

- I. Miraglia: *Filosofía del derecho*, 3ª ed., Napoli, 1903.
- I. Vanni: *Lezioni di Filosofia del diritto*, 4v 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.

Dos vías reales conducen a la filosofía del derecho: la de la filosofía y la de las ciencias jurídicas. Por la vía filosófica llegaron a la consideración de la esencia del derecho y la justicia en Grecia Sócrates, Platón y Aristóteles, en Roma Cicerón, Séneca y San Agustín, en la Edad Media Santo Tomás de Aquino y Duns Scoto, y en los comienzos de la Edad Moderna Francisco Suárez y en los siglos XVIII y XIX Kant, Fichte y Hegel. Y por la vía jurídica han llegado a la meditación filosófica del derecho grandes juristas modernos y contemporáneos: Hugo Grocio, Christian Tomasio, Rodolfo Stammler, Giorgio del Vecchio, Felice Battaglia, Werner Goldschmidt, Carlos Cossio, Miguel Reale, Luis Recaséns Siches, Luis Legaz y Lacambra y fuera de duda José Castán Tobeñas. De ahí que sea dable hablar de filósofos juristas y de juristas filósofos. El objeto de conocimiento y estudio es el mismo tanto para aquellos como para éstos.

El jurista, en el pleno sentido de la palabra, sea abogado, tratadista o juez, no puede permanecer ni como profesional del derecho ni como hombre ayuno de filosofía, porque gracias a ella la inteligencia se eleva a los primeros principios del conocimiento, del ser y del obrar. Y bien vista y entendida, la filosofía del derecho sólo es una parte de la filosofía, pero una parte que no puede funcionar aislada del todo a que pertenece. "El verdadero jurista, ha dicho Carlos Cossio, no puede perder el contacto con la filosofía del derecho, porque ésta le resulta indispensable para poder hacer verdadera ciencia y para poder situarse frente a los problemas no científicos del derecho en razón de la plenitud humana que es inmanente a éste y que la ciencia no puede desconocer sin desvalorarse" 1. Entiéndase bien: el verdadero jurista, porque hay falsos juristas, simuladores de ciencias jurídicas.

Esta verdad de la compenetración de la filosofía del derecho y de las ciencias jurídicas, ha operado constantemente en la persona de Castán Tobeñas y en su experiencia vital y jurídica. Pruebas abundantes la confirman. Así su propia confesión y sus obras y el juicio de los entendidos. En una ocasión solemne y memorable se declara Castán Tobeñas "modesto aficionado a la filosofía del derecho" 2. Por inclinación natural y por necesidad profesional, ha frecuentado, para abreviar su sed de saber, las fuentes más puras y prestigiosas de la filosofía del derecho. La bibliografía citada en sus escritos no es la del modesto aficionado sino la del sobresaliente especialista. Inclu-

so cita los textos originales alemanes, italianos, franceses o ingleses. Y cita y conoce perfectamente las investigaciones más recientes.

Sería demasiado prolijo aquí recurrir a cada uno de los libros y artículos publicados, que posee Castán Tobeñas para probar por sus obras el título de filósofo del derecho a que se ha hecho acreedor. Para muestra un botón, reza el refrán. Cito a modo de ejemplo el magnífico libro titulado: *Teoría de la aplicación e investigación del derecho* 3, libro que aborda con muchos años de anticipación problemas de filosofía jurídica presentados como novedosos por Luis Recaséns Siches en su libro: *Nueva filosofía de la interpretación del derecho* 4. Con esto no trato de insinuar siquiera que Luis Recaséns Siches anduviera a la zaga de la investigación jurídica, sino simplemente señalar la comunidad de preocupaciones, temas y problemas en más de un punto.

Justamente en el libro de Recaséns Siches arriba citado, se hace alusión a dos tipos de filosofía del derecho: *la no académica y la académica*. Con esta última expresión se denota "la filosofía del derecho que se enseña en la mayor parte de las universidades del Continente europeo y de Hispanoamérica. Claro que en esta filosofía jurídica académica, dice Recaséns Siches, hallamos múltiples y variadas escuelas, diferentes supuestos y diferentes puntos de partida, diversas tendencias, oposiciones doctrinales. Mas por debajo de todas esas distinciones, se advierte también una identidad, o, por lo menos, una semejanza, en cuanto a los temas principales que integran esa disciplina, ya como programa de los cursos sobre ella, o ya como contenido de los tratados a ella dedicados" 5. Y al pie de página menciona a Castán Tobeñas entre los juristas españoles que se ocupan de la filosofía del derecho académico.

