

EL POSITIVISMO EN LA FILOSOFIA DEL DERECHO CONTEMPORANEA

I diritti di un fatto sono assoluti. Non così quelli di un principio. E se io perciò dicessi... che i fatti sono divini, e che i principii sono umani, non temerei che alcuno potesse convincermi di errore.

(R. Ardigò, *Opere filosofiche*, 1882, I, pág. 126.)

EL presente trabajo está dedicado a estudiar en sus direcciones principales y en su unidad interna una de las grandes corrientes de la filosofía jurídica de nuestro tiempo: el positivismo. No se trata de ofrecer un panorama completo y detallado de todas y cada una de las manifestaciones del positivismo en la Filosofía del Derecho, sino de pasar revista a sus principales doctrinas y de poner de relieve la conexión entre ellas. No se trata tampoco de proceder a una exposición exhaustiva de cada uno de los autores estudiados, sino de subrayar su planteamiento del problema filosóficojurídico, poniendo al descubierto desde aquí la identidad de sus premisas metodológicas. El positivismo, hay que decirlo, es una de las direcciones menos conocidas y peor entendidas dentro de la Filosofía del Derecho contemporánea. Está todavía por hacer el estudio que ponga en claro su significación y sus limitaciones, los dos polos entre los que tiene que moverse toda comprensión histórico-filosófica, y desconocemos casi por completo sus raíces históricas, su relación con las grandes corrientes del pensamiento jurídico en los siglos XVIII y XIX. Las páginas siguientes tratan de dar respuesta a algunas de estas cuestiones.

A)

EL MOVIMIENTO POSITIVISTA

I

SUPUESTOS HISTÓRICOS Y FILOSÓFICOS

Podría decirse, valiéndose de una formulación clásica, que el positivismo es una filosofía cuyo principio fundamental no es, como en el idealismo, el «yo en sí», sino la «cosa en sí» (1). El positivismo, en efecto, es una manifestación de esa dirección del pensamiento que la moderna tipología de las concepciones del mundo designa con el nombre de naturalismo (2), y, como todo naturalismo, descansa en una concepción puramente pasiva y receptiva del hombre. En él, al contrario que en el idealismo, el hombre no es entendido como espíritu, es decir, como principio ordenador y conformador de la realidad, sino como un ser inmerso en el fluir de lo real y determinado por él. Lo primero y «verdadero» para el positivismo es la realidad sensible, el mundo de los fenómenos y de las cosas; este mundo constituye el único objeto posible de nuestro conocimiento, en él se encuentra su origen y su razón de validez y él constituye el criterio de verdad de todo saber. El conocer no es más que el proceso de recepción a través de nuestros sentidos de las «imágenes» de los objetos; más aún, la conciencia misma está constituida tan sólo por el conjunto de estas representaciones y los modos psicológicos de su conexión.

Dentro del marco general de esta premisa gnoseológica de «supraordenación del objeto al sujeto» (3), el positivismo ocupa, sin embargo, un lugar propio por su intención filosófica fundamental

(1) FICHTE, *Erste Einleitung in die Wissenschaftslehre*, WW (Medicus), Bd. III, págs. 10 y ss.

(2) Cfr. W. DILTHEY, *Die Typen der Weltanschauung und ihre Ausbildung in den metaphysischen Systemen*, en *Gesammelte Schriften*, Bd. VIII, páginas 100 y ss., 152 y ss., y E. ROTHACKER, *Logik und Systematik der Geisteswissenschaften*, München-Berlin, 1927, págs. 41 y ss.

(3) N. HARTMANN, *Grundzüge einer Metaphysik der Erkenntnis*, 2. Aufl., Berlin-Leipzig, 1925, págs. 125-26, 129 y ss.

v por su significación histórica. Nacido en estrecho contacto con el desarrollo de las ciencias fisiconaturales en la Edad Moderna, el positivismo representa un intento de extraer consecuencias filosóficas del método elaborado por ellas, un esfuerzo por dotar a la especulación de una certeza y una verdad medidas según el criterio del conocimiento científico. Su gran principio es, por eso, desde sus comienzos, la limitación de la esfera de lo cognoscible a lo fenoménico y causal; la renuncia al planteamiento y a la solución de problemas valorativos, ontológicos y, en general, supraempíricos. En la primera fase de su desenvolvimiento, esta exigencia metódica refleja el proceso de neutralización e independización del conocimiento científico, que tiene lugar a finales del siglo XVII y principios del XVIII (4); más adelante, se convierte en un postulado filosófico, al que fundamenta y presta contenido polémico la crítica de Hume a los conceptos metafísicos tradicionales. La idea positivista alcanza, empero, toda su vigencia histórica en la centuria siguiente. Lo que hasta entonces había sido un principio metódico se convierte ahora en una verdadera filosofía, en un sistema en el que, con un método calcado del de las ciencias naturales, se trata de ofrecer una explicación conexa, no sólo de la realidad sensible, sino también del mundo del espíritu. En el siglo XIX el positivismo deja de ser, sobre todo, una dirección más del pensamiento para transformarse en la conciencia filosófica de la época, en aquel modo de entender el mundo e incluso en aquella actitud vital que de manera más adecuada responden a la estructura de su horizonte histórico. Desde poco antes de mediar el siglo hasta casi sus finales, el positivismo es la filosofía por antonomasia, y, como veinte años antes el sistema de Hegel, sus premisas y su método penetran y determinan el campo entero de las ciencias del espíritu (5). En el siglo XIX aparecen también las grandes síntesis positivistas. Las ideas constituidas y clarificadas en el proceso anterior son ahora reducidas a unidad y, desde Comte, insertas cada vez más decididamente en una filosofía social y política y convertidas en instrumento de un propósito práctico y «organizador».

(4) Sobre este proceso, cfr. E. CASSIRER, *Das Erkenntnisproblem in der Philosophie und Wissenschaft der neueren Zeit*, Berlín, 1922, Bd. II, páginas 396 y ss.

(5) Cfr. E. ROTHACKER, *Einleitung in die Geisteswissenschaften*, 2. Aufl., Tübingen, 1930, pág. 190.

De estas ideas, que, con muy leves desplazamientos del punto de gravedad, constituyen el núcleo permanente de todos los sistemas positivistas, la esencial es el concepto de la realidad como un todo conexo y ordenado según leyes invariables de naturaleza causal. Es la idea que J. St. Mill expresaba axiomáticamente con su principio de la *uniformity of nature*, según el cual todo fenómeno tiene un «antecedente invariable e incondicional», que nosotros llamamos causa (6); la misma idea sin la cual, decía Comte, «no podría concebirse ningún progreso en nuestras especulaciones, ningún fin determinado para nuestras acciones, ni siquiera un carácter fijo en nuestras inclinaciones» (7). Para el positivismo el mundo aparece, no como un conjunto de cosas o fenómenos variables, sino como un sistema de relaciones constantes y necesarias. De aquí deriva el segundo gran principio de la epistemología positivista, el postulado de que el único conocimiento que puede revestir validez universal es el conocimiento de las conexiones causales entre los fenómenos, no el del ser de éstos, o como decía Comte, que para la inteligencia humana no hay conocimiento «concreto» o de los seres, sino sólo conocimiento «abstracto» o de los acontecimientos (8). El método consustancial al positivismo es, por eso, la inducción, un método que considera lo singular y concreto tan sólo como material para la observación, como ejemplificación de una relación abstracta, y cuyo procedimiento es siempre «la descomposición preliminar de existencias particulares en fenómenos universales, únicos susceptibles de reglas invariables» (9). Para el positivismo el conocimiento no tiene nunca como objeto último el *hic et nunc*, sino que está dirigido, al contrario, a la eliminación progresiva de la irracionalidad inherente a lo individual, por su reducción a un esquema de constantes generales; incluso lo que se llama existencia de los seres no es otra cosa, como ya subrayaban los primeros positivistas, que la determinación del lugar de un fenómeno en la serie causal (10).

(6) *A System of Logic, Ratiocinative and Inductive*, peop. ed., London, 1884, b. III, ch. V, §§ 1 y ss.

(7) *Système de politique positive ou Traité de Sociologie*, éd. Chr. Cerfils, París, 1912, pág. 52.

(8) Ob. cit., págs. 61-62, 67.

(9) Ob. cit., pág. 65.

(10) Cfr. TURGOT, art. *Existence*, en la *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des Sciences, des Arts et de Métiers*, Genève, 1778, vol. XIII, páginas 564 y ss.

La última consecuencia de este postulado es la elevación de la ley de causalidad a condición de posibilidad del conocimiento, su conversión de principio ordenador de lo real en noción límite que separa lo cognoscible de la incognoscible. Ya Hume había visto en la relación de causa a efecto el fundamento de la objetividad del conocer, el principio por el que se hace actual «una especie de armonía preestablecida entre el curso de la Naturaleza y la sucesión de nuestras ideas» (11), y la idea de que el objeto del conocimiento está constituido por el «cómo», no por el «por qué», de las cosas (12), había sido también formulada por los enciclopedistas (13). Con su grandiosa conciencia histórica, Comte hace suyo este principio y lo sitúa en la perspectiva de una dialéctica universal del espíritu (14). Durante el pasado, dice Comte, la Humanidad alimentó la creencia de que le era posible conocer exhaustivamente la realidad, de que estaba a su alcance penetrar en el ser último de las cosas, saber de la causa primera y del fin que presta sentido al universo. Unas veces, durante la edad teológica, intentó resolver estos problemas acudiendo a representaciones religiosas; otras, en la edad metafísica que le sucede, forjando conceptos abstractos. A estos dos estadios en el desarrollo de la ciencia y del espíritu sucede como última y definitiva etapa la edad positivista. Lo que la distingue de todas las anteriores es su conciencia de los límites del conocimiento humano, su renuncia a descubrir como inasequibles «todos esos sublimes misterios que

(11) *An Inquiry concerning Human Understanding*, en *Essays and Treatises on several Subjects*, Edinburgh, 1800, vol. II, pág. 57.

(12) La expresión es de DIDEROT, *Pensées sur l'interprétation de la nature*, en *Oeuvres philosophiques*, Amsterdam, 1772, vol. II, pág. 80.

(13) Cfr. CONDILLAC, *La logique ou les premiers développements de l'art de penser*, Maestricht, 1792, pág. 45, y D'ALEMBERT, *Essai sur les éléments de philosophie ou les principes des connoissances humaines*, en *Mélanges de littérature, d'histoire et de philosophie*, Amsterdam, 1767, vol. IV, pág. 16.

(14) La «ley de los tres estadios», formulada ya por TURCOT y SAINT-SIMON, no es, en efecto, en COMTE, como suele afirmarse, una mera hipótesis histórica, sino primaria y esencialmente un esquema de la dialéctica del espíritu. Cada uno de los «estadios» constituye una forma de reflexión del espíritu en su determinación más general, y contiene en sí, negativamente, la forma de reflexión del «estadio» que le sucede. El conjunto de la evolución significa el total de los momentos a cuyo través el espíritu llega a conciencia de sí en la positividad. Sobre todo ello, cfr. M. MULLER, *Auguste Comte et la dialectique de l'histoire*, en *De Descartes à Marcel Proust*, Neuchâtel, 1943, págs. 73 y ss., esp. 78 y ss.

la filosofía teológica explica, en cambio, con tan admirable facilidad hasta en sus menores detalles» (15). La filosofía positivista identifica la esfera de lo cognoscible con el mundo de los fenómenos regidos por la relación de causa a efecto; todo lo que se encuentra más allá de sus fronteras pertenece al reino de la fantasía. Es un nuevo modo de acercarse a la realidad, que Comte describe así: «En fin, en el estadio positivo, el espíritu humano, reconociendo la imposibilidad de obtener nociones absolutas, renuncia a buscar el origen y el destino del universo y a conocer las causas íntimas de los fenómenos, para dedicarse únicamente a descubrir... sus leyes efectivas, es decir, sus relaciones invariables de sucesión y de semejanza. La explicación de los hechos, reducida a sus términos reales, no es ya más que la conexión establecida entre los diversos fenómenos particulares y algunos hechos generales, cuyo número tiende a reducir cada vez más el progreso de la ciencia» (16).

El conocimiento así entendido es por naturaleza un tema infinito. Su ideal es el hallazgo de conexiones cada vez más generales entre las regularidades que rigen los diversos grupos de fenómenos, la elevación en el proceso inductivo hasta formulaciones cada vez más simples y comprensivas; su aspiración suprema sería «poder representarse todos los fenómenos observables como casos particulares de un solo hecho general» (17). Ahora bien, ¿qué lugar ocupa en este sistema general del conocimiento el conocimiento filosófico? Porque si el saber científico, en sentido estricto, es un saber del único objeto cognoscible al hombre y por el único método en que aquél es accesible, ¿qué objeto y qué método pueden ser los del saber filosófico? A este problema, que es, en último término, el problema de la posibilidad de la filosofía en un horizonte determinado por el conocimiento empírico, el positivismo responde estableciendo una nueva relación entre la filosofía y las ciencias singulares. La filosofía no constituye para el positivismo una ciencia junto a las otras ciencias, ni tampoco un conocimiento esencialmente distinto del de éstas, sino que se halla ya contenida en ellas «en forma de principios» (18). La filosofía es

(15) A. COMTE, *Cours de philosophie positive*, París, 1830, pág. 10.

(16) Ob. cit., págs. 4-5.

(17) Ob. cit., pág. 5.

(18) E. ROTHACKER, *Logik und Systematik der Geisteswissenschaften*. ya cit., págs. 16-17.

un grado superior, el más elevado, en el proceso de inducción y generalización que arranca de la realidad sensible. Las ciencias singulares abstraen y reducen a proposiciones cada vez más simples y comprensivas una esfera de lo real; la filosofía, por su parte, abstrae de estas proposiciones sus elementos fundamentales, los reduce a sistema y ofrece así una visión conjunta y unitaria de aquellos principios que las ciencias singulares no explican, sino que dan por supuestos, y que constituyen la base de todo su conocimiento. En una palabra, la filosofía es para el positivismo teoría de la ciencia. Es una idea que ya d'Alembert había trazado en sus líneas fundamentales (19), que para Comte representaba la garantía del progreso científico (20), y con la que el positivismo pretendía dotar al conocimiento filosófico de aquella certeza de que hasta entonces había carecido. La gran cuestión de la época, el problema de las relaciones entre la filosofía y las ciencias singulares, un problema, se ha dicho, de trascendencia semejante al de las relaciones entre filosofía y teología en la Edad Media (21), queda así resuelto unilateralmente, haciendo del saber científico el paradigma de todo conocimiento posible.

