirección, llamamos justo a un acto o incluso a la ley misma, en cuanto respeta un criterio básico de igualdad. Este significado es tradicional en el pensamiento occidental desde Aristóteles, y se expresa en el principio de que los iguales han de ser tratados como iguales y los desiguales como desiguales. Con ello se quiere decir que no debe aplicarse trato discriminatorio a dos casos análogos. Se podrá discutir si es o no conveniente que exista la pena de muerte, pero con independencia de ello, admitido que exista y que está establecida como pena del asesinato, sería injusto que se aplicase a un asesino y no se aplicase en cambio a otra persona que hubiera cometido el mismo delito en análogas circunstancias. Es evidente que pocos negarán, al menos en teoría, este principio. Lo malo es que si se observa más de cerca su utilidad como guía de nuestras calificaciones no es tan segura como pudiera parecer a primera vista. Admitido que los casos análogos han de ser tratados análogamente y los desiguales en forma desigual, la cuestión está en determinar qué casos son análogos y cuáles no, es decir, cuáles han de ser los criterios para establecer la semejanza o la desemejanza. En muchas hipótesis el problema es muy simple. Es claro, por ejemplo, que si dos personas de diferente estatura cometen el mismo delito, supuestas iguales las demás circunstancias, ha

de imponérseles la misma pena. Las situaciones son análogas, pues la diferencia de estatura no establece una distinción relevante para el Derecho. También será hoy admitido prácticamente por todos que si el mismo delito es cometido por dos personas, una en su sano juicio y otra enajenada mental, no se les podrá imponer la misma pena, ya que el estado mental del delincuente nos parece una diferencia relevante en esta materia. Pero, en otros muchos casos, esa unanimidad dista mucho de existir, y los criterios en cuestión han cambiado a través de los siglos y no son tampoco en nuestro días unánimes en algunos aspectos. Muchos creemos hoy, por ejemplo, que la diferencia de raza o de religión no debe establecer diferencia alguna de trato jurídico, pues los seres humanos, sean cuales sean sus creencias o el color de su piel, son semejantes a estos efectos. Durante siglos, sin embargo, la diferencia de religión ha sido estimada como un elemento de discriminación, y todavía hoy no faltan algunos sectores sociales de ciertos países que sostienen la necesidad de una diferencia de trato en varias cuestiones por razón de raza. Así, aun aceptando este renombrado principio de que uno de los sentidos de la justicia es que los semejantes han de ser tratados como semejantes y los desiguales como desiguales, no hay que olvidar que sólo en parte proporciona una guía para nuestros juicios. Pero con esas importantes reservas, el principio es hoy generalmente admitido y ningún Derecho civilizado deja de proclamarlo.

21. JUSTICIA COMO PROPORCIÓN

Un nuevo matiz toma la calificación de justo o injusto cuando se aplica a las leyes o a las situaciones de ellas derivadas, en la medida en que se conforman o no a una cierta idea de proporción entre la consecuencia jurídica y el hecho que la motiva. Llamamos hoy injusta una ley que castigue con la pena de muerte un pequeño hurto o con una leve multa un parricidio, o que fije un salario irrisorio en relación al trabajo pedido, o al contrario, una cuantiosa retribución por un

trabajo insignificante. En realidad, nos encontramos ante una aplicación más amplia del mismo principio anterior. No sólo los iguales han de ser tratados como iguales y los desiguales como desiguales, sino que la relación en el trato de los diversos casos debe guardar entre sí una determinada proporción, que es la que calificamos precisamente de justa, bien en cuanto se debe dar a cada cual según sus méritos o deméritos (justicia distributiva), bien en cuanto si se violan los intereses existentes y justificados debe haber una compensación adecuada a la violación cometida (justicia correctiva). También es probable que casi todos estos de acuerdo en tan sanos principios. Pero cuando se intenta darles un contenido concreto nos encontramos en las mismas dificultades que en el caso anterior. Los criterios para fijar esa proporción son variables según las épocas y según las opiniones de diversos grupos sociales, incluso en la actualidad. Por ejemplo, y para volver a los casos antes expuestos, la pena de muerte, que hoy hasta sus partidarios convienen en que hay que limitarla a delitos de suma gravedad, fue aplicada con frecuencia por delitos considerados ahora de escasa importancia en los diversos países europeos, hasta las reformas humanitarias que las leyes penales experimentan a partir del siglo XVIII. En cuanto a las retribuciones del trabajo, es bien sabido que los criterios para calificar la importancia que tiene o el esfuerzo que requiere una actividad y la retribución que merece son muy variables.

22. JUSTICIA Y PRINCIPIOS BÁSICOS DE ORDEN SOCIAL

Por último, el calificativo justo se aplica a los principios básicos o criterios orientadores que a nuestro juicio deben regir un sistema social y jurídico, cuando afirmamos, por ejemplo, que son injustas las legislaciones que establecen la discriminación racial, o las que no reconocen con la amplitud que deseamos la libertad personal, o las que no amparan de manera efectiva a las diferentes clases sociales. Con ello llegamos al fondo mismo del problema de la justicia, pues es fácil

ver la íntima relación que este nuevo y más profundo aspecto tiene con los contemplados hasta ahora. Estos criterios son precisamente los que hemos de aplicar en cada caso para dar un contenido sustancial a la justicia en las acepciones que antes hemos visto, es decir, a la justicia como proporción y a la justicia como igualdad de trato a los iguales. Incluso la misma idea de seguridad, entendida en su sentido más amplio como protección de un conjunto de intereses fundamentales para la dignidad humana, entra dentro de este concepto general de la justicia. Nos encontramos, por tanto, ante la clave de bóveda del sistema de principios en que reposa un sistema jurídico y social. Desgraciadamente, también nos encontramos ante uno de los problemas más graves y de más difícil solución con que se enfrenta la reflexión humana. Es aquí donde la variedad de criterios que ha ido apareciendo a través de la historia hace más difícil llegar a conclusiones que puedan considerarse como generalmente válidas y aceptadas. Las instituciones que hoy nos parecen contrarias a los principios más elementales de la justicia fueron durante siglos consideradas como naturales por muchos pueblos. Caso típico es el de la esclavitud, aceptada por los mayores pensadores del mundo clásico y defendida casi hasta nuestros días por un sector de la sociedad norteamericana, con tal violencia, que la pugna en torno a ella dio lugar a una larga guerra civil. Podrían multiplicarse los ejemplos, porque posiblemente apenas existe una práctica, por repugnante que hoy nos sea, que no haya sido defendida y usual en algún pueblo. Ello nos ha de hacer también cautos respecto a los juicios que hoy formulamos sobre nuestros propios principios, pues no es fácil adivinar qué se opinará de ellos dentro de varios siglos. Quizás entonces la pena de prisión que hoy estimamos normal y moderada, aparecerá tan bárbara como ahora consideramos los castigos corporales usuales hace doscientos años.

Junto a este problema que plantea la contemplación del pasado histórico de la humanidad, no hay que olvidar que tampoco hoy existe, incluso en el seno mismo de una comunidad, una identidad sustancial de opiniones en muchos aspectos fundamentales. Cabe aquí

repetir lo que antes se dijo respecto a las concepciones morales que el Derecho acepta, porque la idea de justicia es una idea ética: la diversidad y pugna entre diversas concepciones de la justicia es zanjada por el Derecho, adoptando los principios que el legislador encuentra más oportunos. En muchos casos sus criterios reflejan las contradicciones en que se debate la sociedad a que se aplica e intenta mediar en ellas procurando conciliarlas como puede. Es en efecto un error considerar la justicia como un conjunto de principios estáticos. Una sociedad encierra en su seno creencias dispares, tendencias nuevas que afloran, corrientes antiguas que resisten, desequilibrios que se manifiestan a través de diversas concepciones no siempre plenamente conscientes y claras. El análisis de la idea de justicia en una sociedad determinada ha de tener en cuenta ese carácter complejo y dinámico que tiene en cada momento.

23. EL DERECHO INJUSTO

Con estas aclaraciones y matices, puede aceptarse la tesis tradicional de que la seguridad y la justicia son los dos fines primordiales del Derecho. En cuanto éste es un proyecto de orden que se quiere imponer a una sociedad, ese proyecto no podría entenderse sin el análisis de los fines que persigue. El jurista ha de preguntarse, ante un sistema jurídico determinado, cuáles son sus principios básicos respecto a la seguridad y la justicia, y qué relación tienen entre ellos, qué conflictos existen y cómo se resuelven. También puede y debe, por supuesto, hacer la crítica de esos principios desde el punto de vista de sus propios ideales de justicia, si no coinciden con los del sistema imperante. Pero es inútil en cambio que, como se ha pretendido con frecuencia por diversos movimientos doctrinales, se niegue el nombre de Derecho a un sistema que no encarne una particular concepción de la justicia. El Derecho es autónomo en el sentido de que se basta a sí mismo para su sanción. El que viola la norma jurídica ha de sufrir las consecuencias legales de ello,

aunque lo haga en nombre de los más elevados ideales. Nos encontramos así con el mismo problema que en las relaciones entre el Derecho y la Moral, del que el actual no es más que una faceta. Podemos preferir violar el Derecho a infringir lo que consideramos principios básicos de la justicia. Y al obrar así afirmamos con nuestro ejemplo que el Derecho no es el supremo valor en una sociedad, y que por encima de él hay otras normas que hemos de obedecer. Puede surgir una acción colectiva para acabar con un Derecho injusto y, si obtiene éxito, establecer una nueva legalidad. Pero en tanto la norma injusta esté vigente, nada se gana con negar que sea jurídica ni encontramos otro término adecuado para calificarla.

SUGERENCIAS DE LECTURA

- M. ATIENZA, *Marx y los Derechos Humanos*, Madrid, Mezquita, 1982.
- E. DÍAZ, *Sociología y Filosofía del Derecho*, cit.
- E. FERNÁNDEZ, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Madrid, Debate, 1982.
- H. KELSEN, *¿Qué es Justicia?*, trad. A. Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1982.
- F. LÓPEZ DE ONATE, *La certeza del Derecho*, trad. S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redin, pról. E. J. Confure, Buenos Aires, Ed. Jurídica Europea, 1953.
- CH. PERELMAN, *De la Justicia*, trad. R. Guerra, Universidad Autónoma de México, 1964 (una teoría analítica de la justicia).
- A. PÉREZ LUÑO, *Derechos Fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1984.
- J. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, trad. M.^a D. González, México, F.C.E., 1980.
- A. TRUYOL, *Los Derechos Humanos*, 3.^a ed., Madrid, Tecnos, 1982.
- J. DEL VECCHIO, *La Justicia*, trad. L. Rodríguez Camuñas, Madrid, Góngora, 1925.

SUGERENCIAS DE LECTURA

- E. DÍAZ, *Sociología y Filosofía del Derecho*, cit.
J. H. v. KIRCHMANN, *La jurisprudencia no es ciencia*, trad. y est. prel. de A. Truyol, 3.ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1983.
G. PECES BARBA, *Introducción a la filosofía del Derecho*, Madrid, Debate, 1983 (espec. pp. 281-303, con abundantes referencias doctrinales y bibliográficas).
N. LUHMANN, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. I. de Otto, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
C. NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1974.
C. NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1983 (espec. cap. VI).
F. WIEACKER, *Historia del Derecho privado en la Edad Moderna*, trad. F. Fernández Jardón, Madrid, Aguilar, 1957 (pp. 378-404, la Pandectística).

Introducción al Derecho.

Erkin A. Guerrero Carr
C.C. 73.201.901
T.P. 158287 C.S.J.

Erkin A. Guerrero Carr
C.C. 73.201.901
T.P. 158287 C.S.J.