En la bibliografía de *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, incluye Recaséns Siches las siguientes obras de Castán Tobeñas: *En torno al derecho natural* (1940); *Teoría de la aplicación e investigación del derecho* (1947); *Las diversas escuelas jurídicas y el concepto del derecho* (1947); *La idea de equidad y su relación con otras ideas morales y jurídicas afines* (1950); *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental* (1957). Empero en el capítulo dedicado a los jusfilósofos españoles, Recaséns Siches omite el nombre de Castán Tobeñas. Grave omisión, ciertamente.

Si hay actualmente en España un jurista digno de llevar el título de filósofo del derecho, ese jurista es D. José Castán Tobeñas. Mi concepto encuentra apoyo nada menos que en la opinión de Emi-

lio Serrano Villafañe, suficientemente conocido en España y fuera de ella por sus valiosos estudios de filosofía del derecho. "Entre nosotros, escribe Serrano Villafañe, maestros insignes de la ciencia del derecho y juristas destacados como De Diego, I. de Casso, *Castán Tobeñas*, Castro Bravo, Hernández Gil, Cossio, Ruiz del Castillo, A. D'Ors, J. Guasp y otros que podríamos citar, ya en las obras generales de derecho o bien en trabajos especiales han hecho notables aportaciones al estudio filosófico del derecho. Mención especial merecen las monografías y discursos —de verdaderas "lecciones magistrales" hemos calificado a éstos en otro lugar— que en estos últimos años nos viene brindando el insigne maestro del derecho, *Castán Tobeñas*, en los que con gran erudición y profundidad verdaderamente filosófica ha tratado los temas más importantes y sugestivos de la filosofía del derecho: el derecho natural, la justicia, la equidad, el humanismo, los derechos de la personalidad, etc., su último discurso de inauguración del curso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia versó sobre otro tema, en aspectos de suma actualidad, de filosofía jurídica. Y es significativo también, como decíamos de Cicerón, que un maestro que ha dedicado su vida a la ciencia jurídica, de la que, sabido es, son tributarios todos los profesionales del derecho y juristas españoles de varias generaciones, acuda a los supremos principios del derecho —que son de orden filosófico— porque, seguros estamos, solamente en ellos encontrará cumplida respuesta y la fundamentación más sólida y última del derecho positivo, cuya teoría y aplicación práctica enseña con doctísimo magisterio" 6.

II—SU CONCEPCION DE LA FILOSOFIA DEL DERECHO.

Lo menos que se puede exigir a un filósofo del derecho es que fije su posición frente a la esencia de la filosofía del derecho. ¿Cómo concibe la filosofía del derecho? ¿Qué es la filosofía del derecho? Y preguntas del mismo jaez cabría hacerle. Consciente de su responsabilidad como jurista y pensador del derecho, *Castán Tobeñas* ha delimitado perfectamente el objeto de las diversas y distintas disciplinas jurídicas, empezando claro está, por la filosofía del derecho. "Un primer grupo de ellas, dice, contempla el derecho en sus *principios*, es decir, en sus elementos esenciales y permanentes. Pertenecen a este sector la *Filosofía del derecho* y las demás disciplinas jurídicas de alcance sistemático y generalizador, tales como la modernamente llamada *Teoría general o pura del derecho*, la *Enciclopedia jurídica*, y, en una esfera algo borrosa, en la que son ya difíciles de determinar

los límites con la Ciencia positiva del derecho y aun con el arte jurídico, la *Lógica jurídica* y la más moderna *Metodología jurídica*" 7.

Para fijar su noción de la filosofía del derecho ha consultado los tratadistas de esta disciplina tanto españoles como extranjeros, principalmente italianos y alemanes por ser los filósofos del derecho de estas nacionalidades los que gozaban hasta hace poco de más prestigio y autoridad. En tan delicado asunto no pierde de vista la tradición jusnaturalista que en vez de sufrir menoscabo sale airosa en las meditaciones jusfilosóficas contemporáneas. Examina el objeto de la filosofía del derecho en las diversas tendencias como la de M. E. Mayer, la de I. Vanni y la de Giorgio del Vecchio. Con base en las autoridades citadas y en su propia experiencia jurídica comprende en la filosofía del derecho los problemas fundamentales de orden ontológico, lógico y deontológico, sin pasar por alto las recientes tendencias de la teoría de los valores aplicada al estudio del derecho. En estudios y escritos más recientes de *Castán Tobeñas* se puede apreciar el conocimiento que posee de la axiología en sus diversas manifestaciones tanto en Europa como en América.