II

EL POSITIVISMO COMO FILOSOFÍA DEL DERECHO

La filosofía del Derecho positivista representa la aplicación de estos supuestos gnoseológicos al conocimiento del Derecho. No se trata de una doctrina en el sentido estricto de la palabra, sino de una gran corriente del pensamiento jurídico que nace y se desarrolla en la segunda mitad del siglo XIX, y que perdura desde entonces en el seno de la ciencia del Derecho y ha impreso su sello a un gran número de nuestras nociones jurídicas fundamentales. Como en toda corriente del pensamiento, en la filosofía del Derecho positivista actúan ideas muy diversas, y el punto de vista desde el que se intenta hacer posible su intención esencial, la fun-

(19) Cfr. *Essai sur les éléments de philosophie*, ya cit., págs. 24 y ss.

(20) Cfr. *Cours de philosophie positive*, ya cit., págs. 27 y ss.

(21) W. BROCK, *An Introduction to Contemporary German Philosophy*, Cambridge, 1935, págs. 2 y 5 y ss.

damentación estrictamente empírica del conocimiento del Derecho, varía dentro de ella de una a otra dirección. A la vez, empero, la filosofía del Derecho positivista descansa sobre un repertorio de ideas permanentes determinadas por sus mismas presuposiciones metodológicas, en un conjunto de nociones de las que deriva su unidad como movimiento filosófico. Son nociones que no tienen la significación de resultados, sino de supuestos de la reflexión, puntos de partida absolutos que se instrumentan diversamente como sistema en las diferentes direcciones y doctrinas.

La primera de estas nociones es la idea misma del Derecho en tanto que objeto del pensamiento filosófico. La limitación de lo cognoscible al campo empírico y la eliminación de los problemas axiológicos como fundamentalmente inasequibles al hombre, como mera fantasía o como datos empíricos sublimados (22), que es, por definición, el supuesto de todo positivismo, hace que para la filosofía jurídica positivista el Derecho aparezca sólo bajo la forma de su determinación concreta, como ordenamiento efectivo de la convivencia en un momento histórico. El Derecho es para ella Derecho positivo, fenómeno histórico en relación directa con la realidad social en que se da; no un orden invariable de conducta, no un sistema de normas de vigencia intemporal fundamentado trascendentemente, sino una regulación concreta y mudable, determinada en su contenido por la estructura de las comunidades humanas. En esta concepción del Derecho culmina la corriente empírica y «naturalista» que, desde Montesquieu, penetra cada vez más decisivamente la ciencia jurídica, preparando el entendimiento del Derecho como un orden de la vida social en íntima dependencia con factores de hecho. La significación de Montesquieu para el pensamiento jurídico radica, en efecto, en que en su obra nos sale al paso, por primera vez, un intento consciente de entender el Derecho desde la perspectiva de una morfología social. El Derecho es para él un hecho histórico, un fenómeno en conexión esencial e indisoluble con los demás fenómenos sociales, y sólo comprensible desde éstos, por un procedimiento de selección y generalización semejante al utilizado en las ciencias naturales (23). El

(22) Cfr. E. ROTHACKER, *Logik und Systematik der Geisteswissenschaften*, ya cit., págs. 45 y ss.

(23) Cfr. E. EHRLICH, *Montesquieu and Sociological Jurisprudence*, en *Harvard Law Review*, vol. XXIX (1916), págs. 582 y ss., y la breve carac-

método jurídico está dirigido a «explicar» el Derecho desde sus presuposiciones históricas, no a valorarlo según un criterio racional; como él mismo dice polémicamente al comienzo de su obra principal, su punto de partida ha de ser, no *les préjugés*, sino *la nature des choses* (24). Con esta idea del Derecho y del método para su conocimiento, Montesquieu se oponía radicalmente al método deductivo y abstracto de la Escuela del Derecho Natural, para la cual la filosofía jurídica tenía como cometido propio el descubrimiento de «una legislación ideal opuesta casi utópicamente a las leyes naturales y a las características reales de la sociedad» (25); un método que en los wolffianos había llevado a la construcción de un sistema de «Derecho natural» hermético frente al Derecho positivo y deducido como pirámide de conceptos por procedimientos lógicoformales (26). La repercusión de la doctrina de Montesquieu fué extraordinaria en la segunda mitad del siglo XVIII, especialmente en Alemania (27). Bajo el influjo de su noción histórica y empírica del Derecho se hallan los más grandes juristas de la época, J. St. Pütter, J. R. Reitemeier, J. Möser (28); es un cambio de dirección metódica, un «tránsito de la deducción al empirismo», que lleva a finales del siglo a la aparición de una dog-

terización de J. HUIZINGA, *Naturbild und Geschichtsbild im achtzehnten Jahrhundert*, en *Parerga*, Zürich-Bruxelles, 1945, págs. 164-165.

(24) *Esprit des lois*, en *Oeuvres complètes*, París, 1877, pág. 189.

(25) E. TROELTSCH, *Das stoisch-christliche Naturrecht und das moderne profane Naturrecht*, en *Gesammelte Schriften*, Bd. IV, Tübingen, 1925, página 188.

(26) Sobre el método jurídico en WOLFF, cfr. R. STINTZING U. E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Abt. III, Halbbd. I, München-Leipzig, 1898, págs. 200 y ss.

(27) El estudio fundamental sobre la influencia de MONTESQUIEU es todavía hoy la tesis doctoral de H. TRESCHER, *Montesquieus Einfluss auf die philosophischen Grundlagen der Staatslehre Hegels*, Leipzig, 1917, esp. páginas 10 y ss. Cfr. asimismo el excelente trabajo de H. THIEME, *Die Zeit des späten Naturrechts*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (Germ. Abt.), Bd. LVI (1936), págs. 211 y ss.

(28) Cfr. J. ST. PÜTER, *Neuer Versuch einer juristischen Encyclopädie und Methodologie*, Göttingen, 1767, págs. 22-29, esp. 23-24; J. MÖSER, *Versuch des neuesten Völkerrechts*, Frankfurt a. M., 1777, 1. Theil, págs. 11-12, 17-18. Sobre MÖSER, cfr. A. VERDROSS, *J. J. Möser's Programm einer Völkerrechtswissenschaft der Erfahrung*, en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Bd. III (1922-23), páginas 96 y ss. Un eco de MONTESQUIEU se percibe también en el pragmatismo jurídico de G. BIENER, *Bedenklichkeiten bey Verbannung der ursprünglichen fremden Rechte aus Deutschland*, Halle, 1781, esp. pág. 21.

mática jurídica basada exclusivamente en la observación del Derecho positivo (29). Esta dirección empírica e historicista desemboca en dos grandes construcciones jurídicas, que enlazan ya directamente con la filosofía del Derecho positivista: la teoría de G. Hugo y la de la escuela histórica. La doctrina jurídica de G. Hugo es ya conscientemente antijusnaturalista y constituye, como se ha dicho certeramente, «una apología del Derecho positivo» (30); gran parte de su obra está dedicada a probar que las instituciones jurídicas que la Historia nos presenta, el matrimonio, la esclavitud, la propiedad privada, no son susceptibles de un juicio valorativo *a priori*, sino que su justicia o injusticia depende de la constelación sociológica en que se dan, y sólo desde ésta, es decir, sólo partiendo de consideraciones de hecho es posible juzgar «jurídicamente» de ellas. Es, empero, Savigny quien da la formulación definitiva a esta teoría «positivista» e histórica del Derecho, influyendo así decisivamente todo el desarrollo posterior del pensamiento jurídico. Para Savigny la ciencia del Derecho es, por esencia, una ciencia histórica, y el dogmático, como el historiador del Derecho, tienen un mismo cometido: «el uno conocer el Derecho en aquella parte de la Historia que llamamos presente; el otro en aquella que llamamos pasado» (31). No hay Derecho racional ni Derecho natural, sino sólo Derecho positivo, Derecho como fenómeno histórico, como producto de las fuerzas que actúan en el seno de las comunidades humanas. La vinculación del Derecho a su sustrato fáctico alcanza aquí su más radical expresión: el Derecho es «miembro del cuerpo del pueblo» (32), «fuerza y actividad» del mismo (33). Y porque el Derecho «no se hace arbitrariamente como un traje» (34), sino que crece orgánicamente y es «la vida misma de los hombres vista desde un lado peculiar» (35), el objeto de la ciencia del Derecho no es, como cree

(29) Cfr. H. THIEME, ob. cit., págs. 215-216.

(30) H. SINGER, *Zur Erinnerung an Gustav Hugo*, en *Zeitschrift für das Privat- und öffentliches Recht der Gegenwart*, Bd. XVI (1889), pág. 296.

(31) Cfr. F. ZWILGMEYER, *Die Rechtslehre Savignys (Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 37)*, Leipzig, 1929, pág. 10.

(32) F. C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. Neudr., Freiburg i. B., 1892, pág. 101.

(33) *Vom Beruf*, pág. 5.

(34) *Vom Beruf*, pág. 101.

(35) *Vom Beruf*, pág. 18.

una época «que vive de abstracciones» (36), inventar un Derecho ideal, sino «conocer y expresar» el Derecho verdaderamente existente (37).

Esta noción empírica del Derecho, constituida lentamente de Montesquieu a Savigny, es radicalizada y *more suo* interpretada unilateralmente por el positivismo, el cual construye partiendo de ella una nueva idea de la filosofía del Derecho, de sus temas y de su método. Bajo el influjo de la tradición estoica y cristiana, la reflexión filosófica sobre el Derecho tiene como tema principal hasta finales del siglo XVIII la consideración sobre la posibilidad de un «orden natural» de la convivencia humana. El término virtual de esta idea secular de la filosofía jurídica se encuentra, es cierto, en la ética kantiana, la cual, con su separación tajante entre el mundo del «ser» y el mundo del «deber ser», reduce al absurdo todo intento de deducir de la «naturaleza» humana o de la «naturaleza» de las cosas un orden de conducta con validez ética (38). Es, sin embargo, en el positivismo donde, por primera vez, nos sale al encuentro una filosofía del Derecho construida conscientemente sobre supuestos contrarios a los de la especulación jusnaturalista: una filosofía del Derecho que es y quiere ser reflexión sobre el Derecho positivo, es decir, sobre el Derecho como un orden no postulado, sino dado, y reflexión desde sus propios supuestos, como fenómeno social y en su historicidad. Se trata de un nuevo modo de entender el objeto de la especulación filosófico-jurídica, y, por tanto, de una nueva concepción de su tema principal y de su método. De su tema principal, porque éste deja de ser el del contenido y validez del Derecho y pasa a ser el de la determinación de su concepto universal; de su método, porque éste, que había consistido tradicionalmente en la referencia abstracta de los órdenes jurídicos históricos a una esfera de vigencia normativa absoluta, se hace ahora inmanente, es decir, parte de la naturaleza misma de lo jurídico, como elemento integrante de una visión total de la realidad. El Derecho, no como deber ser absoluto, sino como deber ser histórico, como orden efectivo y actual de la vida social, avanza al primer plano de la considera-

(36) *Vom Beruf*, pág. 106.

(37) *Vom Beruf*, págs. 13 y ss.

(38) Sobre ello, cfr. TH. STERNBERG, *Allgemeine Rechtslehre*, 1. Teil, Leipzig, 1904, págs. 181 y ss., y F. HAYMANN, *Kants Kritizismus und die naturrechtlichen Strömungen der Gegenwart*, Berlín, 1924, pág. 22.

ción filosófica. Este cambio en el concepto de la filosofía del Derecho refleja en el campo jurídico el sentido general del movimiento positivista dentro de la historia del espíritu europeo. Como en los demás terrenos, la razón positivista, meramente descriptiva, se alza también aquí contra la razón constructiva del racionalismo (39), y el objeto de la filosofía jurídica, que en los grandes sistemas jusnaturalistas era creado por la razón misma, se desplaza al mundo de lo real como algo autónomo y diverso de la conciencia cognoscente. Podría decirse, utilizando una formulación célebre, que en la filosofía del Derecho positivista la razón deja de adorar «los ídolos creados por ella misma» y se convierte en un «medio para el conocimiento de lo que han creado la razón conjunta de la Humanidad y el esfuerzo unido de los siglos» (40).

Las diversas direcciones de la filosofía del Derecho positivista son otros tantos intentos dirigidos a dar expresión filosófica a estos postulados acerca de la naturaleza del Derecho y la esencia de la filosofía jurídica. Todas ellas pueden resumirse en tres grandes concepciones, cada una de las cuales es un ensayo de fundamentación del conocimiento empírico del Derecho desde un punto de partida contenido ya como posibilidad abstracta en el planteamiento mismo del problema. En la primera, la filosofía del Derecho es entendida como teoría de la ciencia jurídica. Es la forma primaria, elemental pudiera decirse, de la filosofía del Derecho positivista, pero en ella se plantea ya en toda su radicalidad el problema que ha de determinar todo el desarrollo posterior de éste. Para esta concepción, el Derecho es esencialmente un sistema de normas, un conjunto de reglas de conducta unidas por un fundamento formal de validez. La reflexión filosófico-jurídica tiene como cometido hallar los elementos permanentes de este orden normativo, aquellos conceptos o «principios» que se dan siempre en el Derecho positivo, independientemente de su contenido histórico concreto. Siguiendo el método de las ciencias empíricas, la filosofía del Derecho ha de eliminar lo variable y diverso en los órdenes jurídicos y formular por la comparación abstractiva y la in-

(39) Sobre la estructura y la significación histórica de la idea positivista de la razón, cfr. F. HEINEMANN, *Neue Wege der Philosophie*, Leipzig, 1929, páginas 44 y ss. y 54 y ss.