II. OBJETO Y MÉTODOS DE LA CIENCIA JURÍDICA

1. EL POSITIVISMO

Al enfrentarse con la cuestión de cuál ha de ser el verdadero objeto y método de la ciencia jurídica, una primera respuesta puede ser la siguiente: la ciencia jurídica tiene por objeto el conocimiento del conjunto de normas que constituyen el Derecho vigente o positivo. Para este conocimiento, el jurista ha de usar y desarrollar un sistema de conceptos y una ordenación sistemática de los datos que encuentre en la ley. Pero, y éste es el punto esencial, su análisis debe limitarse al Derecho tal y como está «puesto» o dado, y debe abstenerse de entrar en valoraciones éticas o de tener en cuenta las implicaciones de las normas en la realidad social. El Derecho entendido como sistema de normas, y nada más que esto, ha de ser su tema de estudio. Tal es la actitud «positivista».¹ Por supuesto, y esto conviene indicarlo frente a ciertas interpretaciones erróneas, esa posición objetiva frente a un sistema legal no supone necesariamente que al jurista le sean indiferentes las motivaciones éticas o los juicios de valor sobre las leyes, ni que practique un relativismo moral, ni que defienda la obligación en conciencia de obedecer la ley sea ésta como sea. El jurista puede y debe realizar la crítica del Derecho positivo, y esforzarse por promover su reforma cuando la estime oportuna, pero ese horizonte lo considera fuera de su campo de acción como «científico del Derecho». Un físico estudia el átomo aunque condene totalmente los usos violentos de la

1. Sobre la actitud positivista en general L. KOLAKOWSKI: *Positive philosophy*, Penguin Books, 1972.

energía atómica e, incluso, aunque como ciudadano luché para impedirlos. Un jurista analiza objetivamente las leyes aunque se esfuerce por que el Derecho de su país se ajuste a los más refinados principios éticos tal y como él los concibe. La actitud positivista tampoco supone negar la importancia de los estudios de sociología jurídica, es decir, de las indagaciones sobre la actuación del Derecho en la realidad social, sino que simplemente aparta de la ciencia jurídica y del análisis de las normas este tipo de consideraciones.²

El positivismo representa una típica actitud mental de «aislamiento» de un sector respecto de la realidad, en este caso el Derecho, para estudiarlo al margen de los otros aspectos de la misma realidad en que se encuentra inmerso. Cuando el positivista afirma que el Derecho tal y como es, y nada más, constituye el objeto de sus afanes, entiende que el Derecho puede ser realmente estudiado como algo separado de la consideración global de los fenómenos sociales. Tal mentalidad no es exclusiva de la ciencia jurídica, sino que se desarrolla en la mayoría de las ciencias en el mundo moderno y especialmente en el siglo XIX, que es precisamente el momento de auge del positivismo jurídico, como lo es de otras corrientes afines de pensamiento en muchas ramas del saber.

Desde otro punto de vista, el positivismo representa la inserción del jurista en el marco del Estado moderno. Puesto que el Derecho es un medio de control social que maneja el Estado, el jurista, en cuanto intérprete vinculado a este Derecho, se convierte en un colaborador de la voluntad estatal. Esta perspectiva política del positivismo es uno de sus rasgos que le ha atraído más críticas. Si el jurista limita su actividad como tal jurista al Derecho emanado del Estado, esto trae como consecuencia, se ha objetado, que se convierte en su instrumento, lo que puede conducirle, cuando el Estado revista una forma de gobierno tiránica e injusta, a ser un servidor de la tiranía. No han faltado voces muy autorizadas que en esa línea de pensamiento

2. Cfr. N. BOBBIO: *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, Edizioni di Comunità, 1965, págs. 77 y ss.

han llegado a considerar el positivismo jurídico como una de las causas de los desastres que últimamente han abrumado a la Humanidad. Se trata, como es fácil de ver, de la vieja acusación de «amoralidad» que es frecuente hacer al positivismo. Pero es en realidad una acusación un tanto ingenua. Siempre habrá juristas que sirvan a la tiranía como habrá médicos, ingenieros o filósofos. Tal actitud depende de las convicciones del jurista como ciudadano o de su fuerza de carácter, no de que se proclame o no positivista. A lo que en verdad conduce el positivismo es a considerar que un sistema político, por la vinculación que tiene con el Estado, es decir, tratándose de Derechos internos y prescindiendo del Derecho internacional, por ser uno de sus medios de acción, incluso, llevando esta opinión al límite, una «técnica política», obliga al jurista a tomar conciencia de que su quehacer tiene en último análisis un sentido político, de ayuda a la construcción del Estado. Y al considerar ese último estrato del sentido de su labor se enfrentará con un problema de opción política, de aceptar o no el sistema jurídico en que está inserto, de decidirse o no por cooperar en la construcción del Estado tal y como es concebido en el momento y en el país en que vive. Las doctrinas positivistas no le excusarán de esa responsabilidad moral; por el contrario, entendidas a fondo, le harán más lúcida su necesidad.

55. EL AUGE DEL POSITIVISMO EN EL SIGLO XIX

La actitud positivista va unida al desarrollo del Estado moderno. No sería aventurado calificar de positivistas *avant la lettre* a los «legistas» que ya en la Edad Media pusieron las bases jurídicas del Estado moderno en la Francia de Felipe el Hermoso, o a los juristas que constituyeron a partir del Renacimiento uno de los más firmes puntales de los reyes de las monarquías occidentales europeas en su labor de acabar con el feudalismo y de configurar la monarquía absoluta de los tiempos modernos. Pero de una manera consciente el positivismo surge como doctrina jurídica en el siglo pasado.

El fenómeno es general en la mayoría de los países,

aunque en cada uno de ellos reviste peculiaridades propias debidas a su tradición cultural, y no faltan diferencias importantes de ideas entre los múltiples autores que han defendido una concepción positivista del Derecho. En Francia, la publicación a principios del siglo pasado de los códigos napoleónicos hizo que la mayoría de los juristas se centrara en su comentario, buscando en su texto, a través de razonamientos lógicos, las soluciones a todos los casos que la práctica planteaba. Es la llamada «escuela de la exégesis» que domina el pensamiento jurídico francés a lo largo de todo el siglo. La rigidez de este método aparece modificada en torno a 1900 gracias sobre todo a dos grandes juristas: R. Saleilles y F. Gény. La nueva doctrina francesa acepta los puntos esenciales del positivismo, especialmente la clara distinción entre normas jurídicas, reglas morales y realidad social, pero se separa del positivismo primitivo al reconocer la trascendencia para el Derecho de factores extrajurídicos y al apartarse del método puramente deductivo que caracterizaba a los juristas anteriores, buscando, a través de un esfuerzo constructivo de pensamiento, soluciones a los nuevos problemas jurídicos, así como la adaptación del Derecho a las nuevas exigencias sociales. La doctrina jurídica francesa, en sus corrientes más modernas, representa una posición bastante elástica, nada dogmática y sumamente práctica, que aunque hunde sus raíces en el positivismo ha sabido librarse de los vínculos con que éste en sus formas originarias aherrojó la mentalidad jurídica.

En Alemania, el positivismo triunfa primero como positivismo «dogmático», es decir, según ya hubo ocasión de advertir, como el intento de construir sistemas de conceptos basados en el Derecho romano tal y como entonces se entendía y se aplicaba, en ese país, conceptos a los que se daba una cierta entidad metafísica, como si fuesen seres reales cuya esencia descubría el jurista. Con el final de la vigencia del Derecho romano en Alemania y la entrada en vigor del Código Civil alemán en 1900, los juristas aplican a la nueva ley métodos análogos, pero pierden la sensación de estar laborando sobre una materia estable como era el De-

recho de Pandectas, consagrado por los siglos, y comienzan a sentirse meros intérpretes de la voluntad variable de un legislador.

Las construcciones teóricas se desarrollan también a fines del siglo pasado. Sus autores insisten sobre todo en la necesidad de diferenciar el *ser* del *deber ser*; lo que *debe ser* según el Derecho, de lo que *es* en la realidad social, o lo que *debe ser* según la moral. Destaca entre estos juristas Georg Jellinek, que centró su atención en la teoría del Estado. A Jellinek no se le ocultó uno de los problemas que planteaba el positivismo a la concepción liberal del Estado y del Derecho, dominante en su época. Si el Derecho es una pura creación del poder del Estado y el jurista se ha de limitar al estudio de sus normas, sin entrar a formular juicios de valor ético o político, ¿cómo se concilia esta opinión con el principio fundamental del Estado de Derecho, clave del pensamiento liberal, según el cual el Estado ha de estar sometido al Derecho? ¿En qué basar esa sumisión, si el Derecho es libre creación suya? Jellinek creyó haber resuelto la dificultad con su teoría de la «autolimitación». El Estado crea el Derecho, pero al crearlo queda él mismo limitado por las normas que produce y subordinado a ellas. Jellinek se convierte así en uno de los principales teorizantes del Estado liberal de Derecho y representa con gran transparencia las preocupaciones ideológicas de la sociedad europea de fines del siglo.

56. EL POSITIVISMO DE J. AUSTIN.
LA «JURISPRUDENCIA ANALÍTICA»

En esta afirmación de que el Estado está limitado por el Derecho que él mismo crea, se distingue entre otras cosas Jellinek del que ha sido considerado como el más importante de los teóricos del positivismo en el siglo XIX, el gran jurista inglés John Austin, fundador de lo que los juristas anglosajones llaman «jurisprudencia analítica». El mérito de John Austin estriba en haber dado una formulación rigurosa, impecable, de las tesis principales del positivismo, no siempre claramente

expresadas por muchos juristas que de hecho tenían esa actitud. Austin considera en primer término que hay que distinguir el *Derecho positivo* de otros tipos de normas como los usos sociales u otros preceptos independientes de aquél, que es por supuesto el único Derecho verdadero. Consiste éste en reglas «establecidas para la guía de un ser inteligente por otro ser inteligente que tiene poder sobre él».³ Este poder, en último término, es el del «soberano», entendiendo por tal la persona o reunión de personas que no obedecen habitualmente a un superior y que son obedecidas habitualmente en una sociedad dada. Obsérvese, por tanto, que el soberano puede ser no sólo una persona, sino un grupo o asamblea como es el caso del Parlamento británico, en el que probablemente pensaba Austin. Esas reglas son órdenes respaldadas por la amenaza de una sanción. Puede haber casos en que tales órdenes no sean emanadas directamente del soberano, pero en último término se apoyan en su autorización; por ejemplo, las ordenanzas de un municipio o incluso ciertas potestades privadas, como la del padre sobre sus hijos. Por supuesto, tales normas actúan y son jurídicas con independencia de la valoración ética que nos merezcan, y son libremente dictadas por el Estado, que no está sometido a limitación superior alguna, ni siquiera, como se ha dicho antes, y a diferencia de lo que más tarde defenderá Jellinek, por sus propias leyes. En cuanto a la ciencia jurídica o ciencia de la jurisprudencia, como es costumbre llamarla en los países anglosajones, debe ocuparse sólo «de las leyes positivas, sin preocuparse de si son buenas o malas».⁴ El mismo Austin dio también el impulso para centrar la ciencia jurídica en la elaboración y sistematización de conceptos, de acuerdo en esto con las corrientes doctrinales dominantes en el continente. Una importante corriente del pensamiento jurídico anglosajón se ha dedicado y se dedica al análisis de los conceptos jurídicos siguiendo los caminos desbrozados por Austin,

3. J. AUSTIN: *The province of jurisprudence determined*, cap. I, ed. H. L. Hart, Nueva York, The Noonday Press, 1954, pág. 10. Publicada originariamente en 1822.

