

FILOSOFIA DEL DERECHO EN COMPENDIO +

GIORGIO DEL VECCHIO

SUMARIO:

1. Concepto de la Filosofía del Derecho. Sus problemas y su misión. 2. La Filosofía del Derecho en el pensamiento griego y romano. 3. El Cristianismo y las doctrinas filosófico-jurídicas en el Medioevo. 4. La Filosofía del Derecho en la Edad Moderna. 5. Escuelas y tendencias más recientes. Observaciones, críticas y conclusiones.

1. La Filosofía del Derecho se distingue de la Ciencia del Derecho, en sentido estricto, en que ésta estudia el Derecho en particular, es decir, el Derecho positivo de un cierto pueblo y en un momento determinado, mientras que aquélla examina el Derecho en su universalidad, en lo que tiene de esencial y de permanente. De un modo más preciso puede decirse que la Filosofía del Derecho es aquella disciplina que define el concepto del Derecho en su forma lógica, investiga los caracteres generales de su desenvolvimiento histórico y deduce, mediante la pura razón, el ideal de justicia, válido como criterio y modelo respecto al Derecho positivo y a sus posibles imperfecciones.

* Reproducimos este ensayo con ocasión del nonagésimo aniversario del nacimiento de su autor.

Estas tres investigaciones, aunque distintas, están no obstante, conectadas, porque el Derecho en todos sus aspectos tiene su fuente en el espíritu humano, que lo contempla en sí mismo —*sub specie aeternitatis*— y lo plasma en la realidad fenoménica, como Derecho positivo. A este propósito puede recordarse la famosa sentencia de G. B. Vico de que “este mundo civil fue hecho ciertamente por los hombres, y por eso sus principios deben encontrarse en nuestra propia mente humana”. Adviértase que con esto no se prejuzgan otros problemas que trascienden de la competencia de la Filosofía del Derecho en cuanto pertenecientes a otras ramas de la Filosofía, como la Metafísica y la Filosofía de la religión. No tenemos que preguntarnos, por ejemplo, por qué la naturaleza en general y la naturaleza humana en particular han sido creadas de este modo; por qué nuestra razón tiene estos poderes y límites y qué hay más allá de los mismos. Nos basta con fundarnos en la mente humana, en sus facultades y en sus leyes, aunque sin ignorar la respuesta que la Teología da a estos problemas trascendentes.

La definición del concepto del Derecho es la primera tarea que se impone a la Filosofía jurídica. Esta definición es el presupuesto, aunque sea implícito o sobreentendido, de las otras investigaciones, incluso de la histórica, porque como se ha dicho agudamente, la historia debe ser historia *de alguna* cosa, y no podríamos recoger los datos de la fenomenología jurídica positiva si no supiésemos ya de algún modo distinguir lo jurídico de lo no jurídico. Una verdadera y completa definición lógica del Derecho no puede, por otra parte, consistir en una mera declaración verbal ni en una intuición provisional o aproximada, sino que debe necesariamente comprender un preciso examen de las relaciones entre el Derecho y la Moral, e incluso de los diversos aspectos (objetivo y subjetivo) del Derecho mismo, aclarando, además, ciertos conceptos inherentes o complementarios, como los de relación jurídica y sujeto del Derecho.

En lo que concierne a la segunda investigación —la referente al desarrollo histórico o fenomenológico del Derecho— importa advertir que no se identifica con la historia de los varios sistemas jurídico-positivos, porque cada uno de éstos tienen un objeto limitado y singular, según el tiempo y el espacio. En cuanto perteneciente a la Filosofía del Derecho, la investigación fenomenológica trata de comprender al Derecho en sus motivos y en su desarrollo como hecho universalmente humano. Los datos proporcionados por las historias particulares se sitúan entonces en un cuadro más amplio, que diríamos *metahistórico*,

es decir, no simplemente cronológico, porque en un mismo momento los diversos pueblos se encuentran en fases diferentes de desarrollo.

La tercera investigación, que cabe llamar *deontológica* porque concierne más a un *deber ser* que a un ser de hecho, esto es, al ideal de justicia, se conecta con la primera indagación en cuanto que la justicia propiamente entendida encaja en el esquema lógico de la juridicidad, como su suprema expresión; y se conecta también con la segunda porque la evolución histórica o positiva del Derecho, enfocada en su generalidad, representa pese a parciales detenciones o retrocesos, un progresivo avance hacia el ideal.

Desde las edades más remotas está anclada en la mente humana la idea de que las leyes positivas se subordinan a una ley más alta, que emana directamente de la naturaleza o de la divinidad, fuente y artífice de la naturaleza misma. Puede observarse que el problema del Derecho natural esto es, de la justicia absoluta fue sentido y propuesto antes incluso de que se llevase a cabo un verdadero análisis científico del Derecho positivo. La Filosofía del Derecho es así, en un cierto sentido, más antigua que la misma Ciencia del Derecho, y no es exagerado decir que ha acompañado y sigue acompañando a la humanidad en todo el curso de su historia. Es significativo el hecho de que la Filosofía jurídica haya sido designada durante muchos siglos como la “Ciencia de Derecho natural” (*Juris naturalis scientia*, o simplemente *Jus naturale*), porque éste fue efectivamente el objeto, no exclusivo pero sí principal, de los estudios filosóficos sobre el Derecho. Cuando en una época relativamente reciente —el siglo XIX— algunas escuelas sostuvieron que el Derecho debía ser considerado sólo como fenómeno histórico o positivo, rechazando las teorías iusnaturalistas, se adoptó generalmente el nombre de Filosofía del Derecho o *Philosophia Juris* (ya usado alguna vez en la Antigüedad), por la obvia razón de que tal denominación genérica abarca igualmente tanto a las doctrinas que admiten, cuanto a las que niegan la idea del Derecho natural; negación, por otra parte, a la que nunca ha acompañado una verdadera demostración, sino que aparece dictada por un simple prejuicio.

Es cierto que, en cuanto al modo de concebir el Derecho natural, se han manifestado diferencias notables entre sus mismos defensores; pero no es menos cierto que procediendo por caminos diversos las conclusiones alcanzadas por las diferentes escuelas son, en general bastante similares, al menos respecto a las verdades más importantes. (Así, por ejemplo, la máxima de la igual libertad para todos afir-

mada por Kant y por Spencer). Ha de subrayarse, además, que los estudios teóricos en esta materia tuvieron con frecuencia una eficacia no pequeña en la promoción de reformas legislativas. De ahí que se haya hablado, no sin fundamento, de una *función práctica* de la Filosofía del Derecho. Es bien conocido el influjo ejercido por las doctrinas de Montesquieu y de Rousseau en la constitución del moderno "Estado de Derecho", el de las enseñanzas de Kant y de otros autores en el progreso del Derecho internacional, o el de las obras de Beccaria o de Romagnosi en el campo del Derecho penal, etc. Resulta, por consiguiente, completamente erróneo considerar las especulaciones filosóficas sobre el Derecho como un ejercicio estéril y ocioso, cuando corresponden realmente a una necesidad natural y constante del espíritu humano.

2. La Filosofía del Derecho no se presentó originariamente como autónoma, sino unida a la Teología, a la Moral, a la Política; y sólo poco a poco se fue operando la distinción. En los primeros tiempos, la implicación era completa, como se ve de un modo típico en los libros sagrados del Oriente, donde aparecen tratados en bloque los elementos de varias ciencias teóricas y prácticas. Domina en ellos el espíritu dogmático; el Derecho se concibe como un mandato de la Divinidad, superior al poder humano y objeto no tanto de ciencia cuanto de fe. Así, las leyes positivas se consideran indiscutibles y al poder vigente, como expresión del querer divino, se le tiene por no susceptible de enjuiciamiento.

El espíritu crítico se despertó especialmente en Grecia, donde por obra de varias escuelas se comenzó a reflexionar y a discutir sobre la esencia de la justicia. Según la escuela pitagórica (siglo VI a. J. C.), el número es la esencia de todas las cosas, y la justicia es una relación aritmética, una ecuación e igualdad. De ahí la retribución y la contraprestación en las acciones recíprocas; concepto que sería después reelaborado y desenvuelto por Aristóteles. Pero ya en aquel tiempo antiquísimo comenzó a señalarse una antítesis entre lo justo "por naturaleza" (*φύσει*) y lo justo "por ley" (*νόμῳ*), antítesis que alcanzó algunas veces formas agudas, llegándose, incluso, a negar la existencia real del primer término, para admitir sólo el segundo. En este sentido se expresó por ejemplo, Arquelaos, discípulo de Anaxágoras; y la misma tesis, con mayor desarrollo dialéctico, fue sostenida por los sofistas (siglo V a. J. C.), quienes negaron la posibilidad de un conocimiento objetivamente válido, con lo que también la justicia se

reducía a una opinión individual, esto es, a "lo que conviene al más fuerte" (Trasímaco). Similarmente argumentaron después Pirrón y Carneades. Pero estas mismas negaciones sirvieron de acicate para la reafirmación de la creencia en la justicia natural o divina; como, por ejemplo, la célebre invocación de la Antígona de Sófocles, que contra la orden injusta de un tirano, recurrió a las "leyes no escritas e indestructibles de los dioses" (v. 454 y siguientes). A los argumentos sofistas que se opusieron a las doctrinas de Sócrates y de Platón y después la de Aristóteles, en las cuales —y en consonancia con los sistemas filosóficos por ellos elaborados— campea la idea de una verdad jurídica superior, no sujeta al arbitrio humano.