(40) Cfr. J. J. BACHOFEN, *Das Naturrecht und das geschichtliche Recht in ihren Gegensätzen* (1841), reimpresso en *Philosophie und Geisteswissenschaften*, Bd. V, Halle, 1927, pág. 48.

ducción aquellas nociones que les son inherentes y constantes. Estas nociones, obtenidas inductivamente y que constituyen la parte esencial de todo Derecho, son por ello el supuesto de todo pensar jurídico, y la filosofía jurídica que las define y formula aparece fundamentalmente como teoría de la ciencia del Derecho. Esta concepción de la filosofía jurídica y de su método descansa, empero, por definición, en un supuesto contradictorio: pretender hallar las condiciones de posibilidad de la experiencia jurídica partiendo por la observación y la inducción de esta misma experiencia. Si los conceptos cuya formulación busca la filosofía del Derecho han de ser condición de la experiencia jurídica, es imposible extraerlos de esta experiencia, porque siempre que la pensemos pensamos ya *ex hypothesi* dichos conceptos; o dicho en otros términos, los «conceptos jurídicos fundamentales» tienen que ser un *a priori*, no un *a posteriori* del conocimiento jurídico. En lo esencial, ésta es también la crítica de Somló a la «teoría general del Derecho» y a la doctrina de Bierling. Con ella queda, por primera vez, al descubierto el círculo vicioso en que se mueve la idea positivista de la filosofía del Derecho, y se eleva a conciencia filosófica su problema determinante: el problema de la validez del conocimiento jurídico. La respuesta a este problema se encuentra en una nueva concepción del objeto de la filosofía jurídica, cuyas dos versiones más características son la teoría del Derecho comparado y el sociologismo. Ambas son ensayos de fundamentación del conocimiento empírico del Derecho, pero ensayos que parten, no del Derecho mismo, sino de una realidad «anterior» a él, de una esfera fáctica tenida por determinante de la fenomenología jurídica. El problema del *a priori* del conocimiento jurídico es en las dos direcciones el problema fundamental, pero este *a priori* no es entendido en ellas en sentido lógico, sino temporal y causal. De acuerdo con la gnoseología empírica, el conocimiento del Derecho y su fundamentación se buscan en el conocimiento de un sector de realidad que, de hecho, «explica» el nacimiento del fenómeno jurídico, sus formas y su evolución. La filosofía del Derecho así entendida, como «teoría metajurídica del Derecho», según la expresión de Somló, supera la contradicción de la «teoría de los conceptos fundamentales del Derecho», al tratar de entender a éste «desde fuera» de la experiencia jurídica; el problema esencial, empero, el problema de la validez del conocimiento jurídico, queda en pie y sólo retrotraído a otro punto, sólo referido

a un precedente empírico. La conciencia de ello halla expresión filosófica en la tercera y última de las grandes concepciones de la filosofía jurídica positivista: el psicologismo. El problema del psicologismo es también el problema de la validez del conocimiento jurídico, pero éste aparece ahora bajo una nueva perspectiva; el centro de gravedad no se halla ya en la cuestión de las relaciones entre la experiencia jurídica y las condiciones de su conocimiento, sino en la cuestión de si es posible un conocimiento de validez universal basado en la observación y la inducción. La filosofía del Derecho del psicologismo quiere, en suma, responder al problema de cómo es posible que un conocimiento que se apoya en la observación de una experiencia jurídica concreta pueda revestir validez para toda experiencia jurídica posible; es decir, al problema de la posibilidad misma de la gnoseología empírica en el campo del Derecho. El interrogante que alentaba ya tácitamente en las concepciones anteriores alcanza aquí plena conciencia filosófica. Como en el sociologismo, empero, el problema queda aquí también sin respuesta, encerrado en un círculo vicioso. Las doctrinas psicologistas no tratan, en efecto, de fundamentar la validez del conocimiento jurídico sobre la estructura lógica del proceso cognoscitivo, sino apelando a la realidad empírica del acto por el cual se conoce. El hecho del conocimiento del Derecho queda así «descrito», pero el problema de su necesidad y validez universal sigue sin solución, porque el fundamento que se le atribuye es, de nuevo, un acontecer fáctico, con respecto al cual puede formularse la misma cuestión.

Con el psicologismo los supuestos gnoseológicos de la filosofía del Derecho positivista son llevados a sus últimas posibilidades, es decir, son refutados inmanentemente. Aquí radica también su significación. La refutación del empirismo en la filosofía del Derecho no es, en efecto, una mera negación, una «superación», sino la pervivencia de este mismo empirismo como determinación negativa bajo otra forma de conciencia filosófica. Esta otra forma de conciencia filosófica es el neokantismo jurídico, cuyo punto de partida es el supuesto elaborado en el proceso de la filosofía jurídica positivista: la imposibilidad de fundamentar empíricamente un conocimiento universal y necesario del Derecho.

B)

LAS DIRECCIONES DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO
POSITIVISTA

I

LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO TEORÍA DE LA CIENCIA JURÍDICA

La noción de la filosofía del Derecho como teoría de la ciencia jurídica reproduce en el campo del Derecho la idea de filosofía formulada por el positivismo. Objeto de la filosofía del Derecho, según esta concepción, es el descubrimiento y la reducción a sistema de aquellos conceptos que se hallan en la base de la ciencia del Derecho y de su forma específica de pensar, es decir, de aquellos conceptos que la ciencia jurídica no explica, pero presupone siempre. El método para llegar a ello es el método empírico, la reducción de la fenomenología jurídica a constantes generales por un proceso de eliminación de lo accidental y variable y de unificación y descripción de lo uniforme.

Esta concepción de la filosofía del Derecho y de su método constituye la versión positivista de una de las ideas fundamentales de la escuela histórica: la de la unidad orgánica del Derecho. Pese a su idea dinámica y evolutiva del Derecho, tanto Hugo como Savigny habían entendido los órdenes jurídicos de los diversos pueblos como todos orgánicos y conexos, cuyas partes se hallaban entrelazadas entre sí por razón de su misma naturaleza histórica (41). Savigny, sobre todo, desarrolla desde un principio la idea de que todo Derecho positivo posee unos «principios rectores» relacionados entre sí, en los cuales halla el orden jurídico su más alta expresión como tal (42). Esta noción se cruza en los pandectistas con otra idea procedente de la vieja sistemática del Derecho natural: la idea del Derecho como un sistema normativo deducible formalmente de unas pocas proposiciones superiores, y de ambas surgen

(41) Cfr. F. ZWILGMAYER, *Die Rechtslehre Savignys*, ya cit., págs. 9-10, 11.

(42) Cfr. *Vom Beruf*, págs. 13 y ss., 22 y ss.

los sistemas de la llamada «jurisprudencia del Derecho común» (43). En ellos el Derecho aparece, no sólo como un producto histórico, sino, además, como un todo de estructura esencialmente racional; como un todo reducible, por tanto, a unos principios superiores, no materiales y vinculados a cada orden jurídico en su historicidad, sino de índole formal. Es decir, todo orden jurídico aparece como expresable en un sistema de conceptos. La última consecuencia de esta concepción se halla en la «Teoría general del Derecho» y en la doctrina de los «conceptos jurídicos fundamentales». En ambas se instrumenta con el método empírico y la noción positivista de la filosofía una idea elaborada ya en lo esencial entre los germanistas y romanistas desde el tercer decenio de la centuria.

1. LA «TEORÍA GENERAL DEL DERECHO»

Históricamente considerada, la doctrina que iba a llamarse por antonomasia *Allgemeine Rechtslehre* o «Teoría general del Derecho» es, en efecto, una consecuencia del gran movimiento renovador que sacude la vida jurídica alemana, cuando, a mediados de siglo, empiezan a perderse los últimos ecos de la escuela histórica clásica (44). El gran motivo de este movimiento, que halla expresión en la llamada «joven escuela histórica», es el retorno a los Derechos nacionales y la consideración de la ciencia del Derecho como una ciencia esencialmente práctica (45). Se trata de una re-

(43) La influencia de la sistemática jusnaturalista en los tratados de pandectas ha sido puesta de manifiesto por A. B. SCHWARZ, *Zur Entstehung des modernen Pandektensystems*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (Rom. Abt.), Bd. XLIII (1921), págs. 578 y ss., y *Pandektenwissenschaft und heutiges romanistisches Studium*, Zürich, 1928, págs. 11 y ss.

(44) Los dos órganos de la Escuela histórica clásica dejan de publicarse uno tras otro en esta época: los *Kritische Jahrbücher*, fundados por RICHTER, en 1848; la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, fundada por el mismo SAVIGNY, en 1850. Sobre la desaparición de estas dos revistas y sus repercusiones en la ciencia jurídica contemporánea, cfr. J. E. KUNTZE, *Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft. Ein Beitrag zur Orientierung über den gegenwärtigen Stand- und Zielpunkt derselben*, Leipzig, 1856, págs. 5 y ss. (Cfr. asimismo G. GEIB, *Die Reform des deutschen Rechtslebens*, Leipzig, 1848, páginas 1 y 6 y ss.

(45) Cr. J. C. BLUNTSCHLI, en su Introducción a la revista *Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Bd. I (1853), páginas III y ss., esp. pág. V.

acción contra el carácter paradigmático otorgado al Derecho romano por la generación anterior, de la que derivan dos consecuencias fundamentales: en primer término, el desplazamiento del interés hacia los elementos autóctonos en la historia del Derecho patrio, especialmente hacia el Derecho germano y sus instituciones características; en segundo lugar, la sustitución del método histórico (46) por una consideración sistemática dirigida a la comprensión y aplicación del Derecho vigente (47). En este último cambio de dirección, sobre todo, hay que ver los orígenes del proceso que desembocará en la «Teoría general del Derecho».

La idea, en efecto, de que objeto propio de la ciencia jurídica es el Derecho actual y vigente hace que junto al Derecho privado, que había constituido entre los pandectistas el centro de gravedad de los sistemas jurídicos, comiencen ahora a delinearse como disciplinas autónomas las restantes ramas de la enciclopedia jurídica, para cada una de las cuales se elabora también un conjunto de conceptos fundamentales que las constituyen como un todo independiente. El resultado es que el campo de la ciencia del Derecho queda disociado en una serie de «ciencias» que se comportan unas frente a otras como mundos distintos. Cada una de estas disciplinas, el Derecho civil, el Derecho procesal, el Derecho penal, se dividen en una «parte especial», dedicada al Derecho vigente en el ámbito respectivo, y una «parte general» constituida por un repertorio de conceptos que servían de fundamento y daban conexión a la parte especial. Estas «partes generales» quieren constituir el armazón lógico de un sector determinado del Derecho positivo, la presuposición para el conocimiento de su dogmática propia; la suma de todas ellas, el conjunto de sus conceptos es lo último que puede saberse del Derecho. Esta situación es el punto de partida de la llamada «Teoría general del Derecho». Lo que A. Merkel, G. Rümelin, K. Bergbohm, R. Wallaschek, P. Eltzbacher y otros juristas afines pretenden es extraer las últimas consecuencias del método y de los supuestos que habían llevado a formular las «partes generales» de las diversas disciplinas jurídicas; es decir, ascender un grado más en el proceso inductivo y

(46) Sobre el método histórico en Savigny, cfr. E. EHRlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. Neudr. München-Leipzig, 1929, págs. 257 y ss.

(47) Cfr. B. WINDSCHEID, *Die Singularsuccession in Obligationen*, en *Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Bd. I (1853), pág. 27.

generalizador y llegar así a una «parte general», no de ésta o la otra disciplina, sino de la ciencia del Derecho en su totalidad.

El iniciador de esta empresa y quien primero traza programáticamente sus propósitos generales es el penalista y filósofo del Derecho Adolfo Merkel (48). El es también quien con mayor claridad formula su intención esencial: fundamentar la ciencia del Derecho como una ciencia unitaria, poniendo fin por un proceso de síntesis a su desintegración en las «partes generales» de las distintas disciplinas jurídicas. Estas «partes generales», dice Merkel, surgen como consecuencia del desarrollo de las diferentes ramas del Derecho, y su importancia radica en que constituyen algo así como «la abrazadera que mantiene unidos en un haz los fragmentos de la parte especial» (49). No obstante, sería erróneo ver en ellas una fundamentación de la ciencia del Derecho, entendida ésta como ciencia de la totalidad de la experiencia jurídica. Para llegar a ello es preciso, al contrario, superar estas «partes generales», elevarse sobre ellas y formular, apoyándose en su contenido, una «parte general» de la ciencia toda del Derecho. En esta «parte general» última, la ciencia del Derecho hallaría «la expresión y realización completa de su unidad», y en ella deberían buscar «las partes generales de las diversas disciplinas jurídicas... su conexión y su necesario complemento» (50). La «parte general» de la ciencia del Derecho no era, decía Merkel, una disciplina más, sino aquella que tiene por contenido «lo que es común a todas», uniéndolas, no artificiosamente, sino de manera orgánica, «como la corteza que abarca al tronco que la nutre con su savia» (51). Mientras que las «partes generales» de las disciplinas jurídicas singulares se movían por definición dentro de los límites de su campo propio, y representaban por eso una visión unilateral y fragmentaria de la realidad jurídica, la «parte general» de la ciencia

(48) Y no K. BERGBOHM, como afirma G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1932, pág. 21, nota 2. La obra de BERGBOHM, citada por RADBRUCH, aparece, en efecto, en 1892, es decir, casi veinte años después del escrito programático de MERKEL, que ve la luz en 1874. Exactamente, en cambio, B. DONATI, *Fondazione della Scienza del Diritto*, Padova, 1929, pág. 146.

(49) A. MERKEL, *Ueber das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur «positiven» Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Theil derselben*, en *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, Bd. I (1874), pág. 8

(50) A. MERKEL, ob. cit., pág. 8. Cfr. asimismo K. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Bd. I, Leipzig, 1892, págs. 18, 34 y ss., 90 y ss.

(51) A. MERKEL, *Juristische Enzyklopädie*, 5. Aufl. Berlin, 1913. § 323 a.

del Derecho podría «arrancar la máscara que... oculta los verdaderos rasgos del Derecho y que impide que surja a luz su identidad en el ámbito de nuestra ciencia» (52).

El camino para llegar a esta «parte general» de la ciencia del Derecho había de ser el método empírico, es decir, la constitución de conceptos por la agrupación de notas o caracteres obtenidos mediante la observación repetida de los fenómenos jurídicos (53). Uno de los últimos representantes de esta dirección ha caracterizado su método comparándolo con el nomotético de las ciencias naturales. Así como éstas consideran toda cosa y todo fenómeno individual *sub specie generis*, así también «la Teoría general del Derecho ve en cada fenómeno jurídico... la realización de un objeto general de la representación, que puede retornar en un número ilimitado de casos»; de tal suerte, que «las singularidades que pueden adoptar los conceptos jurídicos al realizarse en uno u otro campo del Derecho» sólo son tenidas en cuenta «cuando son suficientemente significativas para la formación de una clase independiente, y, por tanto, a la vez, de un concepto científico nuevo» (54).