4. J. AUSTIN: *obra cit.*, cap. V, ed. cit., pág. 126.

aunque, como es natural, apartándose de sus opiniones en no pocos aspectos.

57. EL POSITIVISMO DE H. KELSEN. LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

La culminación del positivismo en nuestro siglo se debe al insigne jurista de origen austríaco Hans Kelsen, creador de una de las más grandiosas y coherentes doctrinas jurídicas de todos los tiempos: la teoría pura del Derecho. No es fácil resumir en pocas líneas un pensamiento lleno de densas sugerencias y al que se deben algunas de las aportaciones fundamentales a la ciencia jurídica en los últimos tiempos. El lector tendrá en cuenta, por tanto, que lo que sigue son sólo unos primeros puntos de orientación a una teoría muy compleja y que ha de referirse a las obras del propio Kelsen o de sus expositores y críticos más reputados para tener un conocimiento cabal de tan importante doctrina.

El propósito de Kelsen fue establecer las condiciones previas a todo análisis jurídico concreto y no la sistematización y el conocimiento de un Derecho positivo determinado. La teoría pura es, en efecto, una teoría «general» del Derecho que pretende dar una respuesta a la pregunta que hemos formulado desde un principio: ¿qué es el Derecho y cuáles deben ser los métodos para su estudio?

Kelsen parte del mismo punto de arranque de los positivistas tradicionales: el análisis del Derecho debe hacerse con independencia de todo juicio de valor ético-político y de toda referencia a la realidad social en la que actúa. El Derecho es un fenómeno autónomo cuyo conocimiento es el objeto de la ciencia jurídica como quehacer intelectual distinto de la ética y de las ciencias sociales. La autonomía de la ciencia jurídica requiere liberarla de las contaminaciones ideológicas que en forma más o menos consciente han enturbiado el estudio del Derecho. Kelsen quiere «purificar» la ciencia jurídica de todos esos elementos extraños para fijar como su único objeto el conocimiento de lo que es el

Derecho sin intentar justificarlo ni atacarlo desde puntos de vista ajenos a él.

Todo Derecho es para Kelsen un sistema de normas, es decir, de enunciados de forma muy variada en los que se manifiesta ese Derecho a través de las leyes, las sentencias de los tribunales, los actos de los particulares o de otras maneras que varían según los distintos sistemas. La primera tarea de la ciencia jurídica es reducir ese conjunto de normas a «reglas», entendiendo por tales los enunciados ajustados al esquema general que para Kelsen representa la forma lógica de lo jurídico. En su forma más simple ese esquema es el siguiente: si ocurre un hecho determinado X, una persona también determinada A debe ser objeto de una sanción. Este *debe ser* no se confunde con lo que *es* o *será* en la práctica. A puede no ser sancionado en un caso concreto porque no se descubre el hecho o no se averigüe la persona a quien debe imponerse la sanción o por cualquier otra causa. Tampoco se identifica con un *deber ser* ético-político. No se trata de que A deba ser sancionado por razones morales o porque así convenga a los fines del Estado. El *deber ser* de la regla jurídica es una categoría lógica independiente y en ella reside la nota peculiar de lo jurídico.

Una vez despojada la norma jurídica de toda infiltración metajurídica, queda el problema de explicar su existencia. Como se ha visto, los positivistas tradicionales explicaban la aparición de la norma por emanar ésta del Estado. Pero tal posición es rechazada por Kelsen. La razón es que no existe el Estado como entidad distinta del Derecho. La distinción entre Estado y Derecho es otra típica contaminación ideológica. Según Kelsen, el jurista precisa representarse el Estado como un ente distinto del Derecho para justificar la creación de éste y la sumisión a él del Estado. Kelsen expulsa también de su teoría este dualismo: el Estado no es más que la personalización de un orden jurídico, porque no es más que un orden coactivo de la conducta humana, y ese orden es precisamente el orden jurídico. En último término, todo acto estatal es un acto de una o determinadas personas, un acto humano que se atribuye al Estado en virtud de una norma jurídica. Por

tanto, todo acto estatal es un acto jurídico, y lo que hacemos al atribuir un acto humano determinado al Estado es atribuírselo a la unidad del orden jurídico.

Pero si las normas jurídicas no proceden del Estado como ente distinto del Derecho, ¿de dónde proceden? La respuesta a esta pregunta constituye otro postulado básico de la doctrina de Kelsen. Una norma jurídica es creada por hombres determinados autorizados para ello por una norma anterior. Las normas jurídicas forman como una pirámide apoyada en su vértice. Un juez dicta sus sentencias, que son normas particulares creadas por él, en cuanto está autorizado por unas leyes generales, el Código Civil, por ejemplo, y la Ley de Procedimiento. A su vez estas leyes generales fueron establecidas por determinadas personas, asambleas o individuos en cuanto estaban autorizados para hacerlo por otra norma o normas anteriores que forman la «constitución» en el sentido estricto que Kelsen da a este término⁵ y que establecen en qué forma se han de crear esas leyes generales. Estas normas se han de apoyar a su vez en otra norma, pues sin ello no serían jurídicas. Esa norma final que constituye el vértice de la pirámide y la clave de todo el sistema jurídico, no puede ser una norma jurídica, pues entonces tendría que apoyarse a su vez en otra y así sucesivamente. Para romper el círculo vicioso, Kelsen considera esa norma fundamental como una «hipótesis» que hay que presuponer para la validez del orden jurídico. Tal norma hipotética establece el deber de comportarse como prescribe la constitución y supone que así ocurre en la realidad, pues en caso contrario, si en la práctica no existe esa práctica ajustada a la constitución y por tanto el sistema *en su conjunto* y prescindiendo de aspectos particulares no se aplica, ese sistema jurídico carece de validez. Así, Kelsen en el último

5. No debe confundirse este concepto de constitución «material» con la constitución «formal» de un Estado, es decir, con la ley o leyes que en muchos países contienen un conjunto de normas consideradas fundamentales y que pueden regular, y de hecho regulan, otras cuestiones distintas del procedimiento de creación de las normas jurídicas. H. KELSEN: *Reine Rechtslehre*, cit., págs. 228 y ss.

escalón de su pensamiento reintroduce en el Derecho un elemento de hecho para asegurar la inescapable concordancia entre el orden jurídico y la realidad, entre el orden jurídico y la realidad, entre el deber ser y el ser.⁶

Las doctrinas de Kelsen fueron aceptadas, y en algunos casos matizadas y modificadas, por un importante grupo de juristas que suele llamarse la Escuela de Viena. Su influencia ha sido considerable en diversos países, España incluida. En la actualidad existe una marcada tendencia contraria a la teoría pura en casi todos los sectores de la ciencia jurídica, lo que no significa por supuesto negar su enorme importancia ni rechazar todos los resultados a que llegó Kelsen. La crítica tiene dos vertientes: una de ellas se refiere a puntos concretos de su doctrina, tales como la oscuridad ya aludida de la norma fundamental, o las dificultades que plantea la exclusión de las normas primarias en el ámbito de análisis jurídico. La otra vertiente es el sentido general de sus doctrinas. Kelsen se esforzó en «purificar» el Derecho de toda contaminación ideológica. Para él todo Derecho se justifica en sí mismo y todo Estado es un Estado de Derecho. ¿Pero está justificada esta tendencia a la pureza? ¿El Derecho ha de prescindir de esos elementos metajurídicos tan tajantemente condenados por Kelsen? La técnica de aislamiento, que al principio calificábamos de típica de todo el positivismo, alcanza aquí su instrumento más afilado. Y cabe preguntarse, si el Derecho es un fenómeno social y los fenómenos sociales forman entre sí una unidad, ¿está justificado y es recomendable llevar al máximo ese aislamiento? Como decía Hegel, «la verdad es el todo», y aunque sea necesario por razones de análisis y de especialización separar entre sí los diferentes fenómenos sociales, esas distinciones no deben hacerlos olvidar la conexión necesaria que todos tienen entre sí.

6. H. KELSEN: *Reine Rechtslehre*, cit., págs. 204 y ss.

68. LAS TENDENCIAS NEOPOSITIVISTAS

Una tendencia nueva en el campo del Derecho, que, aunque presenta características muy peculiares, puede englobarse en el campo de las doctrinas positivistas, es la de los juristas que han centrado su atención, estos últimos años, en el análisis del lenguaje jurídico a la luz del moderno desarrollo de la lingüística y de las corrientes filosóficas, hoy muy difundidas en importantes sectores de pensamiento, que se conocen bajo el nombre de positivismo lógico. Los estudios hasta ahora hechos se han centrado sobre todo en el problema del significado de los términos jurídicos. Mientras que tradicionalmente se buscaba el significado exacto o verdadero de los términos, estos análisis han puesto de relieve que las palabras tienen una gama de significados según su uso y contexto. De la misma forma, el concepto de definición ha cambiado considerablemente al poner de relieve que muchas definiciones no se refieren a cosas, sino que son determinaciones del sentido de las palabras, lo que arroja nueva luz sobre no pocos problemas tradicionalmente discutidos, como ocurre por ejemplo con el concepto mismo del Derecho.

Aunque los partidarios de esta tendencia no han intentado construir ninguna «teoría general del Derecho», sería un error creer que los problemas que debaten son meros problemas de palabras. En realidad, el análisis de un lenguaje es una puerta abierta a una concepción de la realidad, porque, como dice Wittgenstein, un «lenguaje es una forma de vida»⁷ y su análisis nos conduce, al menos en las últimas corrientes de pensamiento imperantes en el campo del positivismo lógico, a plantearnos el problema de la realidad a que se refiere. Estos intentos, que están aún, por otra parte, en sus inicios en el campo del Derecho, suponen un interesante apertura de caminos para revistar no pocas concepciones hondamente arraigadas del pensamiento jurídico.

7. L. WITTGENSTEIN: *Philosophical Investigations*, Oxford, Blackwell, 1953, pág. 19.

59. EL IUSNATURALISMO

La respuesta positivista en sus diversas corrientes ha insistido siempre en el punto fundamental de la separación entre el Derecho y la valoración moral de su contenido. Con ello se coloca en abierto contraste con lo que se puede considerar la más antigua de las concepciones del Derecho, y que últimamente ha experimentado un renacimiento espectacular: el iusnaturalismo. Con esta palabra se designa un conjunto de doctrinas muy variadas, pero que tienen como denominador común la creencia de que el Derecho «positivo» debe ser objeto de una valoración con arreglo a un sistema superior de normas o principios que se denomina precisamente «Derecho natural». Esas valoraciones forman parte, según los iusnaturalistas, de la tarea del jurista, que no debe limitarse al análisis del Derecho existente sino que se ha de plantear como un aspecto esencial de su trabajo científico el aspecto ético del Derecho.

Una referencia sumaria a la posición iusnaturalista es muy difícil, dada la enorme variedad de actitudes y pensamientos que abarca. Bastará por ello con algunos puntos de referencia para situar el tema. Ante todo, una observación fundamental. Con las concepciones iusnaturalistas ha ocurrido un fenómeno muy significativo. De Grecia a nuestros días se han multiplicado los intentos para encontrar *el* Derecho natural, es decir, el sistema de principios y normas superiores a los Derechos positivos, y por tanto a la voluntad de los hombres, a que aquellos Derechos humanos debían someterse. La misma multiplicidad de doctrinas, las épocas de práctico abandono de esos intentos, como ocurrió en el siglo pasado, su resurrección en los últimos años, también envuelta en una intrincada red de discusiones, todo ello es la historia de uno de los más generosos movimientos espirituales del hombre occidental, pero es también la historia de uno de sus mayores fracasos. A pesar de esto, la humanidad no renuncia a buscar un ideal superior de justicia que la defienda contra la arbitrariedad de las leyes humanas. Incluso se ha dicho, no sin razón, que la fe positivista del siglo pasado era

un Derecho natural oculto, a pesar de las afirmaciones en contrario de sus defensores. Y en realidad, como ya vimos, de la misma idea de Derecho es muy difícil descartar totalmente la referencia a la justicia como uno de sus fines.