En la obra de Platón (427-347 a. J. C.) es especialmente notable para la Filosofía del Derecho su clásica teoría del Estado, expuesta en los diálogos sobre la *República* y sobre las *Leyes*, y también en *El Político*. Platón considera al Estado como un hombre grande, es decir, como un perfecto organismo, en el cual las varias clases sociales cumplen funciones análogas, a las que en la vida individual tienen las distintas facultades del alma humana. Se revela así aquella armonía entre las distintas partes de un todo, que para Platón constituye precisamente la justicia. Toda la misión del hombre se consume en la pertenencia y dedicación al Estado. Falta, por consiguiente, en el sistema platónico un reconocimiento de los derechos naturales de la persona humana, como falta también cualquier limitación de la absoluta potestad del Estado.

Se debe a Aristóteles (384-322 a. J. C.) una teoría de la justicia que, arrancando del concepto pitagórico, distingue las varias especies de igualdad o de proporción. Hay así una justicia igualadora o conmutativa, que se aplica de modo especial a los contratos y tiene en cuenta el valor de las cosas, prescindiendo del mérito de los contratantes. Esta teoría —expuesta en la *Ética a Nicómaco*— sigue siendo considerada como fundamental, aunque haya dado lugar a algunas críticas. Importantes son también las doctrinas aristotélicas sobre el Estado, a cuya formación el hombre tiende por su propia naturaleza (y de ahí la famosa definición del hombre como "*animal político*"). Estas doctrinas no se separan demasiado de las platónicas, si bien se nota algún mayor cuidado por la individualidad humana y un reconocimiento de la familia como elemento del Estado. Pero Aristóteles no solamente admite, sino que justifica expresamente la esclavitud, por no tener un adecuado concepto de la personalidad del hombre. Otras teorías suyas (tanto en la *Ética* como en la *Política*), por ejemplo,

sobre la equidad, sobre las varias formas de constituciones políticas, etc., sirvieron en cierto modo de base para todos los estudios de las épocas siguientes.

Entre las escuelas post-aristotélicas destacan especialmente la estoica y la epicúrea. La primera —fundada por Zenón en Chipre (en el 308 a. J. C.) y que contó entre sus seguidores a Séneca y a Marco Aurelio— sostuvo la existencia en la naturaleza de una ley universalmente válida, que se manifiesta en el hombre como recta razón, imponiéndole la victoria sobre las pasiones, en la cual estriba la verdadera libertad. Por este camino se supera en la escuela estoica el ideal meramente cívico de Platón y de Aristóteles: el hombre es ciudadano del mundo (cosmopolita, y más allá del Estado hay una sociedad del género humano. En oposición a la escuela estoica, la fundada por Epicuro (306 a. J. C.) afirmó el principio hedonista, tomando como criterio del bien no la virtud, sino el placer y concibiendo al Estado como el fruto de un cálculo utilitario.

El pensamiento griego recibió notables influjos y nuevas elaboraciones en Roma. Cicerón (106-43 a. J. C.), inspirándose en las teorías de los estoicos, además de en las enseñanzas de Platón y Aristóteles, les dio esplendor de estilo y elocuencia. Los títulos de algunas de sus obras (*De Republica*, *De Legibus*) son platónicos, pero su contenido es también aristotélico y, sobre todo, estoico. Así, combatiendo las tesis de los escépticos, sostuvo con gran vigor la existencia de una ley jurídica natural atestiguada por la conciencia misma del hombre y válida en todo tiempo y para todo pueblo: "Est quidem vera lex recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna, etc." (*De Republica*, III, 22). El estoicismo fue, entre todos los sistemas de la Filosofía griega, el que más acogida tuvo en Roma, por ser el que mejor armonizaba con la índole austera del ciudadano romano y porque el ideal cosmopolita de los estoicos encontraba un cierto reflejo positivo en el creciente dominio de Roma. Se acogió generalmente el concepto de *naturalis ratio*, que no significa la mera razón subjetiva, sino aquella racionalidad ínsita en el orden de las cosas, y por eso superior al arbitrio humano. Paulo definió el Derecho natural como "*id quid semper aequum ac bonum est*" (Cfr. 11 Dig. I. 1); mientras que para Ulpiano era "*quod natura omnia animalia docuit*" (fr. 1, Dig., I, 1), extendiendo así su validez a todos los animales en general; pero esta divergencia no revela probablemente un contraste real, ya que la fórmula de Ulpiano apunta simplemente a la existencia en los animales de ciertos elementos de hecho y de ciertos instin-

tos que corresponden de algún modo a las instituciones jurídicas humanas.

Impulsados por la observación de la existencia de factores comunes en el Derecho de los varios pueblos y por la necesidad de regular, al menos de un modo sumario, las relaciones —especialmente las mercantiles— con los extranjeros, los romanos llegaron a elaborar la noción del *jus gentium* ("*quasi quo jure omnes gentes utuntur*"; Gaio, fr. 9. Dig., I, 1), que se aproxima a la del *jus naturale* y, a veces, aparece confundido con ella, pero que, sin embargo, se diferencia no sólo por el origen, sino, incluso, por el contenido. Así, por ejemplo, la esclavitud fue considerada concordemente por los juristas romanos como contraria al Derecho natural y, sin embargo lícita según el Derecho de gentes.

Los romanos tuvieron viva la conciencia de la conexión entre el derecho y la moral, hasta el punto de que incluyeron entre los principios jurídicos fundamentales el *honeste vivere* (junto al *neminem laedere* y al *suum cuique tribuere*), pero no nos legaron —como tampoco lo habían hecho los griegos— una clara teoría de la distinción entre estas dos especies de normas. Algunas fórmulas genéricas usadas por ellos parecen denotar una cierta confusión y, sin embargo, no puede dudarse de que tuvieron, tal vez más que ningún otro pueblo, una fina intuición de la naturaleza específica del Derecho y de sus límites propios, como aparece, sobre todo, en la exacta resolución de los casos prácticos y en alguna máxima concreta (como la de Paulo: *non omne quod licet honestum est*).

3. Con la llegada del Cristianismo se reconoce en la personalidad humana un principio divino y eterno y se afirma la hermandad entre todos los hombres, haciendo de la *charitas* el fundamento de todo el orden moral y jurídico. De ahí tenía que seguirse, y de hecho se siguió, una renovación profunda, incluso en la concepción del Derecho y del Estado, aunque la doctrina cristiana no tuvo originariamente un significado propiamente político, sino moral. En todo caso, su influjo se manifestó eficazmente en el sentido de una gradual mitigación y humanización de numerosas instituciones: así, por ejemplo, se prestó una mayor atención a la buena fe, se limitaron los abusos del derecho de propiedad, se favorecieron las manumisiones y las fundaciones piadosas, et.

Es importante destacar que los Padres de la Iglesia, sin perjuicio de extraer del Decálogo y del Evangelio los principios supremos del

Derecho natural, recogieron también en este punto, en gran parte, las doctrinas de los juristas romanos, que, a su vez, reflejan las de los grandes filósofos griegos. Puede decirse, por consiguiente, que los elementos esenciales del pensamiento clásico no se perdieron jamás, a pesar de la revolución operada por el Cristianismo, y que, incluso, recibieron de éste nueva vida. Así se mantuvo la noción de *lex naturae*, concebida como emanación de la voluntad y de la sabiduría divinas. En este sentido sobresalen, dentro de la Patrística, las reflexiones de Lactancio, San Ambrosio y San Agustín. Especialmente éste (354-430) tiene relevante importancia, entre otras cosas, por su obra *De civitate Dei*, primer gran ensayo de Filosofía de la historia desde el punto de vista cristiano.