La «Teoría general del Derecho» así entendida es una parte de la ciencia jurídica tan sólo si se concibe a ésta como sistema universal de conocimientos sobre el derecho (55). En un sentido estricto, empero, la «parte general» de la ciencia jurídica se halla fuera de ésta, como sistema que es de sus presuposiciones. En ella se contienen, en efecto, las nociones básicas para toda ocupación científica con el Derecho, y por eso, por ser teoría de la ciencia jurídica, no es ciencia, sino filosofía del Derecho; «no sólo toda la filosofía del Derecho, sino, además, la única filosofía del Derecho que hay en absoluto» (56). Una filosofía del Derecho que, por

(52) A. MERKEL, *Ueber das Verhältnis*, págs. 10 y 402.

(53) Sobre el método en la «Teoría general del Derecho», cfr. A. MERKEL, *Ueber das Verhältnis*, págs. 418-419, y P. ELTZBACHER, *Ueber Rechtsbegriffe*, Berlín, 1900, págs. 35-36, 51.

(54) I. KORNFIELD, *Allgemeine Rechtslehre und Jurisprudenz*, Berlín-Leipzig, 1920, pág. 4.

(55) Sobre las relaciones de la «parte general» con la ciencia y la filosofía del Derecho, cfr. MERKEL, *Ueber das Verhältnis*, págs. 408 y 420, y LINGG, *Wesen und Aufgabe der Rechtsphilosophie*, en *Zeitschrift für das Privat- und öffentliches Recht der Gegenwart*, Bd. XVIII (1891), págs. 60 y ss.

(56) R. WALLASCHEK, *Studien zur Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1889, pág. 109. Cfr. asimismo K. BERGBOHM, ob. cit., pág. 91, y MERKEL, *Ueber das Verhältnis*,

su método y su objeto, se halla frente al viejo Derecho natural «en la misma relación que la Historia con la leyenda» (57).

2. LA TEORÍA DE LOS «CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES»

Considerada en relación con el pensamiento fundamental de la *Allgemeine Rechtslehre*, la idea de la filosofía del Derecho como teoría de los «conceptos jurídicos fundamentales» representa un replanteamiento del problema filosófico-jurídico y un nuevo modo de entender las posibilidades del método empírico en el campo del Derecho. Tácitamente, por razón de su mismo punto de partida, la doctrina de Merkel y sus continuadores pensaba esencialmente el Derecho bajo la forma de un orden jurídico determinado; aun titulándose a sí misma «Teoría general del Derecho» o «parte general de la ciencia jurídica», los conceptos que constituían su contenido no estaban abstraídos de la ciencia del Derecho en absoluto, sino de la ciencia —del conjunto de disciplinas jurídicas— de un Derecho vigente preciso y concreto. Las mismas premisas del empirismo, para el cual la validez de los resultados obtenidos por la inducción se halla siempre vinculada al grado de amplitud de la experiencia que les sirve de base, se convierten por eso en esta dirección en una crítica immanente. Unos conceptos fundamentales inducidos de la dogmática de un Derecho positivo sólo tienen valor de principio para este mismo Derecho, y la filosofía jurídica se convierte, en último término, en «abstracción formalista de una ciencia del Derecho nacional» (58).

páginas 402 y ss. y 413 y ss., y *Juristische Enzyklopädie*, § 20. Sobre el libro de WALLASCHEK, cfr. L. GUMLOWICZ, en *Zeitschrift für das Privat- und öffentliches Recht der Gegenwart*, Bd. XVII (1890), págs. 174 y ss., donde relata, pág. 191, que en 1887 la Facultad de Derecho de Viena pidió la supresión de la cátedra de Filosofía del Derecho y su sustitución por otra de Teoría general del Derecho.

(57) MERKEL, *Juristische Enzyklopädie*, § 323 a.

(58) E. EHRLICH, *Soziologie des Rechts*, ya cit., pág. 388. Esta contradicción ha llevado modernamente a reservar el nombre de «teoría general del Derecho» a la teoría de aquellos conceptos que revisten validez para todo orden jurídico pensable, denominando «parte general del Derecho» al sistema de los conceptos básicos de un orden jurídico concreto. Cfr. F. INVREA, *La parte generale del Diritto*, Padova, 1935, esp. págs. II y ss.

La conciencia de esta limitación y de la necesidad de superarla constituye el punto de partida de la teoría de los «conceptos jurídicos fundamentales». Como para Merkel y Bergböhmer, también para Austin, Bierling y Somló la filosofía del Derecho es esencialmente un sistema de «conceptos jurídicos superiores». La manera, empero, de entender estos conceptos y la noción de sus relaciones con la experiencia jurídica varía en ambas direcciones. Los conceptos que formaban la «parte general» de la ciencia del Derecho eran conceptos inducidos de la dogmática jurídica y que, a través de ésta, se hallaban en conexión con el contenido de las proposiciones jurídicas singulares. Eran conceptos más simples, más comprensivos; pero que se hallaban en la misma línea que los conceptos inferiores y que formaban con ellos una serie continua, en la que cada uno de sus miembros se diferenciaba de los demás tan sólo por la mayor o menor generalidad de su contenido. En la teoría de los «conceptos jurídicos fundamentales», en cambio, los conceptos superiores no son los conceptos más amplios y simples dentro de un ordenamiento jurídico, aquéllos que abarcan a los demás en una relación de género a especie, sino nociones formales que se hallan en la base de todo Derecho posible. El Derecho no aparece en esta dirección como un orden positivo concreto, ni siquiera como un conjunto de proposiciones con contenido determinado, sino como un sistema normativo abstracto. Como tal sistema el Derecho posee una estructura permanente en cuya base se hallan unos conceptos fundamentales. La formulación de estos conceptos es el cometido propio de la filosofía del Derecho.

a) *La Escuela Analítica inglesa*

Quien primero dió expresión a esta idea de la filosofía del Derecho, concibiendo el orden jurídico como un «sistema» dotado de una estructura formal inmanente, fué John Austin, uno de los juristas más agudos y de mente más constructiva del siglo XIX (59).

(59) La significación de la obra de AUSTIN, desconocida totalmente por la ciencia del Derecho continental durante toda una centuria, ha sido puesta de manifiesto de nuevo por F. SOMLÓ, *Juristische Grundlehre*, 2. Aufl., Leipzig, 1927, págs. 32 y ss., y antes por W. ZEVENBERGEN, *Formeele Encyclopaedie der Rechtswetenschap als Inleiding tot de Rechtswetenschap*, 's-Gravenhage, 1924, págs. 21 y ss. Sobre AUSTIN, cfr. la Introducción de R. CAMPBELL a su

Austin, que estudió en las universidades alemanas en la primera mitad de la centuria, entrando allí en contacto con los representantes de la escuela histórica, entre ellos con el mismo Savigny, desarrolla su pensamiento bajo el influjo directo de los primeros sistemas de pandectas (60). De ellos extrae su noción racional y sistemática del Derecho, su método abstractivo y la idea de una «jurisprudencia general» como teoría de los conceptos jurídicos fundamentales. A esta corriente de pensamiento se unen en la obra de Austin dos ideas específicamente inglesas: el decisionismo de Hobbes y el empirismo y utilitarismo de St. Mill y Bentham, de cuya conjunción nace una nueva noción de la filosofía del Derecho, que él mismo iba a denominar «filosofía del Derecho positivo» (61). Sobre sus supuestos, otros juristas de finales de siglo prosiguen la obra de Austin, dando así nacimiento a la llamada *Analytical School* o escuela analítica (62).

Austin y la escuela analítica parten de una concepción estrictamente positivista del Derecho. Lo que caracteriza a éste, ante

Student's Edition of Austin's Jurisprudence, London, 1874, y E. ROGUIN, *La science juridique pure*, Paris-Lausanne, 1923, t. I, págs. 3 y ss. La tesis doctoral de A. CALVO ALFAGEME, *La jurisprudencia analítica de la escuela inglesa*, Madrid, 1915, no contiene más que algunas referencias inconexas y poco aprovechables sobre la doctrina de AUSTIN.

(60) Sobre las relaciones de AUSTIN con la ciencia jurídica alemana, y sobre el influjo ejercido en su obra por las pandectistas, cfr. A. B. SCHWARZ, *John Austin and the German Jurisprudence of His Time*, en *Política*, vol. I (1934-35), págs. 178 y ss. y 195-196.

(61) Todo lo publicado en vida por AUSTIN, así como sus papeles inéditos y sus notas de clase, se encuentra reunido en la obra póstuma *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, ed. by R. CAMPBELL, 2 vols. 5th Ed. London, 1911. Sus dos trabajos fundamentales sobre teoría del Derecho, la obra *The Province of Jurisprudence determined*, que apareció incompleta en 1832, y la lección inaugural *On the Uses of the Study of Jurisprudence*, publicada después de su muerte, figuran allí, la primera en el vol. I, páginas 76-341, y la segunda en el vol II, págs. 1.072-1.091. De las *Lectures* se han hecho dos ediciones resumidas, la de R. CAMPBELL, ya citada, y la de W. JETHRO BROWN, *The Austinian Theory of Law*, London, 1926, con notas y comentarios del compilador. Por esta última edición citamos, cuando no se indica otra cosa.

(62) Los nombres y las obras de los principales juristas de esta dirección, en H. LÉVY-ULLMANN, *Éléments d'Introduction générale à l'étude des Sciences Juridiques*, t. II, Paris, 1928, pág. 24, núm. 1. Cfr. también A. KOCOUREK, *The Century of Analytic Jurisprudence since John Austin*, en *Law. A Century of Progress*, New York, 1937, vol. II, págs. 195 y ss.

todo, es su generalidad y el modo abstracto de su regulación. En este sentido, el Derecho es «ley», es decir, «obliga *en general* a acciones u omisiones de *una clase*», a diferencia de otras reglas de conducta que constituyen imperativos ocasionales que no imponen más que acciones u omisiones concretamente determinadas (63). Esta condición de «ley» del Derecho no es, empero, algo peculiar a él, sino una forma normativa que es común a la regla jurídica y a otras reglas de conducta, como los usos y convencionalismos sociales y ciertos imperativos de naturaleza privada. Para distinguir al Derecho de estos grupos normativos es preciso acudir a la fuente de donde emana y al fundamento de su validez. Aun cuando toda regla de conducta humana tiene que proceder para ser tal de un superior del destinatario (64), sólo cuando este superior es «superior político» puede hablarse de Derecho. Al contrario de los usos sociales, cuya última fuerza de obligar se encuentra en la mera opinión (65), y de otras normas que «no son establecidas por superiores políticos o lo son por éstos, pero no en su condición de tales» (66), el Derecho para serlo ha de tener siempre como fuente el poder político. «Todo Derecho positivo —o lo que es lo mismo, todo Derecho en sentido estricto— procede de una persona soberana o de una corporación soberana y es impuesto a un miembro o a miembros de la sociedad política independiente dentro de la cual la persona o la corporación son soberanos... Y aun cuando surja directamente de otra fuente, es Derecho positivo o Derecho en sentido estricto por la sanción que le presta aquel soberano en su calidad de superior político» (67).

(63) AUSTIN, *The Province of Jurisprudence*, págs. 11 y ss.

(64) AUSTIN, *The Province of Jurisprudence*, págs. 18 y ss.

(65) AUSTIN, *The Province of Jurisprudence*, págs. 2-3.

(66) AUSTIN, *The Province of Jurisprudence*, pág. 2.

(67) AUSTIN, *The Province of Jurisprudence*, págs. 96, 155 y 235. Sobre el concepto del Derecho en AUSTIN, cfr. E. C. CLARKE, *Practical Jurisprudence. A Comment on Austin*, Cambridge, 1883, págs. 136 y ss., y el comentario de W. J. BROWN, *ob. cit.*, págs. 331 y ss. Una crítica al concepto de norma jurídica de AUSTIN, en H. KELSEN, *La teoría pura del Derecho y la jurisprudencia analítica*, en *La idea del Derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 209 y ss., esp. 220 y ss. TH. S. HOLLAND añade al concepto del Derecho el carácter de exterioridad, a fin de diferenciarlo así de la moral. Su definición reza por eso: «a general rule of external human action enforced by a sovereign political authority». Cfr. *The Elements of Jurisprudence*, 13th ed., Oxford, 1924, pág. 42.

Este Derecho identificado con su positividad es para Austin y la escuela analítica el objeto de la jurisprudencia o ciencia del Derecho. No un Derecho ideal, tal como debiera ser (68), sino el Derecho como es históricamente, es decir, «el Derecho estatuido... en una comunidad política independiente por la autoridad tácita o expresa de su soberano o gobierno supremo» (69). El Derecho como objeto de la ciencia jurídica puede ser estudiado, sin embargo, desde dos puntos de vista: en su contenido o en su estructura (70). La primera consideración es propia de la «jurisprudencia particular», la cual tiene como cometido la exposición del Derecho de una comunidad determinada, en lo que este Derecho tiene de particular y distinto de los demás Derechos (71). La segunda consideración constituye el objeto de una rama especial de la ciencia jurídica, que Austin denomina «jurisprudencia general» o «filosofía del Derecho positivo» (72), y otros juristas analíticos «jurisprudencia teórica» (73) o simplemente «jurisprudencia» (74). El Derecho, en efecto, dice Austin, no se compone sólo de proposiciones con un contenido determinado, sino que en él se encuentran también principios o conceptos que le son propios en tanto que Derecho, no privativos de uno o varios órdenes jurídicos, sino comunes a todos, lo mismo «a los sistemas toscos y rudimentarios de las sociedades primitivas que a los sistemas más amplios y perfectos de las comunidades civilizadas» (75). Se trata de nociones de

(68) AUSTIN, *The Province of Jurisprudence*, págs. 35 y ss., y E. C. CLARK, obra cit., pág. 4. Sobre el problema del Derecho natural, cfr. AUSTIN, ob. citada, págs. 1-2 y 36 y ss., y HOLLAND, ob. cit., págs. 31 y ss.