Históricamente, el Derecho natural ha cumplido funciones importantísimas, aunque distintas y aun opuestas: en ocasiones, ha sido una idea conservadora de la estructura social y política existente. En otras, por el contrario, actuó de lema revolucionario, como ocurrió en el siglo XVIII y en su lógica consecuencia que es la Revolución francesa. En estos últimos casos, el Derecho natural sirve para elevarse en nombre de un Derecho o leyes superiores contra las leyes positivas, permitiendo la ilusión de que la actitud revolucionaria no sólo no es opuesta al Derecho, sino, al contrario, se hace en su nombre. Es el viejo grito que desde Sófocles resuena en la conciencia occidental oponiendo a la ley humana injusta las leyes naturales de la conciencia.

60. EL IUSNATURALISMO EN GRECIA Y ROMA

Las raíces de las distintas doctrinas del Derecho natural se encuentran en Grecia. La idea de que existe un orden natural, es decir, un orden que se revela en la naturaleza de las cosas, es distinto de las cambiantes leyes humanas y puede ser descubierto por la observación racional de la vida social, fue discutida por los sofistas y por Sócrates en el siglo V a. C. La primera idea del Derecho natural es, por tanto, la de normas adecuadas a la naturaleza de las cosas, rectamente interpretada por la razón humana. Este pensamiento aparece claramente en Aristóteles:⁸ «la justicia política se divide en natural y legal; natural es la que tiene fuerza en todas partes, independientemente de que lo parezca o no, y legal, la de aquello que en un principio da lo mismo que sea así o de la otra manera,

8. ARISTÓTELES: *Eth. Nic.* 5, 7, 1.134, b, ed. María Araújo y Julián Marías, *Ética a Nicómaco*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1960, pág. 81.

pero una vez establecido ya no es lo mismo, por ejemplo, que el rescate cueste una mina, o que se deba sacrificar una cabra y no dos ovejas, y todas las leyes establecidas para casos concretos».

Una importante oscilación en este campo de ideas se manifiesta con los estoicos. Para esta tendencia filosófica la clave de la concepción del mundo es la razón, como principio general que gobierna el universo, y por tanto también al hombre que de él forma parte. Vivir según la naturaleza es vivir con arreglo a los dictados de la razón que rige aquélla. Así, la idea del Derecho natural se polariza en torno al deber de vivir con arreglo a un ideal dictado por la razón, el Derecho natural se transforma en Derecho «ideal», que es la concepción que de él ha dominado en el pensamiento posterior, no sin algunos retornos y contaminaciones con el primitivo ideal de buscar sus principios en la misma naturaleza de las cosas.

La jurisprudencia romana acoge estas ideas. La pura concepción naturalista aparece, por ejemplo, en un famoso texto atribuido a Ulpiano según el cual «*ius naturale est quod natura omnia animalia docuit*».⁹

Pero esta concepción naturalista, casi biológica, fue un punto de vista aislado. La opinión dominante realizó un curioso sincretismo entre la idea estoica del Derecho natural establecido por la razón natural y un hecho positivo del sistema jurídico romano: el desarrollo del *ius gentium*. Había surgido éste al impulso de las necesidades prácticas, sin preocupaciones teóricas, como obra de los magistrados a quienes competía entender de los litigios entre ciudadanos romanos y quienes no lo eran. No era aplicable en este caso el genuino Derecho romano, pues éste era exclusivo de los ciudadanos, ni tampoco éstos podían aceptar que se les aplicase un Derecho extranjero. Ante esta situación, agudizada por el desarrollo del tráfico comercial entre personas de distinta condición jurídica, los pretores construyeron empíricamente un sistema de normas, y buscaron su fundamento en lo que a su juicio debía ser una virtud exigible a todos los hombres, fuesen

9. ULP.: *D.*, 1, 1, 1, 3.

o no romanos: la *fides*. Esta palabra significó en un principio sólo el deber de cumplir la palabra dada, pero más tarde su sentido se amplió hasta comprender el deber general de comportarse correctamente en las relaciones con los demás, es decir, la buena fe. El *ius gentium* nació así, entre los siglos III y II. a. C., como un sistema de Derecho positivo libre de trabas, flexible y práctico, que pronto adoptaron los mismos ciudadanos romanos para sus relaciones jurídicas, con preferencia en muchos casos al viejo Derecho quirritario, incómodo, formalista e inadecuado a las nuevas necesidades sociales. Los juristas romanos, al recibir en su bagaje cultural las ideas importadas de Grecia, creyeron reconocer su *ius gentium* precisamente en la idea de un Derecho basado en la razón natural de los estoicos. Un jurista del siglo II d. C., Gayo, define el *ius gentium* (no el *ius naturale*) diciendo que es aquel «*naturalis ratio inter omnes homines constituit*».¹⁰ Se identifican *ius gentium* y *ius naturale*, se habla de *ius gentium vel naturale*.

Fue quizá la influencia cristiana la que decidió la separación entre los dos conceptos. El *ius naturale* pierde en la concepción dominante en la última fase del Derecho romano sus últimas conexiones con la naturaleza entendida empíricamente, y se convierte en ideal superior e inmutable de justicia; el *ius gentium* queda reducido a las normas que se encuentran de hecho en la mayoría de los pueblos y que pueden coincidir o no con el Derecho natural. Surge de esta manera la famosa tricotomía que pasará al pensamiento medieval y moderno. En la cúspide del sistema jurídico está el *ius naturale*, entendido como *id quod semper aequum ac bonum est*, viene después el *ius gentium*, o sea, el que *gentes humanae utuntur* y por último el *ius civile* que es *quod quisque populus ipse sibi ius constituit*, y que es *ipsius proprium civitatis*.¹¹

10. GAYO: *Inst.*, I, 1.

11. ULP.: *D.*, 1, 1, 11, pr.; ULP.: *D.*, 1, 1, 1, 4; GAYO: *D.*, 1, 1, 1, 9.

61. EL IUSNATURALISMO MEDIEVAL

Este caudal de ideas penetra en los teólogos y filósofos que en la Edad Media discutirán sobre el Derecho natural. La Edad Media no fue, conviene recordarlo, la época de armonioso y pacífico pensamiento que a veces nos complacemos en imaginar, sino que fue un período en que no faltaron violentas polémicas doctrinales y puntos de vista muy opuestos. La tradición filosófica greco-romana, la jurisprudencia romana, las doctrinas de los Padres de la Iglesia y las nuevas realidades sociales y políticas favorecieron esos debates. Ciertamente el marco católico del pensamiento fue en la Europa occidental indiscutible, y en este sentido sí se puede hablar de una coherencia básica que falta en el mundo moderno, pero ello no provocó ni mucho menos una uniformidad de pareceres. Una figura destaca gigantesca sobre las demás: Tomás de Aquino.

La importancia de Tomás de Aquino reside sobre todo en haber sabido armonizar las diversas tendencias del momento ideológico que le tocó vivir, con una claridad y una armonía admirables. Su teología y su filosofía proporcionaron el más sólido respaldo al pensamiento católico durante siglos, y aún constituye la filosofía preferida de la mayoría de los círculos católicos. Fiel a la visión teocéntrica del mundo dominante en su época, el punto de partida de la concepción de Aquino es que el mundo es gobernado por la Divina Providencia, es decir, por la voluntad de Dios, que es por otra parte esencialmente razonable. La razón divina es la que establece el orden general del universo, y sus reglas constituyen la suprema ley. De este ordenamiento divino, una parte es conocida al hombre sólo por la Revelación, es decir, porque Dios ha querido manifestarla a través de las Sagradas Escrituras y la tradición. La ley divina es, por supuesto, superior a todas, y su único intérprete autorizado es la Iglesia, lo que coloca a ésta como el supremo poder moral en el mundo. Otra parte muy importante de ese ordenamiento general del mundo establecido por Dios es asequible a la razón humana sin necesidad de revelación, y forma precisamente el Derecho natural. Ob-

sérvese que el Derecho natural se limita a describir una parte del ordenamiento general del mundo puesto por Dios, mientras que otra parte es revelada directamente. El Derecho natural es descubierto por la razón y no puede en ningún momento ser opuesto a lo que Dios ha revelado. No hay contradicción real entre la fe y la razón, entre la Revelación y lo que la razón descubre.

Después de la ley divina y de la natural viene la ley humana. Es ésta dictada por los hombres con vistas al *bien común* (otro concepto clave del pensamiento tomista), y tampoco es una mera decisión voluntarística del que ostenta el poder, sino que ha de ser racional. Tales elementos quedan claros en la famosa definición que de ley se da en la *Summa Theologica*: «*Lex est quaedam rationis ordinatio ad bonum commune ab eo qui curam communitatis habet promulgata*».¹²

Por lo demás, la ley humana no puede ser contraria a la ley natural ni a la divina. La ley injusta no obliga porque las leyes divinas y naturales han de obedecerse antes que las humanas. En esto el pensamiento tomista refleja una de las más firmes ideas del pensamiento medieval. El legislador, el gobernante, está vinculado por el Derecho natural (y el divino). Así Tomás de Aquino traza los grandes rasgos de una concepción a la vez jerárquica y armoniosa de la sociedad humana. El gran teólogo se muestra más prudente que no pocos de sus seguidores al tratar de cuáles sean las instituciones y normas del Derecho natural. Así, por ejemplo, la propiedad privada no es considerada por él como de Derecho natural, fiel en este punto a una importante línea del pensamiento católico que no ha glorificado nunca la propiedad «sagrada e inviolable».

Aunque Tomás de Aquino representa la cúspide del pensamiento cristiano medieval, una referencia merecen los dos grandes representantes de la escolástica tardía, Duns Scoto y, sobre todo, Guillermo de Occam. La importancia de estos filósofos en el aspecto que ahora nos interesa es el énfasis que ponen en la *voluntad* más que

12. Sto. TOMÁS: *Summa Theol.*, I, 2, q. 90, a. 4, ed. B.A.C., Madrid, Ed. Católica, 1956, vol. VI, pág. 42.

en la razón como fuente del Derecho. «*Voluntas imperat intellectui*», según un famoso aforismo de Duns Scoto. En esto se separan de Tomás de Aquino, que insistió siempre en el carácter racional de la ley, tanto de la divina como de la natural y de la humana. En la filosofía tomista no podía haber contradicción entre la voluntad de Dios, creador del orden universal, y la razón, porque en Dios voluntad y razón se confunden. Pero Scoto y Occam insistirán en que esa confusión no existe. La voluntad de Dios es la fuente de la ley divina, y si ésta es razonable no es porque exista entre esos elementos una identidad esencial, sino porque Dios, que es la suprema bondad, no ha de querer nada injusto. Por lo demás, el interés práctico de estas filosofías está en que preludian las direcciones «voluntarísticas», muy abundantes en la filosofía jurídica y política moderna, es decir, la idea central de que el Derecho deriva de la voluntad del legislador (*ius est quod iussum est*), de la «decisión» del Estado, sin referencia a la racionalidad o moralidad de su contenido.

62. EL IUSNATURALISMO EN EL MUNDO MODERNO

Aunque, según Tomás de Aquino, el Derecho natural es asequible a la razón humana con independencia de la fe religiosa, lo cierto es que en la concepción medieval del mundo la Iglesia Católica constituye el marco grandioso en que se insertan y articulan los diversos aspectos de la vida espiritual. Los principios del mundo moderno supusieron el fin de la hegemonía eclesiástica. El Renacimiento proclamó los fueros de la razón independiente, es decir, no armonizada con una fe religiosa. La Reforma acarrió la ruptura de la unidad católica. La concepción eclesiástica del Derecho natural dejó de ser la doctrina prácticamente unánime de la Europa cristiana para convertirse en una teoría más y, en algunas épocas, un tanto marginal respecto a las grandes corrientes de pensamiento que se despliegan a partir del Renacimiento.