Pero se debe a la Filosofía y, sobre todo, a Santo Tomás de Aquino (1225-1274) la completa y sistemática consideración de los problemas de la Filosofía del Derecho según los principios cristianos. Con profunda agudeza el Aquinatense supo integrar en un solo organismo lógico las doctrinas del Evangelio y de los Padres de la Iglesia con las teorías aristotélicas. Distinguió tres órdenes de leyes: la *lex aeterna*, es decir, la razón divina que gobierna al mundo (*ratio divinae sapientiae*) y que nadie, salvo Dios y los bienaventurados, puede conocer enteramente en sí misma; la *lex naturalis*, que, en cambio, es directamente cognoscible por los hombres mediante la luz de la razón, en cuanto que es una participación de la ley eterna en la criatura racional, según su propia capacidad; y la *lex humana*, invención del hombre, mediante la cual la mente humana, arrancando de los principios de la ley natural, procede a sus aplicaciones particulares, "*per modum conclusionum*" o "*per modum determinationis*". Según Tomás, la *lex humana*, o lo que es lo mismo, las leyes del Estado, deben ser obedecidas, aunque no tiendan, como deben tender, al bien común con tal de que no impliquen una violación de la *lex divina*, como ocurriría, por ejemplo, con la ley que impusiese la obligación de un culto falso. Quedaba de este modo reafirmada la supremacía de la Iglesia sobre el Estado y también la del Derecho natural sobre el Derecho positivo.

En adelante se producirían numerosas disputas acerca de las relaciones entre la Iglesia y el Estado y más en general sobre los fundamentos de la validez de las leyes y de la autoridad de los gobernantes. Según una cierta concepción, Dios habría dado directamente la potestad espiritual al Papa y la temporal al Emperador (considerado como heredero legítimo del dominio de Roma); según otra concepción, en cambio, ambas potestades habrían sido conferidas al Papa, de quien

el Emperador recibía el poder temporal, pero quedando en un nivel, al menos virtual, de subordinación. La primera de esas dos concepciones fue sostenida, entre otros, por Dante Alighieri y por Marsilio de Padua; la segunda por Egidio Romano, Jaime de Viterbo, Agustín Trionfo, etc. En su tratado de *Monarchia*, Dante propugnó la unidad política del género humano, fundada a su parecer, en la continuidad de la autoridad imperial de Roma. Es también notable en esa obra una definición del Derecho, inspirada en la tradición aristotélico-tomista: "*Jus est realis et personalis hominis ad hominem proportio, quae servata hominum servat societatem, et corrupta corrumpit*" (Mon., II, 5).

En la obra de Marsilio de Padua (*Defensor pacis*, 1324), al tiempo que se sostiene enérgicamente la independencia del Estado respecto a la Iglesia, se declara que el fundamento del poder político está en el consentimiento del pueblo. A este propósito interesa recordar que ya según las antiguas doctrinas, la autoridad misma del Imperio romano habría tenido su origen en aquel fundamento (por la *lex regia*); por otra parte, en las liberaciones del pueblo se revelaría el querer divino ("*populo faciente et Deo inspirante*", según una fórmula de Juan de París).

La hipótesis de un contrato social como base del orden político, que ya había tenido una expresión embrionaria en el pensamiento griego, alcanzó un gran relieve en las teorías filosófico-jurídicas de la baja Edad Media y de los primeros siglos de la Edad Moderna. Mas esta hipótesis fue sostenida en forma y con intenciones muy diversas: unas veces para afirmar la inviolabilidad de los derechos naturales del individuo y del pueblo frente al Estado, y otras para fortalecer la legítima autoridad de los Gobiernos absolutos que habrían quedado consentidos mediante el supuesto contrato. Es evidente que tal hipótesis era meramente ficticia e históricamente infundada: la fórmula del contrato social servía, en esencia, de expediente dialéctico, articulado y presentado de diversos modos, para intentar una construcción racional del orden jurídico y político.

4. Diversos factores contribuyeron a producir una renovación de las doctrinas sobre el Derecho y sobre el Estado en el Renacimiento y épocas sucesivas. Aunque había cesado —como motivo ideológico, incluso— la autoridad imperial (invocada en vano por Dante), también la potestad de la Iglesia en el orden temporal se restringía por la Reforma protestante y, sobre todo, por la tendencia cada vez

más explícita de los Estados a afirmarse como absolutamente soberanos e independientes de cualquier otro poder (*superiorem non recognoscentes*).

Así fue prevaleciendo la idea de que los problemas de la Filosofía jurídica debían ser tratados y resueltos con independencia de la Teología. Ya entre los mismos teólogos medievales se había puesto sobre el tapete la cuestión de la posibilidad de una obligatoriedad moral aun en la rechazable hipótesis de la inexistencia de Dios. Las doctrinas formuladas en ese sentido por Gregorio de Rimini (muerto en el año 1358) y por otros autores, fueron examinadas y discutidas por Francisco Suárez en su gran obra *De legibus ac Deo legislatore* (1612). Pero de aquella hipótesis sacó partido Hugo Grozio (*De jure belli ac pacis*, 1625), al proponerse la construcción de un sistema de Derecho natural e internacional sobre la base de la mera razón humana. El objeto principal de su libro, según rezaba el título era el problema de las relaciones, en paz y en guerra, entre los varios pueblos; problema que había adquirido gran importancia y nuevos aspectos, entre otros motivos, por el Descubrimiento de América. Varios pensadores españoles e italianos anteriores a Grozio habían ya tratado este problema; sobre todo y muy notablemente Francisco de Victoria (*Relectiones theologicae*, 1539), quien se esforzó en poner límites jurídicos a las empresas, con frecuencia violentas, de los *conquistadores* contra los indios americanos, y Alberico Gentili (*De jure belli*, 1588-1589), directo inspirador de Grozio y no inferior a él como jurista.

Grozio quiso remontarse al principio del Derecho, valiéndose de conceptos ya elaborados por el pensamiento clásico, y en concreto, de la máxima aristotélica sobre la sociabilidad de la naturaleza humana y definió el Derecho natural como "dictatum rectae rationis indicans actui alicui, ex eius convenientia aut disconvenientia cum ipsa natura rationali ac sociali, inese moralem turpitudinem, aut necessitatem moralem". Del Derecho natural así concebido (sin una precisa distinción entre Derecho y Moral) derivaría la regla de la obligatoriedad de los pactos (*stare pactis*); y de ella quería Grozio deducir la validez del Derecho positivo y la legitimidad de los Gobiernos, a los que presumía fundados sobre un convenio. Resulta superfluo destacar la debilidad de tal construcción. Más bien hay que observar que al discutir ampliamente las numerosas cuestiones relativas al Derecho de paz y al de guerra, Grozio dejó casi completamente de lado las máximas del Derecho natural y se atuvo de modo preferente al concepto del *jus gentium*, identificado por él con los usos bélicos o con la práctica

observada arbitrariamente por los antiguos guerreros y conquistadores.

Pero a pesar de sus imperfecciones, la obra de Grozio alcanzó grandísima fama por la amplitud del enfoque y la riqueza de erudición, e influyó sobre otras numerosas obras que, aun con divergencias a veces considerables, tienen con ella ciertos caracteres comunes, por lo que se ha podido hablar, no erróneamente, de una "escuela del Derecho natural", en sentido estricto, que floreció precisamente en el siglo XVII y en el siguiente. La principal característica de esa escuela es su abstracto racionalismo, no perfilado críticamente, y que a menudo hizo presentar como verdades universales las que eran simples opiniones individuales o particulares aspiraciones políticas. La inseguridad metodológica se manifiesta también en la tendencia a dar un aspecto de narración histórica a la deducción filosófica, confundiendo la prioridad lógica con la cronológica y concibiendo o representando al Derecho natural como el Derecho positivo de una supuesta edad remotísima. Pero a esta escuela, sin embargo, debe reconocérsele el mérito de haber indagado los fundamentos del Derecho y discutido graves problemas, como el de los límites de la autoridad del Estado, llegando a veces a enunciar, o al menos a entrever determinadas verdades de gran importancia. Algunos escritores de esta escuela y, sobre todo, sus mayores figuras, como Locke y Rousseau, tuvieron conciencia del carácter meramente hipotético, o incluso ficticio, de las fórmulas impropias usadas por ellos en homenaje a una tradición doctrinal inveterada. En todo caso es indudable que a través de las disputas, y, si se quiere, de los errores de esta escuela, se fue elaborando poco a poco el concepto del moderno Estado de Derecho.

Los mayores contrastes en el seno de la escuela misma se produjeron entre los defensores de los derechos individuales y la soberanía popular y los mantenedores del absolutismo político. Pueden recordarse, entre los primeros, a los llamados *monarcómacos*, o adversarios de los monarcas, como el escocés Jorge Buchanan, el hugonote francés Humberto Languet y el alemán Juan Althusio (*Política methodice digesta*, 1603); y, por otro lado, a Juan Milton. Algerbon Sidney, y de un modo especial, Juan Locke (*Two treatises of government*, 1690), según el cual los hombres poseen naturalmente los derechos de libertad, de igualdad, de trabajo y de propiedad, para cuya tutela, precisamente, surgió el Estado.