Esencialmente, como afirma *Castán Tobeñas*, la filosofía del derecho estudia los principios que conforman el derecho, principios de orden ontológico, lógico y axiológico, según la opinión más generalizada por los jusfilósofos iberos y latinoamericanos Luis Legaz y Lacambra, Luis Recaséns Siches, L. Cabral de Moncada, Antonio José Brandao, Carlos Cossio, Miguel Reale, Eduardo García Máynez, etc. La *teoría general del derecho* o la *teoría pura del derecho*, que se identifican en el fondo en una misma aspiración, como productos positivistas y neo-positivistas respectivamente de la filosofía del derecho, son consideraciones lógicas o cuando más gnoseológicas del derecho. La una y la otra, bien miradas, se reducen a una parte de la filosofía del derecho. Con razón ha visto Carlos Cossio en la teoría pura del derecho nada más que *lógica jurídica*.

"La *teoría general del derecho*, dice *Castán Tobeñas*, fue elaborada en el último cuarto del siglo pasado, cuando se hallaba en crisis el estudio filosófico del derecho, con la finalidad de investigar los conceptos jurídicos más generales, comunes a las diversas disciplinas jurídicas y aun a las diversas ordenaciones positivas, empleando para ello exclusivamente métodos empíricos. En Inglaterra siguió esta dirección John Austin, fundador de la escuela analítica de jurisprudencia, en su obra *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Law*. En Alemania, el programa de la teoría general del derecho fue traza-

do por Carlos Bergbohm (*Jurisprudence und Rechtsphilosophie*, 1886). Sus principales secuaces han sido Rodolfo Bierling (*Juristische Prinzipienlehre*, 1894-1917), Adolfo Merkel (*Juristische Enzyklopedie*, 1885) y Carlos Binding, con vista especial este último al derecho penal. Guarda relación con esta dirección, pero sale fuera del empirismo de ella y obedece a inspiración neo-kantiana, la más moderna del profesor Hans Kelsen, fundador de la llamada *Escuela vienesa*, que ha construido una teoría pura del derecho, con métodos formales y considerando al derecho como un producto normativo” 8.

III—SU CONCEPTO DEL DERECHO.

No ha elaborado Castán Tobeñas un concepto del derecho como por el estilo del de Giorgio del Vecchio, pero ha emprendido un estudio sistemático y crítico de las diversas escuelas jurídicas que se refieren particularmente al concepto del derecho. Un resumen de dicho estudio nos ofrece el mismo Castán Tobeñas. Lo insertamos aquí por su oportunidad y utilidad. Es el siguiente: “Los sistemas de base ética y metafísica han dominado durante la Antigüedad y la Edad Media. El derecho era concebido como una parte de la Moral o, al menos, como una ciencia derivada de ella. Platón y Aristóteles presintieron esta concepción, que desarrolló primorosamente Santo Tomás de Aquino”.

“La Edad Moderna significa la aparición y el apogeo de los sistemas racionalistas e idealistas de muy variadas características y que, aun cuando se muestren bajo la etiqueta común del Derecho natural, vienen a modificar sustancialmente el sentido de las clásicas concepciones jusnaturalistas que daban al derecho una base de orden moral. Separado el derecho de la Teología por obra de Hugo Grogio, y de la ética por obra, sobre todo, de Christian Thomasio, fue preciso buscarle alguna otra base de sustitución, y ello dio lugar a las concepciones más diversas, en las cuales el logicismo predomina sobre el eticismo. Merced, sobre todo, a las ideas de Kant, el problema jurídico, como el problema ético, quedan vaciados de su propio contenido y se han transformado en una cuestión lógica y formal”.

“La primera mitad del siglo XIX es la reacción contra el racionalismo subjetivista de las escuelas del derecho natural y racional. Esta reacción se manifiesta a través de diversas escuelas que sólo tienen de común su *historicismo*, su coincidencia en volver los ojos a la realidad y a la historia... La segunda mitad del siglo XIX señala el predominio de las tendencias positivistas, realistas, materialistas y eco-

nómicas, con profundo olvido de la idea del derecho natural. Fue este tiempo, como observa Sauer, un período de desilusión filosófica”.

“La restauración de los estudios filosóficos, a partir del año 1870, marca durante los últimos años del siglo XIX y en el primer cuarto del XX, una fuerte reacción contra los sistemas jurídicopositivistas. Este renacimiento de la filosofía jurídica se opera, en un principio, a través de las corrientes logicistas neokantianas iniciadas por Stammler; pero en los últimos tiempos se muestra muy visible una reacción contra el logicismo jurídico, o, lo que viene a ser igual, contra el formalismo y el normativismo”.