Pero esta situación planteaba un grave problema. Desaparecida la unidad espiritual de la Cristiandad, si

se quería buscar un fundamento al Derecho que fuese común a todos los Estados, ese fundamento debería ser independiente de toda convicción religiosa. El problema era especialmente agudo en el campo de las relaciones internacionales, en que, al no existir poder alguno superior una vez desaparecida toda sería pretensión de hegemonía del Papa y del Emperador en el seno de un Imperio que ya no era más que un recuerdo, se creaba un vacío que era urgente llenar buscando un nuevo fundamento para tales relaciones. Esto explica la significación crucial que en la historia del pensamiento jurídico tiene el gran jurista holandés Hugo Grocio. En su obra fundamental *De iure belli ac pacis*, publicada a principios del siglo XVII, se lanza la idea de que existe realmente un Derecho natural, pero que su único fundamento es la razón. Esta razón, en el pensamiento de Grocio, es independiente de toda fe religiosa. El Derecho natural es tan inmutable que no puede ser cambiado por Dios mismo y existiría aunque Dios no existiese. Al afirmar esto, no pretende Grocio, que personalmente era un sincero cristiano, poner en duda la existencia de Dios, sino simplemente liberar el fundamento del Derecho natural de su implícito respaldo religioso, para ponerlo por encima de las discusiones y luchas que sobre estas cuestiones desgarraban la Europa de su tiempo. Tal actitud tenía también la importante consecuencia de situar el Derecho natural fuera del ámbito del poder eclesiástico y, por tanto, eliminaba la posición decisiva que en este aspecto había asumido la Iglesia medieval.

Por lo demás, Grocio ve en el Derecho un conjunto de principios y reglas concretas, deducibles por la razón y por la experiencia de los usos normales en los pueblos civilizados, y superiores al Derecho positivo. Traza así las reglas generales que deben regir las relaciones entre Estados en paz y en guerra, pero además de dar fundamento al Derecho internacional, su vasta obra proporciona también numerosas reglas y opiniones sobre el Derecho en general. Grocio, que fue un profundo conocedor del Derecho romano tal y como era estudiado en su tiempo, tomó en realidad la mayor parte de sus doctrinas de este Derecho, aunque visto a la luz

de la razón y con un criterio jurídico poderoso y certero.

Grocio inicia la tendencia del Derecho natural racionalista que continúan y desarrollan diversos juristas en su siglo y en el siguiente. El Derecho natural, tanto en su aplicación a las relaciones internacionales como a los Derechos internos, se convierte en manos de estos juristas en un detallado y exhaustivo sistema de reglas, consideradas como racionales, aunque en realidad, como había ocurrido con Grocio, se inspiraban en su mayor parte en el Derecho romano.

63. LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y EL CONTRATO SOCIAL

Otra línea de inspiración iusnaturalista, que aunque con precedentes muy anteriores alcanza su apogeo en la misma época y al amparo de la misma tendencia racionalista, es la de los derechos naturales del hombre frente al Estado. Representa esta idea el contrapeso histórico al principio del poder absoluto del Estado que caracteriza el mundo moderno. El hombre tiene unos derechos naturales inalienables, es decir, que no pueden ser transferidos permanentemente a ningún gobernante. El filósofo inglés John Locke centra esos derechos en la vida, la libertad y la propiedad. Para asegurarlos, Locke recurre a otra vieja idea que habían utilizado otros pensadores con los más diversos fines: la de contrato social. El más famoso representante de esta tendencia, el filósofo ginebrino J.-J. Rousseau, dará toda su fuerza explosiva a estas ideas en su célebre obra *El contrato social*, que se publicó en 1762: El hombre, dice en una de sus primeras páginas, «ha nacido libre y en todas partes está encadenado».¹³ El gran problema político es conciliar la libertad natural del hombre con la necesidad de la vida en un Estado. La respuesta que da Rousseau a esta pregunta es el contrato social, o, como dice él mismo, es «encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común

13. J.-J. ROUSSEAU: *Du contrat social*, libro I, cap. I, París, Ed. Garnier, 1962, pág. 236.

la persona y los bienes de cada asociado y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y siga tan libre como antes».¹⁴ El contrato social en Rousseau no es un hecho histórico, como habían creído algunos filósofos anteriores, sino un modelo ideal de organización política. La Revolución francesa hará estallar en la práctica todo este caudal de ideas.

64. LA CRISIS DEL IUSNATURALISMO EN EL SIGLO XIX

La doctrina iusnaturalista, que alcanza su apogeo en la Revolución francesa, entra en decadencia en el siglo XIX. La crítica a la doctrina del Derecho natural procedió de diversos sectores. Tres factores pueden señalarse en el eclipse de estas doctrinas. De una parte, la filosofía crítica de Kant había planteado el grave problema de cómo era posible dar valor general a lo que sólo podía ser descubierto a través de la experiencia, es decir, a lo que sólo podía proceder de un conocimiento *a posteriori*, cuando el único conocimiento generalmente válido que la razón «pura» podía dar tenía que fundarse con independencia de la experiencia, *a priori*. Ciertamente, Kant reconstruye la posibilidad de encontrar una norma general de conducta sobre la base de la razón práctica, pero es sabido que este aspecto de la filosofía kantiana tuvo poco eco comparado con la enorme y merecida trascendencia de su análisis crítico de la razón pura. En una dirección distinta, la Escuela Histórica, representada como ya se ha dicho sobre todo por Savigny, al poner el fundamento del Derecho en la expresión espontánea del espíritu popular negaba la existencia de un Derecho natural superior. Cada pueblo produce su Derecho como su lenguaje, y no cabía someter esa evolución natural a los marcos de un sistema racional de reglas no nacido de ningún *Volksgeist*. Por último, el auge general de las codificaciones produjo, como curioso efecto, que estando ellas inspiradas en las ideas iusnaturalistas, engen-

14. J.-J. ROUSSEAU: *Du contrat social*, libro I, cap. VI, ed. cit., pág. 243.

drasen una mentalidad y una ciencia jurídica eminentemente positivistas. En realidad, este positivismo reposaba sobre la plena y tácita aceptación del conjunto de valores que había desarrollado la Escuela del Derecho natural racionalista. Había adquirido éste un aire militante cuando su trinidad programática (vida, libertad y propiedad) encarnaba la mentalidad y los intereses de una burguesía pujante para la que tal ideología era la gran arma contra las ya desfallecientes estructuras feudales, que aún quedaban como obstáculo a su plena expansión. Triunfante esta clase social, el viejo espíritu revolucionario se convierte en serenidad conservadora, para lo cual nada mejor que un positivismo que pusiera el centro del Derecho en el Estado, que era entonces el Estado predominantemente burgués.

65. EL RESURGIMIENTO ACTUAL DEL IUSNATURALISMO

A fines del siglo pasado, el iusnaturalismo parecía muerto y enterrado para las corrientes dominantes del pensamiento jurídico. En el siglo actual, y sobre todo después de la segunda guerra mundial, ha experimentado un renacimiento espectacular, aunque no sin importantes variaciones respecto a su modelo anterior. Que la idea de la justicia era esencial en el Derecho lo había afirmado ya el importante filósofo alemán del Derecho, Stammler, al giro del siglo, pero, para él, la idea de justicia era una idea puramente «formal», sin un contenido permanente válido. Lo significativo de las modernas doctrinas iusnaturalistas es el retorno a una indagación de la justicia «material», es decir, con contenidos concretos. Sólo que, a diferencia de las viejas teorías iusnaturalistas, los modernos defensores de estas tendencias (muy diversas, por otra parte) no piensan en un sistema detallado de normas, sino más bien en un conjunto de principios generales y flexibles. Tampoco la mayoría de los iusnaturalistas modernos establecen la clara prioridad de este Derecho natural sobre el positivo, y se limitan a señalar aquellos principios como puntos de referencia que ha de tener en cuenta el legislador y a los que ha de ajustar sus normas.

La fundamentación filosófica de estas posiciones deriva sobre todo de un conjunto de doctrinas filosóficas que a partir de Husserl y gracias al método fenomenológico intentaron superar los firmes límites que Kant trazó al conocimiento racional, defendiendo también la intuición intelectual como medio válido de conocimiento. La ontología de Hartmann, la filosofía de los valores de Max Scheler y el existencialismo de Heidegger han sido utilizados para defender este nuevo iusnaturalismo, a veces en forma algo ecléctica y no demasiado rigurosa. El movimiento ha afectado también a otra línea de iusnaturalismo tradicional, la defendida sobre todo por juristas católicos que, en general, no habían abandonado nunca los principios básicos de la doctrina del Derecho natural y que, al calor de estas nuevas ideas y de otros fenómenos intelectuales, como un estudio más directo y penetrante de la filosofía escolástica y sobre todo de la tomista, han renovado en muchos aspectos su pensamiento. Esta última tendencia de iusnaturalismo católico sigue teniendo importancia en el actual pensamiento jurídico español.

Todo este interesante momento ideológico ha de ponerse en relación con las nuevas circunstancias que vivió el mundo en lo que va de siglo. Sobre todo en Alemania, a raíz del régimen nazi y de su derrota, se creyó ver en el abandono del iusnaturalismo una de las causas del desastre material y moral al que llegó bajo aquel régimen un pueblo de la tradición cultural que honra a Alemania. Es realmente en Alemania donde ese nuevo iusnaturalismo ha tenido más auge, pero, en forma más o menos abierta, el deseo de buscar un sistema de valores a que aferrarse se encuentra en otros muchos países e influye, por ejemplo, en forma poderosa en las últimas corrientes de la filosofía jurídica norteamericana.

Es dudoso si el nuevo iusnaturalismo ha logrado superar las viejas objeciones que se hicieron a sus predecesores. Aun dejando aparte problemas de fundamentación filosófica, los principios en que intenta apoyarse o son de una vaguedad que no resuelve más que los problemas ya resueltos, o se trata de cristalizaciones de opiniones y corrientes ideológicas, muy respetables sin

duda, pero a las que es difícil dar una fundamentación con una validez general. Es fácil combatir la esclavitud, que ningún pueblo civilizado acepta hoy, pero no es tan fácil saber qué ha de hacerse con la pena de muerte o con el régimen jurídico de la propiedad, por referirse sólo a dos problemas muy discutidos. El viejo problema de los cambios de concepción en algunas instituciones, como ocurre con la misma esclavitud, tampoco parece que se haya resuelto muy satisfactoriamente. No es extraño en estas circunstancias que otros juristas busquen la solución por el camino de reconocer un Derecho natural relativo e histórico, lo que supone que en cada época existe un conjunto de valores socialmente reconocidos al que debe ajustarse el Derecho. Pero en tal corriente de ideas estamos ya muy cerca de otra dirección con la que en la actualidad se ha pretendido superar el positivismo: las corrientes y doctrinas de carácter sociológico.