(69) AUSTIN, *On the Uses of the Study of Jurisprudence*, pág. 242.

(70) Sobre lo que sigue, cfr. *in extenso* AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, ya cit., vol. II, págs. 1.072 y ss.

(71) AUSTIN, *On the Uses*, pág. 242. HOLLAND, ob. cit., pág. 5, ve en esta consideración del Derecho un mero comentario sin valor científico. De otro lado, J. W. SALMOND, *Jurisprudence or the Theory of Law*, 3th ed. London 1910, págs. 3 y siguientes, subdivide esta ciencia «particular» del Derecho en tres ramas: Jurisprudencia expositiva, Jurisprudencia histórica y Ciencia de la legislación.

(72) La expresión «filosofía del Derecho positivo» procede de G. HUGO. *Lehrbuch des Naturrechts als eine Philosophie des positiven Rechts, besonders des Privatrechts*, 4. Aufl., Berlín, 1819. Cfr. A. B. SCHWARZ, *John Austin and the German Jurisprudence of His Time*, ya cit., pág. 194.

(73) SALMOND, ob. cit., pág. 4.

(74) HOLLAND, ob. cit., pág. 5.

(75) AUSTIN, *On the Uses*, pág. 242.

«carácter fundamental, «porque no podemos imaginarnos coherentemente un sistema de Derecho... sin pensarlas como partes constitutivas de él» (76). El estudio de «estas ideas, relativamente pocas y simples, que constituyen la base de la infinita variedad de las disposiciones jurídicas» (77), es el objeto de la jurisprudencia general o filosofía del Derecho positivo.

Esta jurisprudencia general es por eso una ciencia, «no material, sino formal o analítica» (78). Su objeto no es determinar y definir las instituciones que, de hecho, se dan en varios o en todos los órdenes jurídicos, lo cual sólo podría conducir, en último término, a la construcción de un nuevo *ius gentium* (79), sino descubrir por el análisis el sistema de conceptos que expresa la estructura formal de todo Derecho (80). Ello no quiere decir, sin embargo, que se trate de una ciencia *a priori*, es decir, de una ciencia que proceda con independencia del material empírico. La jurisprudencia general es, al contrario, una ciencia estrictamente empírica, y, por tanto, *a posteriori*, que obtiene sus conceptos por el análisis repetido de la experiencia jurídica (81).

El concepto de esta experiencia jurídica experimenta, empero, en la escuela analítica, a partir de Austin, un proceso de formalización creciente. Austin había sostenido todavía que los conceptos jurídicos fundamentales tenían que obtenerse por la observación y confrontación de los diversos Derechos históricos, y llamaba por eso a la jurisprudencia general jurisprudencia comparativa (82). Para Holland, en cambio, más consecuente con los supuestos de la propia doctrina, la experiencia jurídica puede consistir tan sólo en un Derecho positivo cualquiera. Si, en efecto, dice Holland, la estructura de todos los órdenes jurídicos es formalmente la misma, es evidente que los principios fundamentales de ella podrán ser extraídos también «de la observación de un solo sistema de De-

(76) *On the Uses*, pág. 244.

(77) HOLLAND, ob. cit., pág. 1.

(78) HOLLAND, ob. cit., pág. 6.

(79) HOLLAND, ob. cit., pág. 9, núm. 1, y W. J. BROWN, ob. cit., págs. 359 y siguientes.

(80) AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, ya cit., vol. II, págs. 1.073 y siguientes, y HOLLAND, ob. cit., págs. 6 y ss.

(81) AUSTIN, *On the Uses*, págs. 243 y ss.; HOLLAND, ob. cit., pág. 9.; SALMOND, ob. cit., págs. 4 y ss, y W. J. BROWN, ob. cit., págs. 361 y ss.

(82) AUSTIN, *On the Uses*, pág. 243.

recho y de una sola época de su desarrollo» (83). Lo mismo que la ciencia geológica puede basarse tan sólo en la observación del suelo de Inglaterra, sin perder por eso nada de su validez como ciencia, así también la jurisprudencia general puede reposar sobre el estudio exclusivo del Derecho inglés (84). Esto fué también lo que llevaron a cabo los juristas romanos, los cuales, aun labo- rando sólo con un ordenamiento jurídico, formularon, sin embar- go, «el repertorio de conceptos que se dan en todo Derecho, por muy diferente que sea el modo con que cada uno hace uso de ellos» (85).

b) Bierling y Somló

Aun cuando la obra de Austin no tiene repercusión directa en la ciencia del Derecho continental durante el siglo XIX, los mismos motivos que habían determinado su idea fundamental actúan tam- bién independientemente dentro de la jurisprudencia alemana, dando origen a una concepción análoga de la filosofía del Dere- cho. El eslabón que une aquí la tradición positivista y sistemática de principios de siglo con la nueva dirección es la obra de Rudolph von Jhering, en la cual se procede, a mediados de la centuria, a una reelaboración formalista y abstracta de los principios de la escuela histórica (86).

Aun moviéndose dentro del mundo de ideas de la escuela his- tórica, Jhering entiende ya el Derecho, no sólo como manifestación espontánea e inconsciente del alma popular, como «una bella flor silvestre... nacida del suelo fecundo del sentimiento jurídico na- cional», sino como algo en cuya formación y desarrollo interviene la acción reflexiva del hombre; si la escuela histórica no vió este elemento consciente en la vida del Derecho y si sólo el crecimien- to libre y natural, fué, dice Jhering, porque «la acción, vista desde

(83) HOLLAND, ob. cit., pág. 8.

(84) HOLLAND, ob. cit., págs. 10 y ss.

(85) HOLLAND, ob. cit., pág. 6. Con esta conversión de la jurisprudencia romana en paradigma de la ciencia del Derecho, la Escuela analítica hace suya una idea favorita de la Escuela histórica. Cfr. también AUSTIN, *The Province of Jurisprudence*, pág. 75 y *On the Uses*, pág. 249.

(86) Sobre esta época en la evolución del pensamiento de JHERING, cfr. H. LANGE, *Die Wandlungen Jherings in seiner Auffassung vom Recht*, Berlín-Grünwald, 1927, págs. 24 y ss.

lejos, parece un devenir» (87). La introducción de esta intencionalidad permite a Jhering concebir el Derecho bajo un punto de vista racional desconocido para Savigny. Para Jhering el Derecho es en su última estructura un sistema de conceptos. La suma de proposiciones normativas que componen un Derecho son su parte material y su aspecto variable y contingente; su núcleo, su parte constitutiva y permanente, está representada por el esquema de conceptos generales que elabora la ciencia del Derecho (88). Estos conceptos son «unidades sistemáticas», «individualidades lógicas» (89), y su conjunto constituye «el esqueleto al que se adhiere toda la sustancia del Derecho en proposiciones jurídicas» (90). La ciencia del Derecho obtiene estos conceptos procediendo como una «ciencia natural en el campo del espíritu» (91), descomponiendo por la abstracción las proposiciones jurídicas singulares y aislando y definiendo lo que en ellas hay de general (92). El sistema de los conceptos jurídicos así ganados no es por eso una construcción *a priori*, sino la proyección en la esfera del pensamiento abstracto de la realidad concreta de un Derecho; «no un orden que se introduce desde fuera en la cosa, sino un orden que se extrae de ella misma» (93). La consideración del Derecho como un «organismo lógico de instituciones y conceptos jurídicos» no es una consideración más entre otras posibles, sino aquella que nos revela la esencia del objeto, de igual manera que «la articulación lógica y la transustanciación de las proposiciones jurídicas, resultado, al

(87) *Geist des römischen Rechts*, 6. u. 7. Aufl., Leipzig, 1924, 3. Teil, 1. Abt., pág. 6. Sobre las relaciones de JHERING con la Escuela histórica en este período, cfr. H. LANGE, ob. cit., págs. 26 y ss.

(88) De aquí la distinción, análoga a la mantenida por los juristas analíticos entre una «Jurisprudencia inferior» y una «Jurisprudencia superior», según que estudie uno u otro de estos elementos. Cfr. *Geist d. röm. Rechts*, 2. Teil, 2. Abt., págs. 358 y ss.

(89) *Geist d. röm. Rechts*, 1. Teil, pág. 36, y 2. Teil, 2. Abt., pág. 359.

(90) *Geist d. röm. Rechts*, 1. Teil, pág. 36.

(91) *Geist d. röm. Rechts*, 2. Teil, 2. Abt., pág. 361.

(92) *Geist d. röm. Rechts*, 2. Teil, 2. Abt., págs. 334 y ss. La exposición clásica del método de la jurisprudencia conceptual se encuentra en el artículo *Unsere Aufgabe*, escrito por JHERING para servir de programa a la nueva revista *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Bd. I (1857), esp. págs. 3 y ss.

(93) *Geist d. röm. Rechts*, 1. Teil, págs. 37 y 42.

parecer, de la actividad sistemática, no es, en realidad, más que el conocimiento de la verdadera naturaleza del Derecho» (94).

Y sin embargo, pese a estas ideas fundamentales, y pese, sobre todo, a la comparación del sistema conceptual del Derecho con el alfabeto gramatical, es decir, con un conjunto de elementos últimos y más simples que entran necesariamente en la composición de todas las instituciones jurídicas, Jhering está todavía lejos de considerar el sistema de los conceptos jurídicos como expresión de una estructura formal común a todo Derecho posible. Su intención aquí, como en general en toda su obra, es más bien de naturaleza pragmática. Lo que Jhering persigue no es descubrir la esencia universal del orden jurídico en sí, sino formular un método para la comprensión de un Derecho determinado. Precisamente porque el sistema de los conceptos jurídicos es extraído «de la cosa misma», Jhering no quiere ver en él una construcción de validez general que puede predicarse de cualquier Derecho, sino algo «totalmente individual» y que varía de uno a otro orden jurídico (95). Aun cuando puede hablarse, sin duda, de conceptos jurídicos de carácter general, éstos, por ser naturaleza formal, no nos brindan, dice Jhering, más que una mera «lógica jurídica», cuya concreción tiene siempre que estar determinada por un Derecho positivo (96). El llamado «alfabeto jurídico» es, en suma, «algo positivo e histórico»; no sólo se modifican los contenidos de las proposiciones jurídicas, sino que «con éstas cambian también los conceptos y las instituciones» (97).

El paso decisivo en la consideración del Derecho como un todo de estructura formal permanente es obra de otros juristas que llevan a sus últimas consecuencias las ideas apuntadas genialmente por Jhering, superando, a la vez, las limitaciones de su pragmatismo. Así surge una nueva dirección filosófico-jurídica cuya idea central es que «en la esencia del Derecho objetivo hay ciertas determinaciones fundamentales... independientes del carácter nacional y del desenvolvimiento histórico», las cuales el legislador «no puede ni querer ni no querer, sino que ha de aceptarlas sim-

(94) *Geist d. röm. Rechts*, 1. Teil, pág. 42.

(95) *Geist d. röm. Rechts*, 1. Teil, pág. 37.

(96) *Geist d. röm. Rechts*, 2. Teil, 2. Abt., págs. 346-347.

(97) *Geist d. röm. Rechts*, 2. Teil, 2. Abt., pág. 348 y ss.

plemente como dadas por la naturaleza de dicho Derecho positivo (98).

Los dos filósofos del Derecho que con mayor consecuencia han tratado de fundamentar y dar expresión a esta idea han sido E. R. Bierling y F. Somló (99).

E. R. BIERLING.—El pensamiento de Bierling parte de una distinción fundamental entre lo que es contingente y lo que es constante y necesario en la realidad concreta de un orden jurídico. El Derecho es siempre, desde el punto de vista jurídico, Derecho positivo, es decir, es siempre «un Derecho que rige en algún lugar y en algún tiempo y que se halla limitado en su vigencia a un grupo determinado de hombres»; sin embargo, esto no significa que «todo en el Derecho sea positivo, que «todo en él sea individual» (100). Además de su contenido histórico y variable, todo Derecho posee un conjunto de «conceptos o principios jurídicos... independientes de la peculiaridad singular de cualquier Derecho positivo determinado y concreto» (101). Son conceptos en los que se expresa la estructura misma del orden jurídico como tal, nociones, por tanto, que representan «las condiciones de todo Derecho» (102). La Jurisprudencia o ciencia del Derecho en sentido estricto presupone siempre estos conceptos, porque en ellos se constituye la posibilidad de su objeto; independientemente de ella, «empero, y como disciplina autónoma, se encuentra la «teoría de los principios jurídicos», que es reflexión sobre dichos conceptos fundamentales y, en este sentido, a la vez, teoría de la ciencia jurídica. La «teoría de los principios jurídicos» es la forma de conocimiento universal del Derecho. En ella «no se pretende exponer toda la vida jurídica, sino... sólo aquellas condiciones genera-

(98) Cfr. FR. EISELE, *Unverbindlicher Gesetzesinhalt*, en *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. LXIX (1886), pág. 278.

(99) Una idea análoga de la filosofía del Derecho han mantenido, entre otros, E. PICARD, *Le droit pur*, París, 1908, esp. pág. 8, donde reproduce casi a la letra palabras de AUSTIN, y E. ROGUIN, *La science juridique pure*, París-Lausanne, 1923, esp. t. I, págs. 467 y ss. y 580 ss. Sobre ROGUIN, cfr. F. SCHREIER, *Eine französische reine Rechtslehre*, en *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, Jahrg. II (1927-28) págs. 57 y ss.

(100) E. R. BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, Leipzig-Tübingen, 1894-1917, Bd. I, págs. 3-4.

(101) *Jur. Prinzipienlehre*, Bd. I, págs. 1 y 5.

(102) *Jur. Prinzipienlehre*, Bd. I, pág. 6.

lea de las que depende la vida jurídica de todos los tiempos y lugares» (103).