Entre los autores de la segunda tendencia el más notable es Tomás Hobbes (*De cive*, 1642; *Leviathan*, 1651), que frente a la doctrina

clásica de la sociabilidad humana, reafirmada por Grocio, sostuvo que el estado natural de los hombres es una guerra de todos contra todos, de donde dedujo la necesidad de un Gobierno absoluto. Sobre bases filosóficas, bastante más amplias y profundas, llegó a conclusiones no muy diferentes Baruch Spinoza (*Tractatus theologico-politicus*, 1670; *Ethica*, 1677), se inclina hacia la de Grocio, si bien se notan en él algunos influjos de la doctrina hobbesiana. Pufendorf distingue el Derecho de la Teología y el Derecho natural del positivo: al primero pertenecen los derechos innatos; al segundo, los derechos adquiridos. El hombre es llevado a asociarse a los demás hombres por una especie de instinto, condicionado por su interés; y es fundamental y universalmente válida la obligación de la pacífica sociabilidad ("pacífica socialitas"), por corresponder al fin del género humano.

Hacia la misma época, otros filósofos, como, por ejemplo, Leibniz (1646-1716), sin especiales preocupaciones políticas investigaron la esencia ideal del Derecho, sus relaciones con la Ética y los grados y modos de sus manifestaciones. Para Leibniz hay tres grados en el bien, según que haga de referencia a Dios, a la Humanidad o al Estado. El primer grado constituye la *probitas* o *pietas*, el segundo la *aequitas*, el tercero, el *jus* o *jus strictum*. A esos tres grados corresponden tres especies de justicia y los tres preceptos de la jurisprudencia romana: "Honeste vivere, suum cuique tribuere, neminem laedere". El esquema de Leibniz es ciertamente grandioso, pero no aparecen en él perfectamente definidos los caracteres propios del Derecho en relación con la Moral y con la Teología.

Corresponde a Christian Thomasius (1655-1728) el mérito de haber perfilado con claridad esa definición, poniendo de relieve que la moral se refiere a la conciencia del sujeto (*forum internum*), y tiende a procurar la paz interna, mientras que el Derecho busca asegurar la paz externa (*forum externum*), y prescinde por eso de los motivos de la conducta. El Estado, órgano del Derecho, no puede, por consiguiente, invadir las conciencias ni ejercitar sobre ellas coacción alguna. En estas tesis, aunque no absolutamente nuevas, se encuentran elementos de gran importancia para la teoría del Derecho; y aunque, como luego veremos, deben ser en parte rectificadas, no dejan de tener un fondo sustancial de verdad.

A la escuela de Leibniz pertenece Christian Wolff (1679-1754), autor de numerosas obras, muy celebrado en su tiempo, y entre las cuales merece especial recuerdo el tratado en ocho volúmenes *Jus naturae methodo scientifica pertractatum* (1740-1748), donde se ex-

ponen detalladamente las teorías iusnaturalistas, según un racionalismo abstracto y dogmático, a veces un tanto hueró.

Como se desprende de estas sumarias indicaciones, los estudios filosófico-jurídicos se ciñeron en esta época, de modo casi exclusivo, a la idea del Derecho en general y frecuentemente con propósito pragmático, es decir, con propósito de aplicación a programas políticos; mientras que fue generalmente descuidada la investigación de la fenomenología del Derecho histórico o positivo. Fue preciso esperar al comienzo del siglo XIX para que este aspecto de la realidad del Derecho encontrase una adecuada atención, aunque a veces de modo unilateral y casi exclusivo.

Sin embargo, ya en el siglo XVIII dos autores constituyeron en cierto modo una excepción a la tendencia doctrinal dominante: Vico y Montesquieu. El napolitano Juan Bautista Vico (1668-1744; *De universi juris uno principio et fine uno*, 1720; *Principi di una scienza nuova intorno alla comune natura delle nazioni*, 1725), se propuso conciliar la Filosofía, ciencia de lo verdadero, con la Filosofía, entendida como ciencia de los hechos. También en el Derecho descubrió estos dos elementos, lo verdadero y lo cierto, y sostuvo su sustancial unidad ("*verum et factum convertuntur*"), porque ambos fluyen de la mente humana. A su parecer, por consiguiente, no hay pugna entre el Derecho natural y el positivo, porque el primero representa una medida eterna y el segundo es como la confirmación de aquél por la autoridad. Desde este ángulo se abre Vico a aquella visión sintética de la historia, que es el motivo característico de su *Scienza nuova*. En la historia, declara, opera siempre la Providencia, que supera las intenciones humanas.

El francés Carlos de Montesquieu (1689-1755) adquirió gran renombre con su obra *De l'esprit des lois* (1748), de estilo elegante y claro, tanto como oscuro es el de Vico. En ese libro examina Montesquieu las leyes y las instituciones de numerosos pueblos (incluso algunos orientales, como por ejemplo, los chinos), para explicar los motivos y las circunstancias que las han determinado, atribuyendo gran importancia, incluso, a los factores naturales, especialmente al clima (como ya había hecho otro escritor francés, Bodino). Con sus observaciones, frecuentemente agudas, mostró poseer un sentido histórico no común en su tiempo. Especial interés suscitó su análisis de la Constitución inglesa, en la cual, a su juicio, se garantizaba la libertad sobre todo por la división de los poderes; principio que fue luego adoptado, en esencia, por las Constituciones de Francia y de otros muchos Estados.

Sin embargo, la escuela del Derecho natural, con sus méritos y sus defectos, siguió dominando y tuvo una de sus más altas expresiones en la obra de Juan Jacobo Rousseau (1712-1778: *Du contrat social*, 1762). Aun conservando la terminología tradicional, esto es, la hipótesis de un tránsito del estado de naturaleza al estado de sociedad mediante un pacto, Rousseau propuso una solución del problema político que guardaba alguna intimidad con la de Locke, pero que era bastante más rigurosa y precisa que cuantas se habían formulado hasta entonces. Arrancando del principio que el hombre es naturalmente libre y que los derechos naturales de libertad y de igualdad son inalienables, declaró que el Estado es legítimo sólo y en cuanto los reconozca y garantice. Esta, y no otra, es la significación del llamado contrato social, es decir, de aquel acto puramente ideal por el que el individuo se somete al Estado, a condición de que éste no mande y no obre más que como síntesis de la igual libertad de todos sus miembros. Mucho se ha discutido, y podrá todavía discutirse, acerca de esta doctrina (y especialmente sobre alguno de sus extremos, en que ahora no podemos entrar); pero es innegable que sus conceptos fundamentales tienen gran importancia y se hicieron efectivamente valer como exigencias racionales en el desenvolvimiento posterior del pensamiento político, e incluso en las constituciones y legislaciones positivas.

Esos preceptos, que se oponían directamente al régimen político entonces existente en Francia —el llamado “*Ancien Regime*”— y al de casi todos los otros Estados europeos, contribuyeron de hecho a determinar los movimientos de opinión pública, que desembocarían, pocos años después de la muerte de Rousseau, en la Revolución francesa, y cristalizaron de diversos modos en otros países. En la “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano” (aprobada por la Asamblea o Constituyente el 26 de agosto de 1789), que fue el programa de aquella Revolución, se reproducen precisamente las máximas enunciadas por Rousseau y algunas dimanantes de Montesquieu. Los autores de aquella Declaración tuvieron también en cuenta los documentos análogos que habían servido a las colonias inglesas de Norteamérica para reivindicar poco antes su independencia de la Madre Patria; y en los que se reflejaban, igualmente los postulados esenciales de la escuela del Derecho natural.

También en la Italia del siglo XVIII, varios pensadores, como P. Doria, L. A. Muratori, S. Maffei, A. Genovesi, C. Beccaria, P. Verdi, G. R. Carli, F. M. Pagano, G. Filangieri, N. Spedalieri, V. Russo, etc.,

fueron proponiendo reformas racionales en todas las ramas del Derecho. Algo posteriores y de mayor importancia son las obras de G. D. Romagnosi (1761-1835), en las que se perfila, entre otras cosas, una teoría del Estado constitucional fundado sobre el principio de la nacionalidad o “*etnicarquía*”; principio que, como es sabido, fue después propugnado con gran vigor por José Mazzini y también por P. S. Mancini y otros.

La escuela del Derecho natural se renovó merced a una importante corrección metodológica, debida principalmente a Manuel Kant (1724-1804), que abre un nuevo período en la historia de la filosofía.