66. LAS CONCEPCIONES SOCIOLOGICAS DEL DERECHO

Las concepciones sociológicas del Derecho coinciden frente al positivismo en defender la necesidad de que el estudio del Derecho tenga en cuenta de forma fundamental su incidencia en la realidad social en la que opera. Por lo demás, no es fácil trazar unas características comunes a las múltiples tendencias del sociologismo jurídico. Dos grandes líneas de pensamiento pueden distinguirse en ellas: la más radical considera que la labor del jurista es el análisis del Derecho como fenómeno social tal y como se da en la realidad. Esta labor no ha de contaminarse con valoraciones de ninguna clase, sino que ha de consistir en la descripción objetiva de ese fenómeno social. Estamos, como es fácil ver, en el campo del puro positivismo sociológico, que no ha de confundirse con el positivismo jurídico antes examinado. En sus últimas consecuencias, esta dirección conduce a disolver la ciencia jurídica en la Sociología, entendida ésta como ciencia descriptiva y no valorativa. Por el contrario, la línea más moderada del sociologismo jurídico mantiene el principio de que

el Derecho es un intento de ordenar la realidad con arreglo a criterios determinados, y de que la tarea del jurista es tener en cuenta, junto a esos fines del Derecho, la forma en que se cumplen en la realidad social o la manera en que se podrían cumplir más eficazmente. El análisis sociológico es así un auxiliar imprescindible para lograr que el Derecho cumpla sus fines, cuyo examen entra también, y en forma decisiva, en las funciones del jurista. En algunos aspectos estas doctrinas pueden incluso adquirir matices iusnaturalistas, si se considera que esos fines son precisamente un conjunto de valores de validez general asequibles a la razón, es decir, la actuación del «Derecho natural». En otras posiciones, se mantienen en una actitud relativista e incluso declaradamente política: los fines que persigue el sistema jurídico y los criterios para valorar a éste dependen de la voluntad del legislador o de los criterios imperantes en una comunidad y época determinadas.

67. EL ORIGEN DE LAS CONCEPCIONES SOCIOLOGICAS DEL DERECHO. IHERING

Como es lógico, las doctrinas sociológicas del Derecho no surgen en forma coherente hasta la aparición de la Sociología como ciencia autónoma en el siglo pasado con Augusto Comte. Sin embargo, ya antes no faltan en distintos autores referencias a la realidad social en la consideración de los fenómenos jurídicos, que alcanzan en ciertos casos, como el de Montesquieu, importancia preponderante. También Savigny y la Escuela Histórica merecen una mención explícita en este recuerdo de los antecedentes del sociologismo jurídico. Aunque envuelta en las nebulosidades románticas del *Volksgeist*, la insistencia en que el Derecho es un producto espontáneo del pueblo llamó la atención hacia el Derecho vivo, la práctica y costumbres jurídicas de la comunidad y, en general, hacia la contemplación del Derecho como realidad social. Algunos representantes tardíos de la Escuela Histórica combinaron los principios esenciales de ésta con estudios de claro carácter

sociológico, llevados a cabo con más o menos rigor, y ya por supuesto bajo la influencia del desarrollo de la Sociología como ciencia autónoma. Tal fue, por ejemplo, el caso en España de Joaquín Costa.

El punto de partida en el campo del Derecho de las doctrinas sociológicas independientes se sitúa en la figura del gran jurista alemán Rudolf Ihering. Aunque el pensamiento de Ihering fluctuó a lo largo de su vida y en muchos aspectos careció de una rigurosa coherencia, su importancia en el aspecto que ahora nos interesa es decisiva. En la última fase de su vida, en la obra que lleva el significativo título *El fin en el Derecho*, establece las bases de la mayor parte del posterior sociologismo jurídico.

Para entender con claridad la significación de Ihering hay que recordar la doctrina jurídica entonces dominante y contra la que dirigió sus ataques. Tal doctrina era el positivismo dogmático. Consideraba éste, como ya se dijo, que la función primordial de la ciencia jurídica era la construcción y sistematización de «conceptos», y que el método adecuado en la aplicación del Derecho consistía en deducir de tal sistema de conceptos la solución adecuada a cada caso con arreglo a procedimientos de lógica formal. Este muro de conceptos y de silogismos escolásticos aislaba el método jurídico de la realidad social. A perforarlo y a romper con ese método de la jurisprudencia de conceptos (*Begriffsjurisprudenz*), como él mismo la llamó, se dedicó Ihering en las últimas obras de su vida. Como ariete para abrir brecha utilizó una idea sugerida por el jurista y filósofo inglés J. Bentham: la de interés. En el estudio del Derecho hay que tener ante todo en cuenta su «finalidad». Ésta es la protección de intereses, entendiendo por tales, de acuerdo con Bentham, las conveniencias o necesidades basadas en el deseo de buscar el placer y evitar el dolor. Todo individuo tiende a satisfacer esos intereses y la ley sirve para regular su protección dentro de una comunidad, en que los intereses de cada uno se han de armonizar con los de los demás. La sociedad existe, según Ihering, precisamente para conseguir esa armonía que sería impo-

sible sin ella; y para cumplir sus fines uno de los instrumentos necesarios es el Derecho, que actúa en forma coactiva gracias al poder del Estado. Ihering insiste en el hecho de que la vida social supone la existencia de un interés colectivo por encima de los intereses individuales, y que ese interés colectivo es el que protege el Derecho, o como él dirá en su famosa definición del Derecho, éste consiste «en la forma de la protección dada por el poder de coacción del Estado a las condiciones de la vida social».¹⁵

Ihering supera así el individualismo dominante en su época y plantea el problema de los posibles conflictos entre el interés individual y el colectivo, así como la distinción de estos intereses en individuales, sociales y públicos, ideas todas ellas que tendrán una larga vida y pasarán por no pocas peripecias.

68. LA JURISPRUDENCIA DE INTERESES

La doctrina de Ihering será aceptada con bastantes reservas y matices por el movimiento doctrinal de carácter sociológico que ha tenido y sigue teniendo más influencia en los países germánicos y que también ha repercutido en otros, entre ellos el nuestro: el de la jurisprudencia de intereses, desarrollado por un grupo de juristas al giro del siglo. Los creadores de la jurisprudencia de intereses no pretendieron trazar una concepción general del Derecho, sino más modestamente un método para su interpretación y aplicación. Su idea central es la siguiente: la ley sirve para resolver conflictos de intereses, y al analizarla hay que buscar sobre todo qué intereses ha tenido en cuenta el legislador y qué criterios establece para resolver los conflictos entre ellos. Este análisis nos servirá para interpretar rectamente la ley y en caso de que ésta presente lagunas, o sea, cuando aparecen problemas prácticos que la ley no ha previsto, tales lagunas no se colmarán por medio

15. R. IHERING: *Der Zweck im Recht*, 5.ª ed., Leipzig, Druck und Verlag von der Breitkopf und Härtel, 1916, vol. I, pág. 245. Hay trad. esp. de D. Abad de Santillán: *El fin en el Derecho*, Puebla, México, Ed. Cajica, 1961.

de deducciones y construcciones sobre la base de los conceptos fabricados por los juristas o el legislador, como hacía la jurisprudencia de conceptos, sino examinando los intereses en presencia y aplicando a la solución del conflicto los criterios que para casos análogos ha establecido el legislador. Se contraponen así «la jurisprudencia de intereses» a la vieja jurisprudencia de conceptos. Dos puntos conviene destacar en esta doctrina: de una parte, el hecho de que los defensores originarios de la jurisprudencia de intereses mantendrán rígidamente la subordinación del juez y del intérprete en general a la ley, oponiéndose así a las llamadas doctrinas del «Derecho libre», que a principios de siglo tuvieron alguna difusión en Alemania y que defendían la conveniencia de que, por lo menos en algunos casos, el juez fuese autorizado a decidir al margen de lo establecido en la ley. Este criterio de subordinación es tan riguroso que incluso los defensores iniciales de la jurisprudencia de intereses sostienen que en la ley hay que buscar la voluntad del legislador, oponiéndose así a las doctrinas objetivas de la interpretación, entonces ya muy extendidas. En segundo término, merece señalarse que al hablar de intereses se reconocen junto a los intereses individuales los colectivos o públicos, y no se piensa sólo en los intereses materiales. También los morales han de ser tenidos en cuenta, porque la palabra interés ha de entenderse en un sentido muy amplio, para designar cualquier «disposición reivindicativa en un ámbito de cultura y sin tener en cuenta la naturaleza especial del objeto deseado: hablamos hoy no sólo de intereses materiales, sino también de intereses ideales, religiosos, nacionales, éticos».¹⁶ Tales afirmaciones no han evitado, sin embargo, las acusaciones de materialismo e individualismo que con frecuencia se han dirigido contra esta tendencia. Algunos autores modernos prefieren, quizá para evitar el eco materialista y utilitarista de la palabra interés, hablar de valores, bien jurídico u otras expresiones más amplias y más «espirituales».

16. Ph. HECK: *El problema de la creación del Derecho*, trad. esp. Manuel Entenza, Barcelona, Ariel, 1961, pág. 70.

69. EL SOCIOLOGISMO JURÍDICO EN NORTEAMÉRICA.
HOLMES, R. POUND

Si la jurisprudencia de intereses se mantuvo en Europa en unos límites de cautela y logró no ser desbordada por un sociologismo exacerbado, las tendencias que paralelamente surgieron en los Estados Unidos no evitarían siempre ese riesgo. El ambiente cultural norteamericano de fines del siglo pasado y principios del presente estaba dominado por un pragmatismo que, incluso al margen de doctrinas filosóficas concretas, iba a caracterizar la concepción del *american way of life* en sus más diversos aspectos, entre ellos el Derecho. El célebre juez O. W. Holmes, que tuvo gran influencia en el pensamiento jurídico de su país, llamó desde muy pronto la atención de los juristas respecto a la necesidad de alejarse de los tradicionales ejercicios conceptuales y adentrarse en las exigencias y realidades de la vida. En 1881 escribía: «la vida del Derecho no ha sido lógica sino experiencia. Las necesidades sentidas de la época, la moral y las teorías políticas prevalentes, las intenciones de la política pública confesadas o inconscientes, incluso los prejuicios que los jueces comparten con sus conciudadanos han tenido mucho más que hacer que el silogismo al determinar las reglas por las que los hombres deben ser gobernados»,¹⁷ y años más tarde, en 1897: «para el estudio racional del Derecho el hombre de letras puede ser el hombre del presente, pero el del futuro es el de la estadística y el economista».¹⁸

Holmes fue sobre todo un gran estimulador del pensamiento y de la práctica jurídica, pero no un pensador sistemático. El jurista a quien se debe un planteamiento articulado de un enfoque sociológico del Derecho en los Estados Unidos es Roscoe Pound, que desarrolló una ingente labor científica en numerosos libros escritos desde principios de siglo. El punto de partida de Pound coincide sustancialmente con el de la

17. O. W. HOLMES: *The Common Law*, Harvard University Press, 1963, pág. 5.

18. O. W. HOLMES: «The path of Law», en *The Holmes Reader*, Nueva York, Oceana, 1955, pág. 74.

jurisprudencia de intereses, pero tiene una mayor pretensión de dar una concepción del Derecho y no sólo un método para su interpretación y aplicación. La función del Derecho es para Pound ordenar y armonizar los intereses en presencia en una comunidad y realizar así una tarea de «ingeniería social». Ello supone la difícil labor de clasificar y formular los diversos intereses a tener en cuenta, así como la necesidad de ordenar los criterios orientadores que ha de seguir el legislador en su regulación. Esos criterios derivan de la escala de valores que cada civilización estima que debe ser protegida o impuesta y forma lo que se ha llamado los postulados jurídicos. Tales «ideas de lo justo» han de desarrollarse en la realidad mediante el Derecho positivo de cada época. En esta perspectiva, Pound ha intentado la doble tarea de determinar cuáles son los postulados jurídicos de nuestra época y de analizar y clasificar los intereses que en nuestra sociedad merecen la protección legal. Así, Pound se alinea en la dirección moderada de las escuelas sociológicas.