“Reflejos de esta avasalladora corriente antinormativista son: las escuelas naturalistas y sociológicas, que conciben el derecho como un producto espontáneo de los grupos sociales o como un tejido de relaciones reales; los sistemas idealistas de tipo objetivo, entre ellos la dirección neo-hegeliana (inspirada en la idea de comunidad) y la del idealrealismo francés (con su idea de la *institución*); los sistemas subjetivistas psicológico-jurídicos, tanto en la dirección del intuitivismo, que concibe el derecho como fenómeno emocional, como en aquellas otras derivaciones del irracionalismo, que lo conceptúan como sistema de ordenaciones concretas o decisiones...”

“No es fácil determinar cuál de los sistemas filosófico-jurídicos se pueda considerar hoy predominante. Sería un poco atrevido admitir, por ejemplo, que el existencialismo, pese a su enorme importancia en la filosofía general, tenga, hoy por hoy, el rango de doctrina *actual* en la filosofía del derecho. Más bien cabe decir, y así se reconoce corrientemente, que “hoy no existe una filosofía *oficial*, como la que años atrás representó (cuando menos en otros países, diríamos nosotros) el neokantismo”.

“Hay, con todo, dentro de la superabundancia de puntos de vista que caracteriza el pensamiento filosófico-jurídico actual, coincidencias y rasgos comunes muy visibles. Ruiz-Giménez nos señala certeramente que en la filosofía jurídica contemporánea sobresale con relieve “el resurgir de la temática genuinamente metafísica, el abandono del formalismo, la atención al orden concreto de la existencia colectiva y la aspiración a criterios objetivos y permanentes de enjuiciamiento”. Y, sobre todo, se acusa, en el momento actual de la filosofía del derecho, una tendencia de síntesis, de pluralismo armónico, de sincretismo y de superación de los grandes dualismos, —idealismo y realismo, racionalismo y vitalismo, normativismo y decisionismo—, etc., etc.”9.

Difícilmente se puede lograr una visión más completa del despliegue sistemático de las escuelas jurídicas y de su concepto del derecho.

Claramente se puede apreciar en el resumen transcrito las prodigiosas dotes de expositor, de crítico y de jurista que adornan la persona de Castán Tobeñas. Además una visión de esta naturaleza es el resultado del constante contacto con el derecho y con los grandes maestros del pensamiento jurídico universal. Con el piso y la autoridad que le confieren su conocimiento teórico del derecho y su experiencia de jurista práctico, emite el juicio acertado sobre la diversidad de sistemas filosófico-jurídicos habidos hasta el presente y a la vez expresa su concepto del derecho.

"Todas las concepciones del derecho, observa Castán Tobeñas, han aportado algún elemento útil a la obra nunca acabada y perfecta, de la ciencia... La verdad es, sin embargo, que los aciertos de detalle que tengan en su haber los modernos sistemas jurídicos, no compensan el fundamental defecto en que ha solido incurrir la generalidad de ellos, a partir del siglo XVII, al romper o relajar los vínculos del derecho con la moral. Por otra parte, los sistemas racionalistas y positivistas, aun siendo en apariencia tan opuestos y antagónicos, tienen, como grave defecto común, el de no proporcionar un criterio para la conciliación de los elementos natural y positivo, permanente y mutable, racional e histórico del derecho... El secreto de un buen sistema jurídico radica, indudablemente, en la conciliación del elemento metafísico y ético con el histórico-social. Ha de buscarse el doble contacto del derecho con la metafísica y con la vida. De aquí que tengan muy limitada utilidad las direcciones lógico-formales y metodológicas, llenas, a veces, de aportaciones interesantes para la estructuración del derecho, pero vacías de sentido social. Con visión más completa, las direcciones, muy modernas, de la teoría alemana de los valores y de la francesa del idealrealismo jurídico, tienen muchos elementos aprovechables y proporcionan, en algunos aspectos, interesantes complementos a la filosofía jurídica de la escuela tradicional católica" 10.

IV—SUS DISERTACIONES SOBRE LA JUSTICIA.