De los problemas de la Filosofía jurídica se ocupó sólo en los últimos años de su vida (*Sobre la paz perpetua*, 1795; *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho*, 1797). Es mérito de Kant haber eliminado por completo la confusión entre lo histórico y lo racional, que era el mayor defecto de aquella escuela; defecto que ya habían corregido en parte sus mejores representantes. Para Kant, el Derecho natural se funda exclusivamente en principios racionales *a priori*, esto es, tiene un valor puramente ético o deontológico, independiente de la experiencia. Todo hombre en cuanto tal, tiene el derecho innato a la libertad. La unión de los ciudadanos en el Estado y la de los Estados en un orden universal de paz, deben concebirse, según Kant, como imperativos de la razón.

La escuela del Derecho natural (*Naturrecht*), se manifestó así como escuela del Derecho racional (*Vernunftrecht*). Sin embargo, se conservó también la primera denominación, porque no había motivos para abandonarla desde el momento en que dicha corrección metodológica era comprendida y aceptada de un modo general. Tanto más cuanto que ya desde antiguo se había visto precisamente en la razón el elemento esencial de la naturaleza humana.

La doctrina de Kant fue seguida, con mayor o menor adhesión por otros muchos autores, entre los cuales sobresale Fichte (1762-1814; *Fundamento del Derecho natural*, 1796-1797); *El Estado comercial cerrado*, 1800). Al comienzo se atuvo a las enseñanzas kantianas, pero se fue alejando de ellas en las fases sucesivas de su pensamiento para constituir su propio sistema, que puede llamarse del idealismo subjetivo, ya que tiene el *yo* como centro y principio absoluto. Fichte formula así el imperativo jurídico supremo: “El yo debe limitar su libertad individual, mediante el concepto de la posibilidad de la libertad de otros, a condición de que éstos hagan otro tanto”.

Una fuerte reacción contra el racionalismo y las teorías del Derecho natural se manifestó hacia finales del siglo XVIII y comienzos

del XIX. Tal reacción nació en el campo político, para combatir las tendencias dimanantes de la Revolución francesa, y aspiró a restaurar las monarquías absolutas y a defender, en general, las tradiciones y las instituciones amenazadas o sacudidas por los movimientos y las aspiraciones populares. Entre los representantes de esta corriente de reacción puede recordarse a L. De Bonald, J. de Maistre, C. L. v. Haller, C. Solaro della Margarita. J. Donoso Cortés, etc.

En el campo más propiamente científico surgió la "escuela histórica de los juristas", con el propósito de reafirmar el valor de las tradiciones jurídicas y de propugnar la profundización de su estudio, en vez de las abstractas especulaciones y de las precipitadas reformas legislativas. Su principal representante fue F. C. v. Savigny, que sostuvo, en 1814, una célebre polémica contra otro gran jurista, A. Thibaut (profesor, como él, en Heidelberg), que había propuesto la unificación de las leyes vigentes en los diferentes Estados germanos, lo que equivalía a la formación de un Código civil general para Alemania. Savigny se declaró contrario al reciente ejemplo de la codificación francesa, al menos para su tiempo, y sostuvo, juntamente con otros juristas de la misma escuela (G. Hugo, G. Puchta, etc.), la importancia de las expresiones directas del espíritu popular (*Volksgeist*), que se revela sobre todo en la costumbre.

Esta especie de historicismo, en cuanto que ponía como principio y fuente del Derecho el concepto de espíritu del pueblo, venía a coincidir con la tendencia filosófica representada por F. Schelling (1775-1854) y G. Hegel (1770-1831), que puede calificarse de idealismo objetivo. Schelling formuló los conceptos más generales, como los del alma del mundo (*Weltseele*) y alma del pueblo (*Volksseele*), pero se ocupó escasamente de la teoría del Derecho; mientras que Hegel dedicó a esta materia una de sus obras principales (*Líneas fundamentales de la Filosofía del Derecho*, 1821). Según éste, la idea, sujeto del proceso mundial, pasa por tres grados, y se hace espíritu subjetivo, espíritu objetivo, y espíritu absoluto. El Derecho sería una de las formas del espíritu objetivo y Hegel lo define como "la existencia del querer libre". En todo este sistema domina un intelectualismo o panlogismo dogmático, que se condensa en la máxima: "Todo lo real es racional y todo lo racional es real". A pesar de sus fórmulas idealistas, el sistema se resuelve así en una especie de adoración de los hechos consumados, y, sobre todo, del Estado, es decir (para Hegel) del Estado prusiano.

Las doctrinas hegelianas tuvieron un período de gran éxito en Alemania (aunque no dejaron de suscitar notables oposiciones, como, por ejemplo, la de Schopenhauer) y encontraron numerosos seguidores en otros países, especialmente en Italia, donde su influjo ha llegado hasta nuestros días. Pero es lícito dudar, en un último análisis, de que esta influencia haya ayudado verdaderamente al progreso de los estudios filosóficos. Por otra parte, hay que notar que esas doctrinas, por la ambigüedad de sus fórmulas, suscitaron diversas interpretaciones, de tal suerte que puede referirse a ellas, por ejemplo, la posición de algunos de los mantenedores del llamado materialismo histórico o dialéctico.

5. Durante el siglo XIX y en el presente los estudios filosóficos sobre el Derecho se han enriquecido considerablemente, aunque no han cesado las discordancias entre las varias escuelas o tendencias, de las que sólo mencionaremos brevemente las más importantes.

La escuela católica o neo-escolástica ha desarrollado en este período una actividad bastante notable, dando nuevos desenvolvimientos a los principios establecidos por Santo Tomás, sobre todo a la idea de la ley natural en relación con sus aplicaciones a las varias ramas del Derecho. Recordamos entre los autores italianos pertenecientes a esa escuela a: L. Taparelli (*Saggio teoretico di Diritto naturale appoggiato sul fatto*, 1840-1843, varias veces reeditado; *Essame critico degli ordini rappresentativi; nella società moderna*, 1854, G. Prisco. G. Costarozetti, G. G. Biavaschi, F. Aquilanti, F. Olgiati, G. Gonella, G. Graneris, A. Messineo, etc.; entre los extranjeros: T. Rothe, A. Valencin, J. Leclercq, Th. Meyer, V. Cathrein, C. Gutberlet, G. v. Hertling, etc.).

El sistema de Antonio Rosmini (1797-1855; *Filosofía del Diritto*, 1841-1843, etc.), tiene una cierta afinidad con las doctrinas de esa escuela, pero con perfil propio y original. Arrancando de la idea del ser como supremo principio teórico, Rosmini sienta el principio ético general de "conformar las propias acciones al grado de entidad de los objetos", es decir, "reconocer prácticamente al ser en su orden"; de donde dimana el deber de respeto absoluto a la personalidad porque en la personalidad el ser se revela en su forma más alta. Este concepto básico sirve a Rosmini para discutir e ilustrar los fundamentos de las diversas instituciones de Derecho privado y de Derecho público. También dedicó profundos estudios a los problemas de la ciencia política.

Por otra parte, se fue manifestando y difundiendo la tendencia a considerar el Derecho, más que como idea y exigencia espiritual,

como hecho histórico y positivo, en su relatividad y en sus conexiones con otros hechos. El mayor impulso en esta dirección se debe a Augusto Comte (1798-1895), *Cours de Philosophie positive*, 1830-1842), quien combatió abiertamente, bajo el rótulo de metafísica, el estudio de las entidades abstractas, (entre ellas el Derecho) y propuso la fundación de una nueva ciencia unitaria de los fenómenos sociales, a la que dió el nombre de Sociología. El intento de eliminar o disminuir en esa medida la autonomía de la ciencia y de la Filosofía del Derecho, así como las de otras disciplinas, ciertamente fracasó; pero se difundió la tendencia a dar la máxima —y casi exclusiva— atención a la fenomenología jurídica positiva.

El estudio de este aspecto de la realidad del Derecho no podría servir, y no sirvió, para resolver los más altos problemas lógicos y éticos. De otra parte, ese estudio no fue hostilizado por las escuelas que defendían un programa distinto y más amplio. Quedaba en pie el problema, que es todavía objeto de disputa, del carácter científico o filosófico de la Sociología e, incluso, la propia existencia de ésta, si se la compara con otras disciplinas cuya legitimidad es indudable. Se dijo (pero la frase fue más tarde rectificada por quien la pronunció), que “la Sociología es un nuevo nombre dado a la Filosofía del Derecho”, afirmación a todas luces inexacta. Sólo es posible admitir quizás una parcial coincidencia entre el programa de la Sociología y la segunda de las tres investigaciones que corresponden a la Filosofía del Derecho (la investigación fenomenológica).