70. LOS REALISTAS NORTEAMERICANOS

Muy otra será la posición de la más original y aun pintoresca de las tendencias del pensamiento jurídico norteamericano: la de los juristas que hacia los años treinta lanzaron el conjunto de doctrinas bautizadas con el nombre de «realismo jurídico». También aquí el punto de partida se encuentra en unos pensamientos del juez Holmes, quien escribió en 1897, en uno de sus más famosos ensayos: «una obligación legal no es nada más que una predicción de que si un hombre hace o deja de hacer ciertas cosas, tendrá que sufrir de esta o aquella manera por la sentencia de un tribunal». «Las profecías de lo que harán los tribunales y nada más presuntuoso es lo que yo entiendo por Derecho.»¹⁹ Los realistas seguirán este camino y, rechazando todo intento de ordenar o concebir el Derecho como un

19. O. W. HOLMES: «The path of Law», en *The Holmes Reader*, cit., pág. 60.

sistema lógico, se dedicarán al análisis del funcionamiento real de los tribunales, de los factores que influyen en sus decisiones, de la importancia que tienen en ellas factores extrajurídicos en el sentido tradicional, incluidos hechos tales como la educación de los jueces, su estado de salud, su origen social. En ese conjunto de factores que determinan la solución de cada caso, las normas jurídicas son sólo un elemento a tener en cuenta, pero no el único ni en muchos aspectos el decisivo. La sentencia no resulta de un mecanismo deductivo basado en la norma, sino que es la decisión que adopta el juez entre una pluralidad de posibilidades que se le ofrecen, y la ciencia jurídica debe dedicarse en primer término a examinar esas posibilidades, sus fundamentos y los factores que influirán en el juego a la hora de decidir. Está claro con este enfoque que los realistas se apartarán de la tradicional tarea de elaborar conceptos y de sistematizar las normas, ya que éstas en último término no son más que una «predicción generalizada de lo que harán los tribunales», y se centrarán en la forma en que realmente actúa el Derecho en la realidad, analizada con arreglo a los métodos habituales en las ciencias sociales.

El sentido del movimiento realista no se capta en su integridad si no se tiene en cuenta su preocupación crítica, que le lleva a intentar desmontar en forma implacable los que considera principios admitidos rutinariamente por los juristas, pero incapaces de resistir la prueba de un análisis serio. Uno de ellos, como acabamos de ver, es el de la primacía de la norma. Otro, íntimamente ligado a él, es el de la seguridad jurídica. Los «realistas» insistirán en la incertidumbre fundamental que caracteriza la vida jurídica expresada en el hecho de que ante cada caso concreto planteado ante un tribunal, el jurista en realidad sólo puede determinar las posibilidades que tiene el juez, y de ellas predecir cuál es más probable que elija. El Derecho es así esencialmente incierto, incertidumbre que reposa tanto en la ambigüedad de las normas como en la dificultad de verificar los hechos alegados en el proceso. Este proceso de desmitificación lo extendieron algunos realistas, incluso fuera del ámbito de la aplicación ju-

dicial del Derecho, a la crítica de las mismas instituciones básicas de la vida económica y política de los Estados Unidos. Los realistas también insistieron en el carácter cambiante de la realidad del Derecho porque son hombres «que parten de la sospecha de que los cambios son necesarios».²⁰ El movimiento realista se desarrolla en la época de incertidumbre, discusión de los valores tradicionales y dislocamiento de estructuras sociales que sigue a la primera guerra europea, y su momento de auge se sitúa en los años de la gran depresión, que se inicia en 1929 y que asestará un rudo golpe a la tradicional confianza de los americanos en su *way of life*. La segunda guerra mundial y las últimas décadas, con el cambio de situación social, han provocado un claro declive del movimiento realista, al menos en sus tendencias más radicales, y una vuelta al «idealismo jurídico» inspirado en Roscoe Pound e incluso en las nuevas tendencias iusnaturalistas.

71. LOS REALISTAS ESCANDINAVOS

Afín en su espíritu y en sus intenciones al movimiento realista norteamericano, aunque desarrollado con independencia suya, es una corriente doctrinal europea que últimamente ha atraído también la atención de los estudiosos: se trata del llamado realismo escandinavo, promovido por algunos juristas de esos países. Aunque sus defensores difieren notablemente en sus opiniones, todos tienen en común el deseo de racionalizar al máximo el análisis del Derecho, despojándolo de sus elementos míticos y de sus residuos mágicos. El punto de partida de estas doctrinas se encuentra en el jurista danés Hägerström, que en sus estudios de Derecho romano insistió, sobre todo, en la existencia de esos elementos mágicos en los Derechos antiguos y su supervivencia en la actualidad. La ciencia jurídica, si quería ser realmente ciencia, tenía que prescindir de ta-

20. K. LLEWELLYN: «Some realism about realism», en *Jurisprudence, Realism in Theory and Practice*, The University of Chicago Press, 1962, pág. 56. (El texto fue publicado originariamente en *The Harvard Law Review*, XXXIV, 1931, págs. 1.222 y ss.)

les factores puramente emocionales, como derecho subjetivo o deber jurídico, que sólo son restos de las primitivas creencias mágicas. La nueva ciencia jurídica debía considerar tales sentimientos con cautela y proceder a un análisis frío, objetivo y rigurosamente científico de la realidad del Derecho. Ello excluye todo residuo iusnaturalista y toda consideración metafísica. Estudiar el Derecho tal y como actúa en la realidad, considerar la ley como un puro hecho social, son primeros postulados de ese método de análisis. A diferencia de los realistas americanos, los escandinavos se han concentrado en el estudio del sistema jurídico en su conjunto más que en la actuación concreta de los tribunales. ¿Qué es la ley y qué papel juega verdaderamente en la vida jurídica? ¿Qué significa la afirmación de que un Derecho es obligatorio y vigente? Descartada toda referencia a principios trascendentales, convertidos los derechos y deberes en simples «subproductos» de la ley, incluso los realistas escandinavos moderados ven en el Derecho objetivo, a lo más, un conjunto de directrices para el juez y consideran que la prueba de su validez reside en la previsión de que el juez actúe en la realidad conforme a aquellas directrices, «igual que las reglas del ajedrez nos permiten comprender los movimientos de los jugadores como respuestas con sentido y predecirlas».²¹

72. IMPORTANCIA ACTUAL DE LAS DOCTRINAS SOCIOLOGICAS

Las tendencias sociológicas, de las que sólo se ha aludido a algunas de las más significativas, son hoy muy intensas y no parece aventurado predecir que esa influencia, incluso al margen de doctrinas concretas, tenderá a aumentar, dado el desarrollo actual de las ciencias sociales y lo que pudiéramos llamar la preocupación sociológica que caracteriza nuestro tiempo. Es difícil negar que la apertura sociológica sea imprescindible en el estudio actual del Derecho. Si éste es ante todo

21. A. Ross: *On law and justice*, Londres, Stevens and Sons, 1958, pág. 35. Hay trad. esp. de G. R. Carrió, 2.ª ed., Buenos Aires. Eudeba, 1980.

un medio de control social, no puede ser entendido si no se capta su actuación en la realidad, la función que cumple en la comunidad, las fuerzas de hecho que lo condicionan y lo crean. Más discutible es que deban seguirse las corrientes radicales que en último término socavan el valor normativo del Derecho e intentan convertir la tarea del jurista en la simple descripción de lo que *es*, sin referencia, más que si acaso como elemento auxiliar, a lo que *debe ser*. Como ya se dijo en otro lugar, el Derecho es un *proyecto* de ordenación social. Estudiarlo como simple sistema de normas sin escudriñar su verdadera actuación práctica es una tarea incompleta; pero borrar de las preocupaciones del jurista ese carácter de propósito que tiene el Derecho, esa tensión para imponer conductas concretas, no es tampoco convincente. El realismo extremado es en el fondo poco realista, porque mutila la misma realidad de una de sus dimensiones esenciales, que es el Derecho como conjunto de normas destinadas a regir las conductas humanas y obtener un modelo de sociedad determinado. También conviene ser cauto frente a la tendencia, viva sobre todo entre los no juristas, de considerar tales posiciones como «progresistas» y estimar, en cambio, conservadoras y aun reaccionarias las que mantienen el rango normativo del Derecho como elemento esencial. Ciertamente, la labor crítica de los realistas, sus luchas contra muchos mitos y residuos mágicos en el Derecho, es sumamente útil para el progreso social. Pero esto es sólo una cara de la cuestión. El sociologismo en alguna de sus formas extremas tiene, en cambio, el riesgo de considerar la realidad como único punto de referencia para el jurista y de consagrar así el reconocimiento de esa realidad como justificada por sí misma, sin entrar en último término en una crítica a fondo de la misma ni buscar los fines que deben perseguirse en el futuro. Marx, refiriéndose a la Escuela Histórica, decía que ésta buscaba justificar con las injusticias del pasado las injusticias del presente. De forma análoga, la disolución del Derecho en la Sociología puede terminar justificando con las injusticias del presente las injusticias del futuro.

73. EL MARXISMO

La referencia a Marx que acaba de hacerse nos lleva a considerar la última de las grandes corrientes hoy imperantes en el campo del pensamiento jurídico: el marxismo. Tiene éste una evidente importancia tanto por el interés intrínseco de su doctrina como por el hecho de que una parte considerable del mundo lo ha adoptado como ideología oficial de su organización política y, por tanto, de su Derecho. Una exposición de esta doctrina jurídica no es, sin embargo, nada fácil, debido sobre todo a que no existe en el momento actual una elaboración del pensamiento jurídico marxista que tenga la suficiente consistencia y aceptación general. Aunque los puntos básicos se encuentran, por supuesto, en las mismas obras de Marx y Engels, estos principios fundamentales no han sido objeto de la atención que han merecido otros aspectos de la doctrina marxista. En la Unión Soviética surgieron algunos intentos de elaboración de una teoría del Derecho, pero su interés no es excesivo, de forma que, salvo alguna honrosa excepción, como la de K. Renner en Austria a principios de este siglo, es preciso llegar a estos últimos años para presenciar un despertar del interés por la doctrina marxista del Derecho en los pensadores de esta tendencia.

En esta situación, lo único que aquí cabe hacer es exponer los datos esenciales sobre los que se ha de articular toda teoría marxista del Derecho. Estos puntos son naturalmente los mismos del marxismo en general, de los que su doctrina jurídica no es más que una aplicación particular. Para un marxista, en efecto, los distintos fenómenos sociales no pueden estudiarse aisladamente, sino integrados en el conjunto de la realidad social. El Derecho no tiene una «historia independiente». Con esta perspectiva global de los fenómenos sociales se opone el marxismo a la técnica de «aislamiento», que hemos visto que caracterizaba al positivismo, y, en general, según Marx, al pensamiento burgués.