El primero de los principios o conceptos jurídicos fundamentales, aquel del que todos los demás son predicado, y en el que, por tanto, se constituyen como unidad sistemática, es el concepto del Derecho (104). En su deducción se pone también de manifiesto el sentido metódico del empirismo de Bierling (105). El error de las doctrinas del Derecho natural, dice Bierling, fué creer que podría llegarse a un concepto del Derecho partiendo de un principio absoluto situado por definición fuera del Derecho mismo. Si se quiere determinar qué sea Derecho, es preciso seguir el camino contrario, es decir, hay que partir, no de un principio *a priori*, sino de la experiencia jurídica misma, «del examen de lo que efectivamente es o ha sido Derecho» (106). Este examen nos revela como primera nota esencial del Derecho, su carácter de norma. Con la palabra «norma» Bierling denomina un modo de conexión distinto del de las «leyes naturales», pero un modo de conexión entre hechos, el cual, por eso, permanece, en último término, en la esfera del ser. Toda norma representa «un fundamento o motivo... para el obrar del hombre» (107), es decir, un proceso de determinación efectiva de la voluntad, la expresión de un acontecer en el mundo de los hechos. En este sentido dice Bierling que «normas, imperativos, mandatos... no son nunca pensables ni experimentables en el vacío, sino sólo en espíritus vivos», sólo como «expresión de una voluntad que manda y en relación con otra voluntad que es mandada» (108). Como norma, ésta es también la naturaleza del Derecho: relación entre voluntades, proceso de motivación real. Pero si el Derecho tiene de común con todas las demás normas esta determinación genérica, hay algo en él que le separa específicamente de ellas: su carácter de regla de

(103) *Jur. Prinzipienlehre*, Bd. I, págs. 5-6.

(104) En este sentido dice BIERLING que la «teoría de los principios jurídicos» tiene por objeto «der Begriff des Rechts selbst und was mit Notwendigkeit von ihm folgt». Cfr. *Jur. Prinzipienlehre*, Bd. I, págs. 1 y 13, y *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Gotha, 1877-1883, 1. Theil, págs. 8 ss. y 17 y siguientes.

(105) Sobre el problema metódico en BIERLING, cfr. *Jur. Prinzipienlehre*. Bd. I, págs. 14 y ss., y Bd. V, pág. 76.

(106) *Zur Kritik*, 1. Theil, pág. 153.

(107) *Zur Kritik*, 2. Theil, pág. 266.

(108) *Jur. Prinzipienlehre*, Bd. I, pág. 151.

vida colectiva, no individual, y el hecho de su reconocimiento como tal por parte de los hombres cuya convivencia regula. Aquí, en este reconocimiento por parte de los obligados, se halla la esencia del Derecho. «La norma jurídica se diferencia de todas las otras clases de normas sólo y exclusivamente por el hecho de que es reconocida permanentemente por parte de los componentes de un grupo humano determinado, como regla de convivencia de dicho grupo» (109). Este reconocimiento, por el que «se pone la voluntad al servicio de la voluntad que manda, se la somete a ella» (110), no es preciso que sea un acto consciente, sino que puede ser también inconsciente o involuntario (111); no hace falta tampoco que sea un acto singular de reconocimiento para cada norma, sino que basta que esté dirigido a la aceptación como vinculatorias de las proposiciones fundamentales del ordenamiento jurídico, a aquéllas que determinan la existencia de un Derecho como orden de conducta colectiva obligatoria (112).

Con este desplazamiento de la esencia del Derecho al campo fáctico de lo psicológico, queda abandonada definitivamente la esfera normativa. No hay un Derecho en sentido objetivo, es decir, como un orden de conducta situado fuera de los hombres. Esta idea de lo jurídico es consecuencia de residuos teológicos en nuestras concepciones y una sugestión causada por la forma de Derecho escrito y legislado en que hoy aparece principalmente la normación jurídica (113). En realidad, el Derecho no es «algo que flota sobre los obligados por él, sino esencialmente algo interior, algo que vive en el ánimo de ellos... y es posible decir, por eso, sin reparo, que las normas tal como las formula la jurisprudencia son... la expresión de un cierto comportamiento espiritual constante, una peculiar actitud espiritual de los sometidos a un Derecho» (114). Así entendido, empero, el Derecho, el problema de su concepto universal y el de su validez se convierten en cuestiones insolubles, ya que la esfera jurídica queda reducida a un acontecer real, es decir, queda

(109) *Zur Kritik*, 1. Theil, pág. 2. Un examen crítico de la teoría del «reconocimiento» de BIERLING, en H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2. Aufl., Tübingen, 1923, págs. 355 y sigs.

(110) *Jur. Prinzipienlehre*, Bd. I, pág. 151.

(111) *Zur Kritik*, 1. Theil, págs. 50 y ss., esp. 81 y ss.

(112) *Zur Kritik*, 1. Theil, págs. 135 y ss.

(113) *Jur. Prinzipienlehre*, Bd. I, págs. 145 y ss.

(114) *Zur Kritik*, 2. Theil, pág. 266.

descrita como una parte de la «naturaleza». El mismo Bierling se ve forzado a confesarlo así al establecer como última diferencia entre el «comportamiento espiritual» que constituye la esencia del Derecho y el «comportamiento de cosas reales», la diferencia que hay entre la naturaleza interior y la naturaleza exterior del hombre. Mientras que el comportamiento de la naturaleza exterior implica «un efecto de cosa a cosa, nunca un comportamiento de la cosa consigo misma», el comportamiento espiritual propio del Derecho significa «un efecto del sujeto sobre su misma voluntad» (115).

F. SOMLÓ.—El punto de partida de Somló es, en cierto sentido, semejante al de Bierling. En toda expresión o representación de una norma de Derecho, dice Somló, el jurista se sirve de dos clases de conceptos jurídicos, unos que se refieren al contenido de la norma y que son influidos o determinados por el legislador, y otros que éste ha de utilizar necesariamente, porque constituyen los presupuestos de toda norma de Derecho como tal. A los primeros los denomina Somló conceptos jurídicos de contenido, y a los segundos, conceptos jurídicos fundamentales (116). Es una distinción que coincide con la distinción entre materia y forma de la norma jurídica, es decir, entre lo que caracteriza una norma en su singularidad concreta, y lo que tienen de común como tales todas las normas jurídicas. «Toda exposición sistemática de normas jurídicas exige la solución de dos órdenes de problemas, cada uno de los cuales demanda, por su parte, también, dos métodos totalmente diversos: el primer orden de problemas está dirigido a determinar qué es lo que se exige en las normas en cuestión, mientras que el segundo estudia qué significa la exigencia jurídica en absoluto, es decir, prescindiendo de todo contenido concreto» (117). Según que esté dedicado a responder a uno u otro de estos dos grupos de problemas, el pensamiento jurídico se bifurca en dos ciencias diversas, la ciencia de los contenidos y la ciencia de la forma del Derecho; dos ciencias, de las cuales la segunda es el precedente lógico de la primera, su condición, ya que «la exposición de un contenido jurídico concreto presupone siempre el conocimiento de que sea

(115) *Zur Kritik*, 2. Theil, pág. 268.

(116) F. SOMLÓ, *Juristische Grundlehre*, 2. Aufl., Leipzig, 1927, páginas 1-2, 26-27.

(117) *Jur. Grundlehre*, pág. 1.

en absoluto un contenido jurídico» (118). A diferencia de la dogmática jurídica, esta ciencia formal «prescinde conscientemente de todo contenido de las normas jurídicas y dirige su atención tan sólo a poner en claro qué es una norma jurídica en sí, y qué puede predicarse en general de las normas jurídicas» (119). Es una ciencia que Somló denomina «teoría jurídica fundamental», y cuyo sentido es, dice con frase kantiana, trazar los «prolegómenos para toda futura jurisprudencia» (120). Su objeto son los «conceptos jurídicos fundamentales», es decir, «los conceptos dados ya con la clase de norma llamada Derecho... y que se presentan a toda jurisprudencia como condición de su posibilidad», aquellos conceptos «de los que hay que servirse necesariamente o hay que presuponer para la expresión de una norma jurídica» (121).

Pero Somló, para quien el carácter distintivo del pensamiento filosófico radicaba en su exigencia de validez absoluta (122), se separa de todos sus predecesores en la forma de constituir y fundamentar el sistema de estos conceptos fundamentales. Somló vió con claridad que estos conceptos no podían ser obtenidos ni fundamentados sin salir de las fronteras del método jurídico propiamente dicho. Siempre que pensamos un Derecho positivo concreto, dice Somló, pensamos y presuponemos esos mismos conceptos de cuya definición se trata, y es una contradicción lógica, por eso, pretender llegar a ellos por el análisis y la inducción de contenidos jurídicos concretos (123). Si ha de contener verdaderamente las condiciones de posibilidad del pensamiento jurídico, la teoría de los conceptos fundamentales tiene que encontrar su fundamentación fuera de la ciencia del Derecho positivo; ésta no puede elaborar el sistema de sus propias presuposiciones, sino que ha de encontrarlo ya formulado como un dato preliminar. La disciplina que se ocupa de «esas cuestiones cuya solución es absolutamente indispensable a toda jurisprudencia, pero a las cuales no se puede... res-

(118) *Jur. Grundlehre*, pág. 1.

(119) *Jur. Grundlehre*, pág. 5.

(120) *Jur. Grundlehre*, pág. 3.

(121) *Jur. Grundlehre*, pág. 26.

(122) Cfr. SOMLÓ, *Gedanken zu einer ersten Philosophie*, Berlín-Leipzig, 1926, págs. 23 y ss.

(123) En torno a este argumento gira la crítica de SOMLÓ a la *Allgemeine Rechtslehre* y a la teoría de BIERLING; cfr. *Jur. Grundlehre*, págs. 8 y ss., 11 y siguientes y 39 y ss.

ponder con el método específicamente jurídico» (124) tiene que ser una disciplina que trascienda el pensamiento jurídico (125), una verdadera «metajurisprudencia» (126).

Este carácter «metajurídico» de la «teoría jurídica fundamental» no quiere decir, empero, que ésta carezca de relación con la ciencia del Derecho en sentido dogmático. Es verdad que «toda investigación estrictamente técnico-jurídica conduce a problemas que trascienden dicha investigación», pero ello no quiere decir que las cuestiones irresolubles con los métodos de la llamada jurisprudencia técnica carezcan de relevancia para ésta, y sería un error «creer que es posible una jurisprudencia que ignore radicalmente esta pre-jurisprudencia» (127). La naturaleza «metajurídica» que Somló postula de la «teoría jurídica fundamental» alude, no al problema de sus relaciones con la ciencia del Derecho, sino al problema de la fundamentación del pensamiento jurídico. Somló se debate, desde un principio, con el problema específico de todo empirismo: ¿es posible inducir de una realidad las condiciones de su posibilidad como objeto del conocimiento? El problema es el mismo que se halla en los orígenes de la filosofía del Derecho neokantiana, y al que ésta trata de dar respuesta por el análisis crítico del conocimiento. Somló, empero, preso en sus supuestos gnoseológicos, intenta escapar al círculo vicioso, no por un *a priori* lógico, sino por un *a priori* empírico del conocimiento jurídico, desplazando el proceso inductivo a una esfera de la realidad «anterior» a la esfera del Derecho. Esta realidad «anterior» es el mundo de los hechos sociales (128). En este sentido denomina Somló a la «teoría jurídica fundamental» una «metajurisprudencia»: por el material sobre el que tiene lugar la observación, porque la inducción no tiene lugar en ella partiendo de contenidos jurídicos, sino de hechos sociales, de aquel complejo de acciones y reacciones en que el Derecho «se

(124) *Jur. Grundlehre*, pág. 2.

(125) *Jur. Grundlehre*, págs. 2 y 5 y ss.

(126) *Jur. Grundlehre*, págs. 41 y ss.

(127) *Jur. Grundlehre*, pág. 1.

(128) Desde otro punto de vista, y con el propósito de fundamentar el carácter universal de los conceptos jurídicos fundamentales, ya HOLLAND había aludido a la necesidad de llegar a ellos partiendo inductivamente no de los Derechos positivos, siempre variables, sino de las relaciones humanas permanentes reguladas por la normación jurídica. Cfr. *The Elements of Jurisprudence*, ya cit., págs. 7 y 9.

hace real» en la convivencia humana. Por ello dice también que «la teoría jurídica fundamental no es en absoluto una ciencia normativa, sino una ciencia del ser» (129), una «teoría social del Derecho» (130).

Esta nueva función atribuida al método empírico se manifiesta, sobre todo, en la deducción del concepto del Derecho, ese «Atlas sobre cuyos hombros descansa el globo del mundo jurídico» (131). El concepto del Derecho es el concepto primario de la «teoría jurídica fundamental», no sólo porque en él, como ya había observado Bierling, se hallan ya contenidos los demás «conceptos fundamentales», sino porque en él se constituye como tal la dogmática jurídica en sus diversas ramas. La historia del Derecho, la jurisprudencia, la política jurídica, son ciencias que suponen ya el concepto del Derecho; disciplinas, dice Somló, que «acotan su terreno propio dentro del concepto del Derecho» (132). La ciencia que se haga problema del concepto del Derecho no podrá ser, por eso, una parte de la dogmática jurídica, sino una ciencia que habrá «de abandonar el terreno jurídico y trasladarse a una esfera supraordenada a él», una ciencia «que no sea ya sólo ciencia del Derecho» (133). En este sentido, en el sentido metodológico de que no es posible inducir de los contenidos jurídicos qué sea Derecho, dice también Somló que «el concepto del Derecho no es un concepto jurídico en la significación estricta de la palabra» (134). Lo que la «teoría jurídica fundamental» trata de hallar es «lo que el Derecho es en realidad, no lo que ciertas normas que pueden variar constantemente designan como Derecho» (135).

La primera constatación que puede hacerse sobre el Derecho partiendo de esta esfera «supraordenada» al campo jurídico es, dice Somló, que el Derecho es una «noma volitiva» es decir, una

(129) *Jur. Grundlehre*, pág. 24.

(130) *Jur Grundlehre*, págs. 41 y ss. Sobre la significación del término «social», cfr. Somló, *Das Verhältnis von Soziologie und Rechtsphilosophie, insbesondere die Förderung der Rechtsphilosophie durch die Soziologie*, en *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, Bd. IV (1911), págs. 563 y siguientes. Acerca del concepto de sociedad, *Jur. Grundlehre*, págs. 236 y ss.

(131) *Jur. Grundlehre*, pág. 52.

(132) *Jur. Grundlehre*, págs. 5-6 y ss.

(133) *Jur. Grundlehre*, págs. 6 y ss.

(134) *Jur. Grundlehre*, pág. 26.