También contribuyó eficazmente a promover nuevos estudios sobre las manifestaciones históricas o positivas del Derecho la teoría de la evolución, sostenida principalmente por Carlos Darwin (1809-1882) respecto a la naturaleza en general, pero no sin aplicaciones a la vida social; y después por H. Spencer (1820-1903), quien en su “Sistema de Filosofía sistemática” dedicó una consideración bastante amplia a las instituciones morales y políticas, vistas siempre en su desenvolvimiento, como una progresiva adaptación de la individualidad a la socialidad. Sin embargo, Spencer, a diferencia de muchos de sus propios seguidores, mantuvo siempre firme el concepto de los derechos naturales del hombre (especialmente en su obra *Justice*, 1891) y combatió la tendencia a reconocer excesivos poderes al Estado.

En el siglo XIX y en el nuestro han tenido también gran desarrollo las investigaciones de Derecho comparado, que en Italia se inspiraron en la doctrina de Vico, aunque corrigiéndola en algunos aspectos. Debe recordarse a este propósito, especialmente, la obra de

Emérico Amari: *Critica di una scienza delle legislazioni comparate* (1857). También a la tradición viquiana se vincularon después algunos otros autores (como, por ejemplo, G. Carle: *La vita del diritto nei suoi rapporti colla vita social*, 1880, 2. ed. 1890), propicios a fundir, con cierto eclecticismo, elementos de varias escuelas, para poner de relieve sobre todo la historicidad del Derecho, aproximándose así a las teorías de la “escuela histórica de los juristas”, e incluso a las del positivismo altamente entendido.

Entre los mantenedores italianos del positivismo en sentido estricto, aunque con algunas divergencias, sobre puntos accidentales, ha de recordarse a R. Ardigó (1828-1920). I. Vanni (1855-1903). S. Fragnapane (1868-1909), A. Groppali (1874-1959), A. Levi (1881-1953), a quienes podrían añadirse otros muchos, ya que esta escuela gozó del mayor favor hasta época bastante reciente y aún tiene hoy muchos prosélitos.

También las doctrinas hegelianas suscitaron adhesiones, como anteriormente se dijo, entre ellas las de B. Spaventa y F. Filomusi Guelfi, quien se inspiró, además, en Vico y Kant, mientras que otros, aceptando en parte aquellas doctrinas, intentaron construir sistemas propios, bastante defectuosos en cuanto concierne al Derecho. Así, por ejemplo, el de B. Croce (1866-1952) que queriendo reducir el Derecho a la economía, desconoció completamente el carácter ético y normativo de lo jurídico; o el de G. Gentile (1875-1944), quien tuvo una noción muy defectuosa del Derecho al definirlo como “querer ya querido”, en contraposición a la moral, que sería la voluntad en acto, como si el Derecho no tuviese, del mismo modo que la moral, una actualidad siempre renaciente en el espíritu humano.

Algún influjo tuvo también la doctrina marxista del materialismo histórico o, como ahora se prefiere definirlo, del materialismo dialéctico, que da al factor económico una primacía absoluta sobre los demás elementos de la vida social y política. Es verdad que esta doctrina admite que la historia ha sido “hecha por los hombres”, pero la fórmula tiene aquí un significado muy diverso del que goza, por ejemplo, en el sistema de Vico, porque se refiere siempre al preconcepto básico de que las acciones humanas están determinadas esencialmente por motivos económicos, tesis que ha tenido ya perentorias refutaciones.

Afin al positivismo jurídico es la teoría de la llamada escuela de Viena, representada principalmente por H. Kelsen (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, etc.), y en lo que concierne especialmente al

Derecho internacional por A. Verdros. Según Kelsen, hay que rechazar la concepción del Derecho natural y también la idea de justicia (que, en cuanto distinta del Derecho, es "un ideal irracional"). La teoría pura del Derecho (*reine Rechtslehre*), como él califica a su doctrina, debe limitarse a considerar al Derecho positivo como es, absteniéndose de toda valoración. Han de abandonarse las distinciones entre Derecho objetivo y subjetivo, entre Derecho público y privado, etc., y concebirse el ordenamiento jurídico como una serie o escala de grados en la cual ocupa el primer puesto una norma de Derecho internacional, entendida siempre como Derecho positivo. Es evidente que estas tesis, aunque ingeniosamente sostenidas, pueden dar lugar a varias objeciones y dejan sin resolver algunos de los principales problemas de la Filosofía del Derecho.

En la Filosofía inglesa del Derecho se dio mucho relieve (aun que siempre hubo allí representantes de escuelas distintas) al principio utilitario, especialmente en los trabajos de J. Bentham (1748-1832) y de J. Stuart Mill (1806-1873). Pero el utilitarismo, entendido originariamente en sentido hedonístico, adquirió un nuevo significado al combinarse con la teoría de la evolución de Darwin y de Spencer, antes aludidas. El Derecho se fundaría no en el mero cálculo de los placeres, sino en las condiciones biológicas necesarias para la existencia de los individuos y de las sociedades. Según esta doctrina, hay una lucha por la vida, en la cual los individuos y los pueblos menos adaptados son eliminados por los que lo son más; la sociabilidad es precisamente una condición de vida, y por eso las estirpes incapaces de orden y disciplina tienden a desaparecer, mientras que en los individuos tienden a formarse, incluso, por efecto de la herencia, un instinto social como fruto de las experiencias de la especie. Spencer intenta explicar de ese modo el origen de los sentimientos de deber y de Derecho. Es difícil admitir que esta explicación sea por sí misma suficiente, tanto más cuanto que la teoría concerniente a la herencia no es todavía más que una hipótesis. Sin embargo, no puede negarse que esta doctrina contiene elementos dignos de consideración y puede contribuir a dar luz sobre ciertos fenómenos de la vida social, lo que explica el gran interés que suscitó entre pensadores de distintos países.

Desde varias perspectivas y en formas diversas se ha tratado de renovar el estudio de la jurisprudencia profundizando el examen de la vida interior del Derecho en lo que tiene de objetivo y concreto, incluso fuera de los esquemas legislativos. Han de recordarse en esta línea las indagaciones de E. Ehrlich (*Grundlegung der Sociologie des*

Rechts, 1913; *Die juristische Logik* 1918) sobre lo que él llamó "el Derecho viviente", es decir, el Derecho que surge de un modo inmediato de la sociedad y no del Estado.

La llamada escuela del Derecho libre, o de la libre creación del Derecho, de la que se hizo pregonero H. Kantorowicz en una obra publicada en 1906 con el seudónimo de Gnaeus Flavius (*Der Kampf um die Rechtswissenschaft*) llegó a sostener que era preciso desvincular al Juez de la obligación de atenerse a las leyes, confiando a su prudente arbitrio la valoración de los intereses en contraste. Esta tesis tuvo algunos seguidores, pero no pudo ser abrazada plenamente, por cuanto su aceptación habría privado al Derecho de toda certeza y modificado radicalmente el sistema que tiene por base el principio de la soberanía de la ley. Sin embargo, sería igualmente erróneo considerar la aplicación de la ley como un acto meramente mecánico, cuando lo cierto es que la labor del Juez fue siempre y es todavía un válido y eficaz factor de desenvolvimiento progresivo de los sistemas legislativos. Entre los estudios contemporáneos en torno a este problema pueden recordarse, por ejemplo, los de F. Gény (especialmente *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899, 2. ed. 1919).

En los Estados Unidos de América (donde, como es sabido, la autoridad de los precedentes judiciales constituye para el ciudadano una garantía casi equivalente a la de la supremacía de las leyes) surgió una tendencia de reacción contra el huerro formalismo y el conceptualismo abstracto, buscando analizar la realidad del Derecho, tal como brota de la práctica judicial y funciona efectivamente en la vida social. El programa de esta corriente (que tiene una cierta conexión con el pragmatismo de J. Dewey) comenzó a perfilarse en las obras de O. W. Holmes y fue formulada especialmente por K. N. Llewellyn en su opúsculo *A realistic Jurisprudence* 1830). Numerosos escritores se adhirieron a esta tendencia, aun discutiendo algunos puntos concretos. Y a esta cuestión dedicó notables estudios el más grande jurista americano Roscoe Pound, que fue uno de los primeros en promover la renovación de los métodos tradicionales de la ciencia jurídica, pero que también criticó agudamente los defectos de un realismo demasiado angosto.

Podemos dejar de lado algunas recientes escuelas o tendencias, como, por ejemplo, el existencialismo, que, al menos por ahora, no han hecho ninguna aportación notable a la Filosofía del Derecho.