El marxismo es, en primer lugar, un *materialismo*. Con esta expresión no se indica una concepción mecanicista del cosmos, como la tuvieron, por ejemplo, los

materialistas franceses del siglo XVIII, ni menos aún la defensa de una vida basada en móviles egoístas y en intereses individuales económicos, sino una visión del mundo basada en la creencia de que la evolución de las formas de pensar, de las instituciones políticas y jurídicas y de la cultura en general no pueden ser comprendidas por sí mismas, ni explicadas por un progreso general del «espíritu humano» o por el despliegue y actuación en la realidad de las «ideas», sino que hunde sus raíces en las condiciones materiales de vida. La base real de la sociedad son las relaciones de producción. De ellas deriva el carácter general de los procesos políticos, sociales y espirituales de una época, que constituyen las «superestructuras» montadas sobre esa base económica, ya que no es la conciencia de los hombres la que determina su forma de vivir y de pensar, sino, al contrario, su existencia social es la que determina su conciencia. Así, el marxismo se opone a toda forma de «idealismo» y de «metafísica» y proclama que nada existe fuera de la realidad social. En el aspecto jurídico ello supone que el Derecho es un fenómeno de la superestructura, igual que el Estado, que sus últimas raíces son, por tanto, económicas y que en su consideración ha de desterrarse cualquier consideración iusnaturalista. Sin embargo, sería un error deducir de estos principios que para un marxista toda institución jurídica, como cualquier otro hecho cultural o político, tenga su causa inmediata en un fenómeno económico, de forma que aquéllos no sean más que reflejos pasivos y casi automáticos de éstos. La realidad es mucho más compleja. Las «superestructuras» (y entre ellas el Derecho) adquieren una vida propia, reaccionan a su vez sobre las circunstancias económicas, se arrastran más o menos tiempo cuando su fundamento económico está ya superado. Se provocan así un conjunto de influencias recíprocas entre estructura y superestructura que, dejando siempre a salvo el papel decisivo de la primera, han de ser analizadas cuidadosamente sin acudir a las burdas simplificaciones de muchos no marxistas y de no pocos marxistas «vulgares». Ante un fenómeno jurídico, un marxista fiel a las verdaderas enseñanzas de los fundadores de la doctrina, no se limitará a bus-

car rápidamente su explicación económica, sino que lo desmenuzará para examinarlo en su trayectoria, en su conexión con el conjunto del Derecho y de la vida social, hasta llegar en último término a su raíz económica.

El materialismo marxista es un *materialismo histórico*. La historia de la humanidad no es un progreso lineal y uniforme, sino que es un avance *dialéctico*, es decir, una sucesión de situaciones en que cada una de ellas engendra otra opuesta, surgiendo así una contradicción que se resuelve gracias a que una nueva situación *supera* las anteriores e inicia de nuevo el proceso. Esos conflictos y contradicciones están determinados por la evolución de las relaciones de producción o base real de la sociedad, que a su vez determina las «superestructuras» de cada momento histórico. Las fuerzas materiales de producción se desarrollan en forma tal que llega un momento en que entran en conflicto con la ordenación social y jurídica que correspondía al estadio anterior y que no ha cambiado. Se inicia así un cambio de estructura, una *revolución* que lleva aparejado con más o menos lentitud el cambio correspondiente de las superestructuras. Cada tipo de estructura económica supone una división de la sociedad en clases, y esa evolución dialéctica de la humanidad se traduce prácticamente en la «lucha de clases» que asume diversas formas según las épocas, pero que se encuentra siempre presente en la historia. Estado y Derecho hay que contemplarlos a la luz de estas tensiones y de esta evolución dialéctica de la sociedad. El Estado y el Derecho son instrumentos de la clase o clases dominantes para cristalizar su poder. El Estado es, en palabras del mismo Marx, «la forma en que los individuos de la clase dominante afirman sus intereses comunes y en que queda compendiada toda la sociedad civil de una época»,²² y el Derecho no es más que una de las expresiones de ese poder del Estado. Marx rechaza la idea de que el Derecho se basa en la libre voluntad del legislador, puesto que esta voluntad no es conce-

22. K. MARX: *Die deutsche Ideologie*, M.E.G.A., 1/5, página 52.

bible sino determinada por su base real, es decir, por los intereses de la clase dominante. Tampoco admite la existencia de un «interés general» o «bien común», que no es más que una ilusoria justificación del Estado y del Derecho para ocultar las contradicciones insalvables entre los intereses de las distintas clases sociales.

La evolución dialéctica de la sociedad conduce, según Marx, a una situación en que el propio juego de las fuerzas productivas polariza la lucha de clases entre dos grupos, de los que uno, la burguesía, se reduce cada vez más, mientras que el otro, el proletariado, termina confundándose prácticamente con la totalidad de los individuos. La revolución final representará el triunfo del proletariado, la desaparición de la burguesía como clase, y con ella el fin de la división de la sociedad en clases. En consecuencia, el Estado y el Derecho se irán «esfumando» hasta desaparecer, puesto que ambos estaban ligados a esa necesidad de mantener un aparato ideológico y de poder para garantizar la división de la sociedad en clases y la preponderancia de la clase dirigente. Marx se mostró más bien cauto al definir en qué consistiría esa etapa de la vida humana y cuál sería su posible futuro. En un célebre escrito de juventud la presentaba como el fin de las alienaciones del hombre y la conquista, por tanto, de la auténtica libertad. Pero en cuanto a la previsión de qué funciones sociales organizadas serían necesarias que fuesen en cierto modo análogas a las que desempeñan el Estado y el Derecho modernos, encontramos muy pocos datos en las obras de Marx, por entender probablemente que poco se podía atisbar científicamente sobre la fisonomía de esa nueva sociedad.

Evidentemente, la opinión que se tenga sobre la doctrina marxista del Derecho depende de la que se adopte frente al marxismo en general, de la que no es más que una faceta. Sin embargo, algunos de sus puntos han tenido una amplia y merecida repercusión entre juristas de muy diversas convicciones. En primer término, el marxismo ha realizado una excelente labor crítica respecto a muchos aspectos de la vida social y política de la sociedad burguesa tradicional, y una crítica «radical», es decir, desde la raíz, que en no po-

cos aspectos ha sido aceptada, por lo menos en ciertos límites, por amplios sectores de pensamiento. En segundo término, el marxismo ha llamado la atención sobre la importancia de los factores económicos en la vida jurídica. Aunque la medida exacta en que hay que admitir la influencia de estos factores y, sobre todo, en que hay que admitir otros, es discutida, es hoy una convicción general que las condiciones económicas son de una importancia decisiva para el análisis y la aplicación del Derecho. En tercer lugar, la llamada a una consideración global del fenómeno jurídico también parece que sea un punto esencial que debe tenerse en cuenta en una concepción moderna del Derecho. Otros aspectos de la doctrina marxista en sus repercusiones jurídicas, como su previsión respecto a la evolución social de la humanidad y muy especialmente la creencia en una superación última del Estado y del Derecho, despiertan más escepticismo. El hecho de que, como ya se ha dicho, la doctrina marxista del Derecho no esté aún ni con mucho suficientemente elaborada hace que, por otra parte, su influencia fuera de los círculos marxistas no sea quizá todo lo intensa que sería presumible.

74. EL JURISTA Y EL DEBATE SOBRE LAS CONCEPCIONES GENERALES DEL DERECHO

Con el marxismo se termina esta sumaria referencia a algunas de las principales doctrinas jurídicas imperantes en nuestro tiempo. Estas doctrinas, en forma unas veces explícita, como en el caso del marxismo, otras de manera menos transparente, están ligadas a distintas concepciones del mundo, de forma que la última discusión sobre sus fundamentos excede realmente del campo del Derecho. Como resumen final de estas cuestiones sólo cabe hacer por ello algunas observaciones generales. La primera es la necesidad, para quien esté interesado en los problemas generales del Derecho, de ahondar en esas concepciones y en sus últimos fundamentos, tomando así conciencia de esa íntima dependencia entre las visiones generales de la vida y del

mundo y su correspondiente proyección en el campo del Derecho. Ser partidario de la teoría pura del Derecho supone aceptar los principios básicos de la filosofía neokantiana que dominó a principios de siglo. Ser iusnaturalista es una derivación de una concepción del mundo trascendentalista, es decir, que acepta la existencia de realidades espirituales más allá de la realidad social y natural en que estamos inmersos. Una concepción immanente de la vida está en cambio en la base de las doctrinas sociológicas, por lo menos en sus actitudes más radicales. Una segunda consideración, que puede parecer contradictoria con la anterior, pero que en realidad no lo es, consiste en darse cuenta de que la labor del jurista no puede quedar aplazada hasta que exista un acuerdo entre esas distintas concepciones e incluso hasta que cada uno individualmente haya llegado a una perfecta clarificación de su postura. Ya Hegel observó que lo que al jurista importa no es tanto lo que es el Derecho en general sino lo que es Derecho en cada caso concreto, y que esta labor puede desarrollarla con independencia de las discusiones filosóficas referentes al Derecho.²³ Avanzando algo más en esta dirección, puede afirmarse que existen ciertos principios sobre los cuales hay una coincidencia hoy bastante unánime entre los juristas, salvando posiciones extremas. El primero es que la ciencia jurídica no puede ni debe abandonar su labor tradicional de elaborar y sistematizar conceptos, es decir, la labor dogmática, si bien no debe olvidarse que esa tarea no es un fin en sí misma sino que va dirigida a promover una mejor comprensión y aplicación del Derecho. El segundo punto es que el jurista no puede limitarse a esa consideración puramente especulativa, sino que ha de tener en cuenta la realidad social del Derecho, cómo y por qué surge en la práctica y en qué forma actúa. El tercero es que tampoco debe despreocuparse respecto a los fines que persigue el Derecho. Y punto esencial es que esa triple dirección de su tarea no se refiere sólo ni principalmente a los problemas generales, sino al análisis

23. G. W. F. HEGEL: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, ed. Lasson, 3.ª ed., Leipzig, Verlag von Felix Meiner, 1930, pág. 19.

de cada institución jurídica concreta. Por lo demás, no debemos caer en la ilusión de que, al reconocer la necesidad de orientar la ciencia jurídica en esa triple dirección, hemos resuelto con un fácil eclecticismo el fondo del problema. La forma en que se han de armonizar tales tareas, su importancia recíproca, el sentido de los fines últimos del Derecho y otras varias cuestiones seguirán subsistiendo y dando lugar a la inevitable lucha doctrinal. Lo único que es posible, es lograr un cierto acuerdo a un nivel determinado, que no excluye la subsistencia de hondas discrepancias a niveles más profundos.

SUGERENCIAS DE LECTURA

- N. BOBBIO, *Contribución a la teoría del Derecho*, Ed. A. Ruiz Miguel, Valencia, Fernando Torres, 1980 (colección de escritos de uno de los más relevantes filósofos del Derecho actuales).
- G. CALABRESI, *El coste de los accidentes*, trad. J. Bisbal, Barcelona, Ariel, 1984 (interesante trabajo que utiliza técnicas de análisis económico para el tratamiento del problema de la responsabilidad civil).
- A. CALSAMIGLIA, *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, 2.ª ed., Barcelona, Ariel, 1978.
- J. R. CAPELLA, *Sobre la extinción del Derecho y la supresión de los juristas*, Barcelona, Fontanella, 1970 (un intencionado opúsculo que invita a la meditación).
- U. CERRONI, R. MILIBAND, N. POULANTZAS y L. TAPIC, *Marx, el Derecho y el Estado*, intr., selec. y trad. J. R. Capella, Barcelona, Oikos-Tau, 1969.
- U. CERRONI, *El pensamiento jurídico soviético*, trad. V. Zapatero y M. de la Rocha, Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1972.
- J. FINCH, *Introducción a la teoría jurídica*, trad. F. Laporta, Barcelona, Labor, 1977 (especialmente útil para las doctrinas anglosajonas).
- L. GARCÍA SAN MIGUEL, *Notas para una crítica de la razón jurídica*, Madrid, Tecnos, 1969 (positivismo e iusnaturalismo).
- PH. HECK, *La creación del Derecho*, pról. J. Puig Brutau, trad. M. Entenza, Barcelona, 1961 (la jurisprudencia de intereses).
- L. HIERRO SÁNCHEZ PESCADOR, *El realismo jurídico escandinavo*, Valencia, Fernando Torres, 1982.
- A. POLINSKY, *Introducción al análisis económico del Derecho*, trad. J. M. Álvarez Flórez, edición a cargo de Joaquín Bisbal, Barcelona, Ariel, 1985 (sugerente introducción a las nuevas técnicas sobre el tema).