(135) *Jur. Grundlehre*, págs. 270 y ss.

norma que no deriva su obligatoriedad del carácter evidente de su contenido, como las «normas absolutas», sino del hecho de estar mandada o impuesta por una voluntad. Con ello, empero, no queda suficientemente determinada la noción del Derecho, porque el concepto «norma volitiva» abarca todo un conjunto de reglas de conducta distintas de las jurídicas, algunas muy próximas a ellas, como los usos sociales. Frente a todos estos órdenes normativos, el Derecho se distingue por su origen específico, por razón de la voluntad de que procede (136). No se trata, argumenta Somló contra Stammler (137), de una confusión entre la investigación sistemática y la genética, ni de ignorar que para saber *cómo* el Derecho surge es preciso saber antes *qué* sea Derecho, sino del hecho de que en el curso de la investigación sistemática se pone de manifiesto que la esencia del Derecho «consiste en una peculiaridad de su origen» (138). O lo que es lo mismo, la primera respuesta que podemos dar a la pregunta por el carácter diferencial del Derecho frente a las otras normas, reza así: «el Derecho es una norma que procede de una fuente de naturaleza específica» (139).

Esta fuente específica del Derecho es designada por Somló como el «poder supremo en la sociedad». Tres determinaciones fundamentales lleva implícitas en sí este concepto. En primer término, es un poder que hace cumplir «de ordinario» sus exigencias, y que las hace cumplir en mayor medida que cualquier otro poder en la sociedad (140). En segundo lugar, es un poder «comprensivo», es decir, un poder cuyas disposiciones «abarcan normativamente un amplio campo de situaciones vitales»; un poder «que sólo dirigiera un número escaso de normas a los sometidos a él, no sería poder jurídico, aun en el caso de que impusiera el cumplimiento de ellas en el sentido expuesto» (141). Finalmente, el «poder supremo» es un poder constante o estable. Resumiendo todas estas notas del «poder supremo» en una sociedad, llega Somló a su definición del

(136) *Jur. Grundlehre*, págs. 71 y ss.

(137) SOMLÓ alude aquí a la separación entre reflexión crítica y pensamiento inductivo trazada clásicamente por R. STAMMLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., Berlín, 1923, págs. 9, 48 y ss.

(138) *Jur. Grundlehre*, pág. 88.

(139) *Jur. Grundlehre*, pág. 88.

(140) *Jur. Grundlehre*, pág. 93.

(141) *Jur. Grundlehre*, pág. 97.

Derecho: «llamamos Derecho a las normas de un poder supremo, constante, comprensivo y que se impone de ordinario» (142).

Con esta deducción del concepto del Derecho, Somló elude, en cierto sentido, el dilema que él mismo había señalado en su crítica a la *Allgemeine Rechtslehre* y a Bierling. Su concepto del Derecho no es inducido de los contenidos jurídicos, sino de una zona del ser «preliminar» al Derecho. Al hacerlo así, empero, avanza a primer plano el problema específico del empirismo jurídico. La noción del Derecho de Somló no es más que una descripción de hechos concretos y de procesos reales reunidos y sublimados bajo la forma de un concepto universal (143). Ahora bien, ¿cómo fundamentar el tránsito de lo singular a lo general? Es decir, ¿cómo predicar validez para toda experiencia posible, de un concepto obtenido por la observación de una experiencia concreta y determinada? Este problema, que no alcanza conciencia filosófica en la doctrina de Somló, sigue latente tanto en los intentos de deducir causalmente el concepto del Derecho como en el sociologismo. Ambas direcciones recorren hasta sus últimas posibilidades el camino señalado por Somló, y al hacerlo así ponen de manifiesto la contradicción que se encierra en el propósito de entender al Derecho como un fenómeno desde el mundo del ser.

II

LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO TEORÍA DE LA CAUSALIDAD JURÍDICA

Para la filosofía del Derecho entendida como teoría de la ciencia jurídica, el Derecho es un conjunto de proposiciones emanadas de una voluntad normativa abstracta. Su intención es hallar por inducción lo genérico y permanente en estos «órdenes» de proposiciones, y fundamentar así un conocimiento de ellos de carácter universal. La filosofía del Derecho como teoría de la causalidad jurídica parte, en cambio, de una idea radicalmente distinta de lo jurídico. Para ella el Derecho no es un sistema abstracto de normas, sino un producto de las agrupaciones humanas, un fenómeno

(142) *Jur. Grundlehre*, pág. 105.

(143) Así lo confiesa directamente el mismo Somló, *Jur. Grundlehre*, páginas 270 y ss.

inserto en un esquema de conexiones causales y susceptible de ser descrito por ellas. Mientras que la filosofía del Derecho como teoría de la ciencia jurídica veía, por eso, en el Derecho, ante todo, su contenido o su estructura como orden, para la filosofía del Derecho como teoría de la causalidad jurídica el Derecho se presenta esencialmente a la reflexión bajo el punto de vista de su determinación fáctica. De aquí también la diferente fundamentación del método inductivo en ambas direcciones. Para la primera, el presupuesto de la aplicación del método inductivo era la uniformidad en el contenido o en la estructura de los órdenes jurídicos positivos; para la segunda, la uniformidad que se presupone es la de la ley de la causalidad en el mundo de los hechos.

Esta diversidad en el punto de partida se refleja en la manera de entender la nueva dirección el problema propio de la filosofía jurídica. Si el Derecho es fundamentalmente un fenómeno de las asociaciones humanas, determinado causalmente en su nacimiento y desarrollo por factores de hecho, el camino para llegar a su conocimiento habrá de ser la fijación de la estructura y función de este esquema causal. Es decir, el cometido de la filosofía del Derecho consistirá en la observación de los elementos que determinan el fenómeno jurídico en los distintos pueblos y culturas, para llegar así por comparación y reducción a aquella ley última que expresa en forma más general la regularidad que preside la vida jurídica universal.

1. LA ESCUELA DEL DERECHO COMPARADO

El método comparado, la confrontación de instituciones y sistemas jurídicos diferentes, es un procedimiento técnico utilizado por la ciencia del Derecho desde los tiempos más remotos (144). Su finalidad es hoy fundamentalmente de índole políticolegislativa: reunir material en torno a problemas jurídicos concretos, a fin de obtener así una visión más clara y profunda de las posibles so-

(144) Sobre la historia del método jurídico comparado, cfr. FR. POLLOCK, *History of comparative Jurisprudence*, en *Journal of the Society of Comparative Legislation*, vol. V (1903-1904), págs. 74 y ss., y E. H. KADEN, *Rechtsvergleichung*, en *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*, Bd. VI, Berlín, 1938, páginas 20 y ss.

luciones (145). En la época positivista del pensamiento europeo, en la segunda mitad del siglo XIX, el método comparado fué entendido, empero, como el método filosófico-jurídico por excelencia, como el único camino «científico» que podía conducir a una comprensión históricouniversal del Derecho. La escuela que trató de utilizar en este sentido el método comparado se denomina por antonomasia escuela del Derecho comparado, y a ella pertenecen numerosos juristas, etnólogos y sociólogos de finales del último siglo y principios del presente (146). Con esta escuela penetra definitivamente en la ciencia del Derecho un método que, nacido en el campo de las ciencias naturales, había fructificado las ciencias del espíritu desde mediados de la centuria (147). Ya J. St. Pütter (148), y, posteriormente, algunos juristas de principios del siglo, habían subrayado la importancia del método comparado y habían tratado de poner en práctica sus exigencias (149); es ahora, empero, cuando, al servicio de una concepción empírica del Derecho, el nuevo método alcanza su plena eficacia histórica.

El punto de partida de la escuela del Derecho comparado es la idea, en efecto, de que el Derecho es, en su esencia, fenómeno y producto de una realidad física y social, es decir, «un hecho natural... determinado por causas suficientes y en conexión con todos

(145) Sobre la concepción actual de la técnica comparada en el Derecho, cfr. A. F. SCHNITZER, *Vergleichende Rechtslehre*, Basel, 1945, págs. 61 y siguientes, y KADEN, ob. cit., págs. 11 y ss.

(146) La principal bibliografía de este movimiento se encuentra recogida en FR. MEILI, *Institutionen der vergleichenden Rechtswissenschaft*, Stuttgart, 1898, esp. págs. 1 y ss, 6 y ss.

(147) Sobre la significación general del método comparado en el siglo XIX, cfr. W. DILTHEY, *Der Aufbau der geschichtlichen Welt in den Geisteswissenschaften*, en *Ges. Schriften*, Bd. VII, págs. 99 y ss., y E. ROTHACKER, *Logik und Systematik der Geisteswissenschaften*, ya cit., págs. 91 y ss.

(148) PÜTTER se expresa sobre el método comparado en *Neuer Versuch einer juristischen Encyclopädie und Methodologie*, Göttingen, 1767, págs. 23 y siguientes.

(149) Entre los primeros juristas que pidieron la aplicación a la ciencia del Derecho del método comparado figuran THIBAUT y J. A. FEUERBACH. Sobre la actitud del primero y de SAVIGNY frente al método comparado, cfr. P. v. SOKOLOWSKI, *Politik und Rechtsphilosophie. Der Staat*, Halle-S., 1932, págs 443 y siguientes; sobre FEUERBACH, G. RADBRUCH, *Feuerbach, précurseur du droit comparé*, en *Recueil d'Etudes en l'honneur d'Edouard Lambert*, París, 1938, t. I, págs. 284 y ss.

los demás aspectos de la realidad empírica» (150). Así entendido el Derecho, su conocimiento, como el de cualquier otro fenómeno empírico, tiene que tener lugar explicativamente, por la fijación del sistema causal que lo determina. Esto es también lo que pretende llevar a cabo la filosofía jurídica del método comparado: construir una teoría genética y causal del Derecho. La causalidad jurídica, en la que trata de hallar su fundamentación esta filosofía, no es, empero, la causalidad concreta de uno o muchos Derechos, sino la causalidad última que rige el nacimiento y la vida del Derecho como fenómeno universal. Para los juristas del Derecho comparado, un conocimiento del Derecho que descansase tan sólo en la observación de las determinantes causales de uno o varios órdenes jurídicos poseería una validez limitada a esta experiencia concreta; un conocimiento del Derecho, en cambio, en cuya base se encuentre la ley general de la vida jurídica, debería ser, por lo mismo, conocimiento filosófico del Derecho, es decir, conocimiento con valor universal. Hallar esta «homonomía universal» del Derecho (151), esta ley o principio último del que depende y es manifestación toda la causalidad jurídica, he aquí, por ello el cometido de la filosofía del Derecho. Así como el objeto de la filosofía es «buscar la ley universal en las leyes y fenómenos de la Naturaleza y del espíritu», así también la filosofía jurídica deberá «ver en la idea del Derecho, en las leyes de la producción jurídica y en los diversos fenómenos de la vida del Derecho, manifestaciones de aquella ley absoluta» (152). Concebida de muy diversas maneras, unas veces como ley biológica (153), otras como ra-

(150) G. DEL VECCHIO, *Sulla idea di una scienza del diritto universale comparato*, 2.^a edic., Torino, 1909, págs. 11-12.

(151) La expresión es de F. MAROI, *Tendenze antiche e recenti verso l'unificazione internazionale del diritto privato*, en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Anno X (1930), pág. 178.

(152) F. DAHN, *Vom Wesen und Werden des Rechts*, en *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, Bd. II (1880), págs. 3-4. En el mismo sentido, F. BERNHÖFT, *Ueber Zweck und Mittel der vergleichenden Rechtswissenschaft*, en *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, Bd. I (1878), página 4, y STOERK, *Studien zur sociologischen Rechtslehre*, en *Archiv für öffentliches Recht*, Bd. I (1886), pág. 549.

(153) Cfr. A. H. POST, *Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwicklungsgeschichte*, Oldenburg, 1884, págs. 19 y ss., y *Einleitung in eine Naturwissenschaft des Rechts*, Oldenburg, 1872, págs. 17 y ss.

zón pragmática (154), otras, en fin, como ley de la evolución (155), la noción de este principio de la causalidad universal constituye siempre el núcleo de todos los sistemas de filosofía jurídica de la escuela del Derecho comparado (156).

El método consustancial a esta idea de la filosofía del Derecho es el método comparado, el cual desempeña en ella el mismo papel que el método experimental en las ciencias fisiconaturales. En éstas, en efecto, la acumulación del material empírico y la comprobación de los resultados obtenidos tiene lugar por la repetición provocada de los fenómenos; en el campo del Derecho, donde esto no es posible, la multiplicación de la experiencia y la constatación de los resultados se lleva a cabo por la observación de los mismos fenómenos en medios y circunstancias diferentes (157). Por el método comparado se situaba en la base de la filosofía del Derecho el material empírico obtenido del examen y confrontación de todos los órdenes jurídicos dados. Las leyes sociológicas y etnológicas inducidas de los diversos Derechos o grupos de Derechos son comparadas entre sí, estableciéndose entre ellas paralelos, analogías y divergencias, hasta llegar así por reducción a aquella causa primaria o ley superior que se halla en el fondo de todas las determinantes causales singulares (158). De aquí los dos rasgos esenciales del método comparado en estas doctrinas. En primer térmi-

(154) Cfr. F. DAHN, *Die Vernunft im Recht. Grundlage der Rechtsphilosophie*, Berlín, 1879, págs. 13 y ss., 26 y ss. Sobre el carácter de la «razón» en DAHN, cfr. I. PETRONE, *La fase recentissima della filosofia del diritto in Germania*, Pisa, 1895, págs. 81 y ss.

(155) Cfr. J. BAHNSEN, *Ist eine Rechtsphilosophie überhaupt möglich? und unter welchen Bedingungen resp. Einschränkungen*, en *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, Bd. III (1882), págs. 219 y ss.

(156) Modernamente, empero, ha resurgido la idea de una filosofía del Derecho basada en el método comparado, entendida, sin embargo, no como teoría causal del Derecho, sino como doctrina de los ideales jurídicos. Cfr. F. DARMSTAEDTER, *Das Problem einer vergleichenden Rechtsphilosophie*, en *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, Bd. XII (1936), esp. páginas 150 y ss.

(157) Cfr. P. DE FRANCISCI, *La scienza del diritto comparato secondo recenti dottrine*, en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Anno I (1921), página 238.