En cambio, interesa subrayar que frente a la primacía de las corrientes historicistas y positivistas se inició en Italia, como en otros

países, una profunda revisión de las doctrinas filosófico-jurídicas; revisión vinculada frecuentemente, de un modo general, a la crítica kantiana, aunque sin sujetarse de modo estricto a las teorías de Kant, estimadas como insuficientes, sobre todo en lo que se refiere al Derecho. En los escritores de esta tendencia merecen especial mención el alemán R. Stammler (1856-1938) y el italiano I. Petrone (1870-1913); a sus nombres podrían añadirse bastantes otros. No se trata, sin embargo, de un verdadera escuela, ya que las diferencias entre las tesis de cada uno de sus sostenedores son muy apreciables, pero a todos les es común el rasgo de intentar la superación del empirismo en todas sus formas y de reafirmar, mediante un más profundo análisis gnosológico, la universalidad del concepto y del ideal del Derecho.

Importa señalar que esta tendencia (a la que se dió el nombre de neokantismo y también el de idealismo crítico), no pretendió nunca desconocer la legitimidad y la importancia de las indagaciones sobre los aspectos históricos y positivos del Derecho, hasta en lo que éste tiene de relativo y de contingente; antes bien, se propuso dar a esas investigaciones el mayor impulso y la mayor extensión, incluso en el aspecto comparativo. Pero dentro de esta corriente se buscó determinar las condiciones a priori de las que depende la posibilidad de la experiencia jurídica misma, así como los límites de los conocimientos alcanzados o alcanzables por este camino. Se llegó así no a través de un dogmatismo antihistórico, sino mediante un análisis crítico de los modos y grados del conocimiento, a reivindicar la validez y la necesidad de un orden de investigaciones puramente especulativas, cuyo objeto no son los fenómenos transitorios, sino los elementos de carácter absoluto que el Derecho lleva consigo y que se nos revela como verdades eternas de la razón.

En general se ha mantenido la distinción entre la Filosofía del Derecho y la Teología; distinción que no significa pugna, pues hay más bien una conjugación o coincidencia entre los resultados de la indagación realizada con método puramente racional y los más altos dictámenes de la conciencia religiosa y, en concreto, de la fe cristiana.

Para definir la esencia lógica del Derecho se ha procurado resolver ante todo la antigua cuestión de sus relaciones con la moral. Rectificando la doctrina según la cual el Derecho consideraría únicamente los efectos físicos de las acciones humanas, mientras que la moral tendría en cuenta solamente los motivos de las mismas, se ha demostrado que ambas especies de normas abarcan la actividad humana en su integridad, es decir, tanto en su dimensión física cuanto en

la psíquica. Pero con la diferencia de que la moral dirige esencialmente la elección del sujeto entre las varias acciones posibles y arranca, por consiguiente, de la consideración del elemento psíquico o interno; mientras que el Derecho regula esencialmente las relaciones entre varios sujetos, delimitando la esfera de lo lícito de cada uno respecto a los demás, y por eso se refiere de un modo inmediato a las interferencias del obrar que se producen en el mundo externo. No es exacto que la raíz psíquica esté excluida del Derecho, ni que los efectos de las acciones humanas sean ignorados por la moral. Lo único verdadero es que una y otra valoración se producen en sentido inverso. No se trata de una diferencia de objeto, sino del modo de considerarlo, de la distinta perspectiva o punto de vista.

Derecho y Moral tienen ciertamente una base común, y puesto que ambos sirven para dirigir la obra humana, debe mantenerse entre ellos una cierta coherencia. Una absoluta separación no es posible y tampoco una real y propia contradicción dentro de un mismo sistema regulador. Los aparentes contrastes derivan sólo de que por su propia naturaleza el Derecho deja a cada sujeto una esfera de libertad o licitud en cuanto que prohíbe a otra persona que ponga un impedimento, sin determinar cuál es eficazmente la mejor entre las acciones incluidas en aquella esfera. Esta determinación corresponde por su propia esencia a la moral. Se ha querido expresar este carácter diferencial con la fórmula de que el Derecho es el *minimum ético*, es decir, aquel grado de ética que es estrictamente indispensable para la convivencia social.

Que entre Derecho y Moral existe una necesaria conexión, se revela en la identidad de muchos conceptos y prohibiciones propios de una y otra categoría normativa; y también en el hecho de que las mismas leyes jurídicas han tenido con frecuencia que referirse a conceptos y a principios morales para su recta interpretación e integración. Así, por ejemplo, la Constitución de la República italiana afirma que "el matrimonio será ordenado sobre la igualdad moral y jurídica de los cónyuges" (art. 29); y el Código Civil, al imponer a los padres la obligación de educar y de instruir a la prole, declara que "la educación y la instrucción deben adecuarse a los principios de la moral" (art. 147). Son también muy frecuentes en las leyes civiles las referencias al concepto de las "buenas costumbres" (por ejemplo, Disposiciones sobre las leyes en general, (art. 31; Código Civil arts. 1343 y 1354) y al de la "buena fe" (Código Civil, artículos 535, 785, 1337, 2366, 1375, 1460, 2033, etc.).

También es significativo el principio afirmado en la Constitución (artículo 27) de que "las penas no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad"; si bien este principio tiene escaso reflejo en las leyes penales vigentes.

Los nuevos estudios sobre el concepto del Derecho han permitido esclarecer con mayor precisión algunos caracteres propios de éste, como la alteridad e intersubjetividad, la imperatividad, la coercibilidad, etc. Se ha demostrado por ejemplo, que también las llamadas normas permisivas tienen carácter imperativo, en cuanto que implican limitaciones o excepciones respecto a otras normas más generales; que la coercibilidad expresa una exigencia inherente al Derecho (la impedibilidad o el resarcimiento del daño), exigencia válida virtualmente aún cuando no pueda traducirse en actos; que en su aspecto subjetivo, esto es, como facultad, el Derecho presupone una norma, la cual no es, sin embargo, más que una delimitación de facultades, de tal suerte que los dos aspectos del Derecho se compenetran e integran recíprocamente. En síntesis, el Derecho puede definirse como la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina, excluyendo el impedimento; o más brevemente, la coordinación de la libertad bajo forma imperativa.

Se ha estudiado atentamente el problema de las llamadas lagunas del Derecho, reconociéndose de una parte que ningún sistema jurídico positivo puede ser absolutamente completo, y de otra, que debe ser siempre posible encontrar una solución cuando se discute el límite de lo lícito para cada uno. De aquí la necesidad de examinar los criterios lógicos que presiden la actividad judicial, incluso y especialmente cuando se trate no de la mera interpretación de textos legislativos singulares, sino de su integración mediante el procedimiento de la analogía y donde ésta no baste, acudiendo a los principios generales, es decir, a las razones más profundas del Derecho. Se ha discutido mucho en torno a estos conceptos, pero es claro que ante tal problema un estrecho positivismo se revela insuficiente mientras que permanece válida la clásica teoría del Derecho natural, entendido no como antítesis, sino como suplemento y soporte de los ordenamientos jurídico-positivos, los cuales, al ser referidos a la universalidad de la *ratio iuris*, pueden lograr fuerza nutricia para afirmar sus propias raíces y hacerlas más fecundas.

Con esto se toca un problema todavía más grave, a saber, el de la positividad, que algunas escuelas consideran esencial al Derecho

(hasta el punto de que el término "positivo" aplicado al Derecho sería, para ciertos autores, un mero pleonasma). Otros sostienen, en cambio, que el concepto de juridicidad abarca también al Derecho no positivo. En confirmación de esta tesis, que es realmente la más plausible, se ha observado que —incluso dejando aparte la cuestión del Derecho natural (al cual no se debería en ningún caso negar la pertenencia al género lógico del Derecho)— los proyectos de leyes y las leyes derogadas expresan ideas jurídicas, aunque no positivas, y que, por otra parte, la positividad misma tiene diversos grados. Estas consideraciones han abierto el camino a una serie de importantes análisis, cuyas conclusiones pueden resumirse de esta manera: en el ámbito de un mismo Estado pueden encontrarse, y de hecho se encuentran, varias formaciones sociales que tienden a producir sus propias normas jurídicas, más o menos conformes con las normas estatales. De ahí se sigue una serie de relaciones o interferencias entre el Estado y estos centros menores de producción jurídica. En último análisis, el Estado no es otra cosa que el sujeto del orden jurídico que tiene el mayor grado de positividad. Subsiste por consiguiente, en tanto en cuanto reafirma con un continuo esfuerzo su capacidad de mantener formalmente su predominio, absorbiendo y centrando en sí, en la medida de lo posible, las determinaciones autónomas de los entes sociales que viven en su seno. Si por hipótesis viniese a decaer tal capacidad se produciría el efecto de que otro ordenamiento jurídico sustituiría al primero y adquiriría a su vez el carácter de la estabilidad en cuanto provisto del máximo grado de positividad, o, lo que es lo mismo, como expresión de la voluntad social preponderante. Puede añadirse que análogas consideraciones valen también relativamente entre el Estado y los entes extraestatales.