(158) Sobre las características generales del método comparado, cfr. J. BINDER, *Philosophie des Rechts*, Berlín, 1925, págs. 942 y ss. La bibliografía más importante, en E. H. KADEN, *Bibliographie der rechtsvergleichenden Literatur*, Berlín, 1929, esp. págs. 11 y ss.

no, su universalidad. La filosofía jurídica de la escuela del Derecho comparado trata de buscar su fundamento, no en la confrontación de los Derechos de una época histórica o de una cultura determinadas, sino en la observación y comparación de todos los Derechos conocidos, presentes y pasados. El método comparado debería aplicarse a «toda la vida jurídica de las razas humanas, tanto de las existentes como de las desaparecidas», y llevar a cabo una «exposición sistemática y genética de todos los usos jurídicos de todos los pueblos, sea cual sea el lugar de la tierra donde hayan existido» (159). En segundo lugar, el método comparado reviste carácter sociológico y etnológico (160). Como lo que se quiere hallar con él es el esquema causal de la vida jurídica universal, la comparación entre las instituciones o los órdenes jurídicos tiene siempre lugar desde el punto de vista de sus conexiones fácticas con el sustrato social o étnico. Los Derechos no son comparados como sistemas normativos autónomos, sino como productos y epifenómenos de una realidad empírica. Lo que en último término se compara no son los contenidos jurídicos o su forma, sino el conjunto de su determinación causal. Esta determinación causal se busca, según las doctrinas, en la estructura social, en datos étnicos y, a veces, también en el medio físico, y así se va elaborando la base material sobre la que ha de ejercerse la inducción.

2. LA FILOSOFÍA JURÍDICA DE J. KOHLER

De todos los juristas de la escuela del Derecho comparado fué Josef Kohler, sin duda, el que más consecuentemente y con mayor originalidad trató de construir un nuevo sistema de filosofía del Derecho (161). Objeto de toda filosofía es también para Kohler

(159) A. H. POST, *Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend-ethnologischer Basis*, Oldenburg, 1880-1881, Bd. I, pág. 3. En sentido análogo, F. DAHN, *Vom Wesen und Werden des Rechts*, ya cit., página 10, y *Die Vernunft im Recht*, ya cit., pág. 10, así como M. ROTONDI, *Dogmatik und Rechtsvergleichung*, en *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, Bd. XLVII (1932), págs. 1 y ss.

(160) Cfr. F. BERNHÖFT, *Ueber Zweck und Mittel der vergleichenden Rechtswissenschaft*, págs. 5 y ss. y 17.

(161) La numerosa producción jurídica de KOHLER ha sido recogida por su hijo A. KOHLER, *Josef Kohler-Bibliographie*, Berlín, 1931.

penetrar a través de los fenómenos hasta llegar a su último fundamento, descubrir «qué potencias se ocultan tras aquello que hemos percibido por los sentidos o hemos hecho nuestro por el razonamiento» (162). El único camino cierto para ello es la experiencia, la observación y el análisis de los hechos. Esta experiencia, empero, de la que «todo proviene», y que es la base desde la cual «la ciencia ha de elevarse a las alturas de la especulación» (163), es entendida por Kohler en un sentido histórico-evolutivo. Es decir, el método comparado no sólo ha de superar las fronteras de los Derechos concretos, sino que debe tener como cometido principal la confrontación de las líneas de desarrollo histórico de los diversos Derechos (164). Es en este sentido que decía Kohler que «el conocimiento histórico nos hace libres», y que sólo él «nos quita de los ojos la venda que oculta a nuestra mirada el interior de los fenómenos» (165). Por el método comparado así entendido, nos será posible llegar a «conocer las leyes del proceso universal en la cultura humana» y podremos percibir «los rasgos fundamentales del desenvolvimiento universal» (166).

Este principio o ley última de la Historia que el método comparado nos revela es la ley del progreso, una «fuerza eterna que, en el seno de los tiempos, tiende sin cesar a la consecución de sus altos fines» (167). Su sentido general es el de un dominio cada vez más perfecto de las fuerzas naturales, el de una superación constante de los obstáculos que el medio y las condiciones físicas oponen al libre desarrollo de las facultades humanas. En el hombre esta ley se manifiesta como tendencia hacia el obrar, como un im-

(162) J. KOHLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., Berlin-Grunewald, 1923, pág. 3.

(163) J. KOHLER, *Rechtsgeschichte und Rechtsentwicklung*, en *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, Bd. V (1884), pág. 321.

(164) J. KOHLER, *Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte*, en *Holtzendorff's Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, München-Leipzig-Berlin, 1915, págs. 16 y ss. Sobre el problema, muy actual, de las relaciones entre historia comparada del Derecho y Derecho comparado, cfr. Kaden, *Rechtsvergleichung*, ya cit., págs. 18 y ss., y la bibliografía allí mencionada.

(165) J. KOHLER, *Das Recht als das Lebenselement der Völker*, Würzburg, 1887, págs. 1, y, en sentido análogo, *Rechtsgeschichte und Rechtsentwicklung*, ya cit., pág. 322.

(166) J. KOHLER, *Moderne Rechtsprobleme*, 2. Aufl., Berlin, 1913, página 8.

(167) J. KOHLER, *Das Recht als Kulturererscheinung*, Würzburg, 1885, página 24.

pulso que le lleva a salvar sus propias limitaciones y a ver en ello, además, el fin y el sentido de su existencia. Su último resultado es la cultura, «la totalidad de lo logrado por el hombre en la superación del todo universal, bien por medio del conocimiento y de la creación artística, bien por medio de la dominación material» (168). Este conjunto de obras y realizaciones humanas forma un todo, que Kohler concibe dinámicamente, en perpetuo movimiento, tendiendo, como las plantas, a un desarrollo mayor y más intenso de sus propias posibilidades (169). Un todo, empero, que, por ser entendido pragmáticamente, no constituye una realidad distinta de la de cada una de sus partes, y cuya unidad es sólo la de un agregado de hechos relacionados externamente según un criterio funcional. Este todo, sin más realidad que la realidad empírica de los elementos que lo constituyen, hunde por eso sus raíces en el mundo de los hechos. Las dos grandes determinantes del obrar humano, lo que Kohler llama el «pragmatismo ilógico de la Naturaleza» y el «pragmatismo ilógico de la vida anímica» (170), ejercen también aquí su imperio y representan el marco causal que encuadra el mundo de la cultura (171). Es el hombre quien crea la cultura, y ésta, concebida como una suma de realizaciones pragmáticas, tiene que encontrar también en la naturaleza humana el ámbito de su causalidad. Es en «las predisposiciones psicológicas del hombre» donde hay que ver «las ruedas del inmenso mecanismo de la historia del mundo» (172).

De este mundo de la cultura forma parte también el Derecho. Su significación en él es, sin embargo, distinta de la que revisten las demás obras culturales, porque el Derecho no es un valor cultural primario, sino adjetivo o secundario. Valores culturales primarios son aquellas realizaciones humanas que representan un avance o una extensión en el dominio espiritual o material del mundo físico; valores secundarios o protectores, aquellos cuya función consiste en servir de marco para el desarrollo de los valores primarios. A esta última clase pertenecen, según Kohler, el Derecho y la Moral, es decir, aquellos dos órdenes sin los cuales

(168) *Lehrb. d. Rechtsphil.*, pág. 4.

(169) *Moderne Rechtsprobleme*, págs. 2 y 4.

(170) *Lehrb. d. Rechtsphil.*, págs. 48 y ss., 53 y ss.

(171) *Lehrb. d. Rechtsphil.*, págs. 50 y 53.

(172) *Lehrb. d. Rechtsphil.*, pág. 58.

no es posible una comunidad como sujeto histórico y cultural: «sólo una comunidad ordenada moral y jurídicamente se halla en situación de ejercer actividades cognoscitivas, de desplegar dominio sobre la Naturaleza y, en último término, de crear en el terreno del arte» (173). El Derecho puede definirse por eso como «el orden en las relaciones vitales impuesto a la Humanidad en interés del mantenimiento y de la nueva producción de valores culturales» (174). Así entendido, como «condición de toda cultura» (175), el Derecho se halla inserto también en la causalidad general del mundo histórico y del obrar del hombre. No hay un Derecho en abstracto, sino sólo Derechos de un pueblo o de una cultura singulares. El Derecho se halla siempre en una relación íntima —«sanguínea», dice una vez Kohler (176)— con una realidad física y humana (177); como los convencionalismos sociales, el Derecho es también originariamente «fenómeno etnológico», «manifestación de la comunidad humana en tanto que ente social» (178), y de esta esfera empírica recibe su determinación. Y por lo mismo, no hay tampoco un Derecho eterno: la función adjetiva del Derecho tiene lugar como ponderación de intereses en conflicto, y estos intereses son intereses concretos, que se discriminan de acuerdo con las exigencias del desarrollo cultural en una situación también concreta (179). En el cruce de estas dos determinaciones, el Derecho aparece como un orden esencialmente variable y con una «justicia» que sólo lo es para un momento histórico preciso (180).

Dos consecuencias derivan de esta concepción del Derecho, que busca los orígenes del mundo jurídico, «no en el reino del espíritu y de la libertad, sino en el del dominio progresivo de la naturaleza empírica» (181). La primera de ellas es que, al atribuir al Derecho una significación meramente instrumental, queda despojado de valor ético propio. Considerado como condición formal de

(173) *Lehrb. d. Rechtsphil.*, pág. 6.

(174) *Lehrb. d. Rechtsphil.*, pág. 9.

(175) *Lehrb. d. Rechtsphil.*, pág. 10.

(176) *Das Recht als das Lebenselement der Völker*, pág. 4.

(177) *Moderne Rechtsprobleme*, pág. 11, y *Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie*, págs. 322 y ss.

(178) *Lehrb. d. Rechtsphil.*, pág. 74.

(179) *Lehrb. d. Rechtsphil.*, pág. 47.

(180) *Lehrb. d. Rechtsphil.*, págs. 10 y 47.

(181) Cfr. P. v. SOKOŁOWSKI, *Politik und Rechtsphilosophie*, ya cit., página 445.

los valores culturales primarios, el Derecho sólo representa un valor en relación con ellos. La «nación de más elevada moral y de más perfecta organización jurídica» puede desaparecer sin haber contribuido en nada al progreso cultural, si no ha creado ciencia, arte o técnica; sólo si ha producido en estos terrenos obras significativas «puede decirse que ha tenido relevancia su existencia moral y jurídicamente ordenada» (182). La segunda consecuencia se halla en relación con el concepto de cultura de Kohler, y es de índole metódica. Entendido como parte del proceso universal de la cultura, y dentro, por tanto, del marco de una determinación empírica general, el Derecho sólo puede ser comprendido y definido *a posteriori*. El único camino para llegar a su concepto es el examen de la experiencia jurídica universal en sus múltiples determinaciones singulares, la comparación del cuadro general de la causalidad jurídica en los distintos pueblos y culturas. La idea bajo la que Kohler situaba toda su obra, hallar el puesto del Derecho en el todo del proceso universal (183), no era, en realidad, más que otra formulación de este propósito. Su fundamentación se halla en la idea de una historia universal de la fenomenología jurídica como método filosófico: en la idea de que «toda filosofía del Derecho que no se apoye en la historia del Derecho es una ciencia que no tiene de tal más que el nombre» (184).

Kohler se denominó a sí mismo repetidas veces neohegeliano (185), y hubo muchos contemporáneos suyos que pusieron en relación su obra con la filosofía de Hegel (186). En realidad, a

(182) *Lehrb. d. Rechtsphil.*, pág. 6.

(183) *Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte*, págs. 3 y 9, y *Moderne Rechtsprobleme*, pág. 2.

(184) *Lehrb. d. Rechtsphil.*, pág. 10.

(185) Cfr. J. KOHLER, *Vom Positivismus zum Neu-hegelianismus*, en *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, Bd. III (1909-1910), págs. 169 y siguientes. Análogamente, en *Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte*, página 29, *Moderne Rechtsprobleme*, pág. 8, y, sobre todo, en *Lehrb. d. Rechtsphil.*, págs. 28 y ss.

(186) Cfr., por ejemplo, F. BEROLZHEIMER, *Für den Neuhegelianismus*, en *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, Bd. III (1909-1910), páginas 193 y ss., y R. L. LEONHARD, *Kohler und Hegel*, en la misma revista Bd. XV (1921-1922), páginas 1 y ss. En el mismo sentido, F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, París, 1927; págs. 111 y ss. Características del modo de entender el «neohegelianismo» de KOHLER son unas frases de BEROLZHEIMER: «Was der Neuhegelianer Kohler vermeidet und abgestreift hat, ist die

Kohler le separa de Hegel, no sólo el abismo de su epistemología empírica, sino también su concepción del mundo histórico, es decir, aquella parte de su obra que él creía más íntimamente ligada a la filosofía de su gran predecesor. La Historia no era para Kohler, como lo era para Hegel, manifestación e interpretación autónoma del espíritu en su desenvolvimiento temporal, un proceso unitario en el que cada uno de sus momentos contiene individualizado al todo. Para Kohler la Historia era un conjunto de procesos singulares, cuya dinámica podía reducirse a leyes por medio de la comparación, una suma de hechos singulares subsistentes por sí en la serie causal; la idea del todo no es en él condición misma del proceso histórico y éste su realización, sino que surge por la agregación mecánica de la suma de sus partes y la referencia abstracta a una causación última (187). Puesta a menudo de manifiesto la falta de base del pretendido neohegelianismo de Kohler (188), el problema no merece una verdadera discusión.

FELIPE GONZÁLEZ VICEN

(Continuará.)

Methode der Hegel'sche Philosophie, was Kohler aufnimmt und zum neuen Leben erweckt hat, ist ihr Stoff». Cfr. *J. Kohler als Rechtsphilosoph*, en *Philosophische Wochenschrift und Literatur-Zeitung*, Bd. I (1906), pág. 7.

(187) Sobre este concepto positivista de la historia, cfr. E. TROELTSCH, *Die historische Dynamik des Positivismus*, en *Gesammelte Schriften*, Bd. III, Tübingen, 1922, págs. 371 y ss.

(188) Cfr. la recensión de G. RADBRUCH a la *Filosofía del Derecho* de KOHLER, en *Zeitschrift für Politik*, Bd. III (1910), págs. 427 y ss; M. E. MAYER, *Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., Berlin, 1933, págs. 7, 17 y 32, y K. LARENZ, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, Berlin, 1931, págs. 59 y ss.