Si esta tesis (que no debe ser confundida con la que niega el carácter normativo del Derecho y lo sustituye por el concepto de institución) es exacta, hay que concluir que ni la positividad, ni la estatalidad son elementos esenciales de la noción lógica del Derecho, aunque obviamente haya que atribuir a tales elementos el puesto que les corresponde en una teoría íntegra el Derecho.

Desde el momento que la noción lógica (formal) del Derecho comprende todas las posibles especies de determinaciones o proposiciones jurídicas, se plantea la cuestión de si, por eso mismo, todas ellas son igualmente "justas o si, por el contrario, y de qué modo, la noción de justicia debe distinguirse de la noción de juridicidad. La duda puede surgir también por la ambigüedad del lenguaje, ya que,

como es sabido, la palabra justicia designa unas veces el orden jurídico establecido, cualquiera que sea, y expresa otras un ideal superior y que incluso, se le contraponen. Varias escuelas se inclinan a negar la distinción, sea por adhesión incondicional a la legalidad positiva, sea por el propósito de excluir las leyes injustas del campo del Derecho (*lex injusta non est lex*). Pero la crítica ha demostrado el error de ambas tesis. Aún hay autores que se oponen a la distinción con el especioso pretexto de que debe preferirse la unidad a cualquier dualismo; pero olvidan que no es buen método, sino que es contrario a una regla básica de la ciencia, el negarse a observar las diferencias existentes entre las cosas, cuando la verdadera unidad sólo puede alcanzarse integrando en un concepto más general las diferencias comprobadas. Así, en la cuestión que nos ocupa, importa recordar el concepto que podríamos llamar viquiano y al que ya hicimos referencia: es el mismo espíritu humano el que contempla idealmente al Derecho como pura justicia, y el que lo produce históricamente, como fenómeno positivo. Hay, pues, una *communis radix* (para repetir una frase de Santo Tomás) en ambas formas de la realidad.

Ese motivo fundamental de la conciencia (la superación de la propia individualidad y su coordinación con la de otros) que hace posible la concepción formal de la juridicidad, sirve también de cimiento y base para aquel supremo ideal que se llama justicia, en sentido más alto y estricto, e impone el reconocimiento igual y perfecto, según la pura razón, de la dignidad y libertad de la persona humana: máxima que encuentra sólo realizaciones parciales en las ordenaciones jurídicas positivas y vale respecto a ellas como de criterio absoluto, ocupando su puesto junto al otro precepto directivo, absoluto también, del obrar humano, que es la caridad. Estos son los dos supremos valores éticos, no sin conexiones recíprocas.

A pesar de las disputas entre las diversas escuelas, algunas de las cuales suscitaban sobre este punto diversas objeciones (todas ellas eficazmente refutadas), puede observarse que el ideal de la justicia fue afirmado siempre de algún modo, tanto en las doctrinas cuanto en la elaboración legislativa, sirviendo con frecuencia de acondicionamiento, e incluso de acicate a reformas racionales. Lento y no siempre pacífico fue el progreso en esa línea; pero es evidente que, al menos en los Estados de mayor civilización, "los derechos inviolables del hombre" (como reza el art. 2º de la Constitución de la República italiana) han tenido en la Edad Moderna confirmaciones efectivas, con innúmeras y relevantes aplicaciones, ya en el campo del Derecho público, ya en el del Derecho privado.

Incluso en lo que concierne a las relaciones entre los distintos Estados (terreno en el que las reformas progresivas encuentran mayores resistencias y obstáculos, por obvios motivos) son bien conocidas las manifestaciones teóricas y los esfuerzos prácticos ya realizados, y los que están todavía en vías de realización para dar efectividad a esos ideales, esto es, para establecer en todo el mundo una paz duradera fundada sobre el reconocimiento de los derechos naturales de los pueblos y de los individuos. Testimonios de esta tendencia son, por ejemplo, la Carta o Estatuto de la Organización de las Naciones Unidas (26 de junio de 1945) y la "Declaración universal de los derechos humanos" (aprobada por la Asamblea General de esa misma Organización el 10 de diciembre de 1948). La Filosofía del Derecho ha aportado una notable contribución a estas manifestaciones y esfuerzos que deben sin duda, ser proseguidos.

(Traducción española del Catedrático don Joaquín Ruiz-Giménez).

BIBLIOGRAFIA

- G. CARMIGNANI: Storia delle origine e dei progressi della Filosofia del diritto (edición póstuma) 4 vol. Luca, 1851.
- F. J. Stahl: Die Philosophie des Rechts, 5 Aufl. Tübingen, 1878, tres volúmenes trad. ital. sólo del vol I. Storia della Filosofia del diritto, Torino, 1853.
- A. Rosmini: Filosofia del diritto 2ª ed. Intra, 1865.
- H. Ahrens: Naturrechts oder Philosophie des Rechts und des Staates 6. Aufl. Wien, 1870-1871: trad. ital. Corso di Diritto naturale o di Filosofia del diritto, 3ª ed. Napoli, 1885.
- F. Toscano: Corso elementare de Filosofia del diritto, 3ª ed. Napoli 1869.
- A. Trendelenburg: Naturrecht auf dem Grunde der Ethik 2. Aufl. Leipzig, 1868, trad. ital. Diritto naturale sulla base della Ethik Napoli, 1873.
- A. Lasson: System der Rechtsphilosophie, Berlín, 1882.
- G. Carle: La vita del diritto nei suoi rapporti colla vita sociale, 2ª ed., Torino, 1890.
- F. Filomusi Guelfi: Enciclopedia giurídica, 7ª edd. 1917.
- — Lezioni e saggi di Filosofia del diritto ed. póstuma, Milano, 1949.
- A. Boistel: Cours de Philosophie du droit, París, 1899.

- I. Miraglia: *Filosofía del diritto*, 3ª ed., Napoli, 1903.
- I. Vanni: *Lezioni di Filosofia del diritto*, 4ª ed., Bologna, 1920.
- J. Kohler: *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 3, Aufl, Berlín, 1923.
- R. Stammler: *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 3, Aufl, Berlín, 1928.
- I. Petrone: *Il diritto nel mondo dello spirito*, Milano 1910.
- — *Filosofía del diritto*, con 1' aggiunta di vari saggi (edición póstuma), Milano, 1950.
- R. Pound: *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, 1922, edición revisada, 1954.
- L. Recaséns Siches; *Vida humana, sociedad y Derecho*, 3ª ed. México, 1953.
- G. Rabruch: *Rechtsphilosophie*, 4. Aufl. Stuttgart, 1950.
- G. W. Paton: *A textbook of Jurisprudence*, Oxford, 1946.
- J. Stone: *The province and function of Law*, London, 1947.
- W. Friedmann: *Legal theory*, 3ª ed., London, 1953.
- C. Du Pasquier: *Introduction a la théorie générale et a la philosophie du droit*. 3ª ed., Neuchatel, 1948.
- P. Roubier: *Théorie générale du droit*, 2ª ed., París, 1951.
- J. Dabin: *Théorie générale du droit* 2ª ed., Bruxelles, 1953. 1961.
- L. Legaz Lacambra: *Filosofía del Derecho*, Barcelona. 1953, 2ª ed.,
- M. Reale: *Filosofía del diritto*, ed. ital, Torino, 1956.
- G. Del Vecchio: *Lezioni di Filosofia del diritto (comprendiendo una Storia della Filosofia del diritto)*, 10ª ed., Milano, 1958.

JOSE CASTAN TOBEÑAS, FILOSOFO DEL DERECHO +

Por B. MANTILLA PINEDA.

En mis lecturas e investigaciones de filosofía jurídica y de derecho español y de Indias, desde hace muchos años me he encontrado con el pensamiento jurídico y filosófico de D. José Castán Tobeñas, que he tomado como guía y fuente por su autoridad y prestigio. A través de dilatadas y provechosas horas de estudio y meditación, he aprendido a conocer y a admirar su poderosa inteligencia y su vastísima cultura jurídica, humanística y filosófica, amén de su recto y sano criterio. En la intimidad de mis cogitaciones y de mi fuero interno, le he consagrado como uno de los grandes maestros del pensamiento jurídico en el mundo de habla española.

Mi devoción sincera por el insigne jurista hispano, que es D. José Castán Tobeñas, me ha traído la grata y honrosa compensación de su generosa y gentil amistad. Para expresar mi devoción en singular oportunidad y para corresponder a su valiosísima amistad, he aceptado la invitación a participar en el Homenaje que la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra le rendirá con ocasión de su separación de la Presidencia de la Corte Suprema de España. Mi sencilla y modesta participación consiste en el intento de hacer resaltar un aspecto de la personalidad y del pensamiento jurídico de tan egregio hombre de leyes y de letras.

* Escrito por solicitud de la Comisión de Homenaje a D. José Castán Tobeñas.