Cuatro veces por lo menos ha disertado Castán Tobeñas sobre la justicia: tres veces en fechas muy recientes. Los títulos de sus disertaciones son: *La idea de justicia, hoy, crisis?, apogeo?* (1964); *La idea de justicia social* (1966); y *La justicia y su contenido a la luz de las concepciones clásicas y modernas* (1967). El carácter estrictamente filosófico y jurídico de estas disertaciones es de sobra evidente. La altura de su pensamiento, que le permite una visión más clara y completa del mundo y del hombre; la experiencia invaluable de jurista adquiri-

da en la ardua tarea de tratadista y catedrático; y la investidura de magistrado del Tribunal Supremo de España, son circunstancias que sin duda guiaron su mirada una y otra vez hacia la reina de las virtudes. Hay además la circunstancia de la tradición cultural española que en los mejores tiempos de su historia, cuando España fue señora del mundo, sentó cátedra de *Dikelogía* con los grandes teólogos y moralistas Domingo de Soto, Luis de Molina y Francisco Suárez. Ahora en el siglo XX es José Castán Tobeñas el continuador de esa gloriosa tradición.

Creo sinceramente que pocos juristas y filósofos del derecho están capacitados para hablar o escribir con propiedad y maestría sobre la justicia. Hay que citar en primera línea a Giorgio del Vecchio con su magnífica monografía sobre la *Justicia*; a Werner Goldschmidt con su tratado sobre *La ciencia de la justicia - Dikelogía*; a Emil Brunner con su libro titulado *La justicia*; y a dos o tres más, entre los que hay que incluir precisamente a Castán Tobeñas con sus disertaciones arriba mencionadas.

1) *La idea de justicia, hoy, crisis?, apogeo?*

Su propósito en esta disertación es "captar la idea de justicia en el actual avatar del pensamiento jurídico mundial; más concretamente, dilucidar si está en apogeo dicha idea o, por el contrario, se manifiesta su decadencia y su crisis" 11. Para captar la situación de la justicia hoy, echa un vistazo a la cultura jurídica tanto teórica como práctica de la Unión Soviética y del mundo occidental —Europa y América—.

El sistema marxista-leninista deja escaso lugar o ninguno a la idea de justicia. En él están subordinadas las leyes morales a las necesidades económicas de la época en que vive cada sociedad. "No reconoce, dice Castán Tobeñas, ningún valor absoluto y hace del derecho un instrumento de la política, disociado de toda idea trascendente" 12. Se ha llevado a cabo en la Rusia soviética la construcción de una ciencia jurídica y de una doctrina general del derecho, fundadas, como advierten sus acuciosos artifices, sobre elementos de contenido y de fin. El contenido es económico y el fin es el exigido por el triunfo definitivo de la revolución proletaria. Para la ciencia jurídica soviética no importa, en el actual momento del desenvolvimiento de la sociedad, que el derecho sea justo o injusto.

Golunskii y Strogovich, dos juristas soviéticos oficiales y officiosos recientes y aún no caídos en desgracia del régimen, afirman que

“el derecho es un conjunto de reglas para la conducta humana, establecidas o afirmadas por el Estado, cuya fuerza coercitiva garantiza su puesta en práctica, con el fin de defender, asegurar y desarrollar las relaciones y acuerdos jurídicos beneficiosos y ventajosos para la clase dominante, es decir, para el proletariado”.

En el pensamiento occidental europeo-americano “los estudios actuales no acusan, en general, un olvido o una subestimación de la idea perdurable de justicia. No obstante, hay que tener presente que el pensamiento jurídico occidental reviste modalidades muy diversas en los países del grupo europeo-occidental e ibero-americano, de una parte, y en los del grupo anglo-sajón (al que pertenecen el mundo británico y los Estados Unidos de Norteamérica), y ello hace que las cuestiones relativas a la noción de la justicia y a su contenido no tengan el mismo enfoque en cada uno de estos dos grandes ámbitos de la cultura occidental” 13.

En los pueblos de habla inglesa, la idea de justicia tiene todavía vida exuberante en el plano práctico (Metodología jurídica, según Castán Tobeñas), pero no ocurre lo mismo en el plano teórico o de la Filosofía del derecho, donde se siente la necesidad de una teoría jurídica y además de interés por la misma. En este último plano, sin embargo, se destaca el profesor Arnold Brecht con su libro titulado “*Teoría política*” en el cual se ocupa de la idea de justicia como valor absoluto, oponiéndose a la interpretación relativista.

Reviste un matiz distinto la idea de justicia en el pensamiento europeo-continental e ibero-americano. En el plano “de la *Metodología jurídica* las direcciones más modernas no vuelven la espalda a la idea secular de la justicia. Muy por el contrario, parecen significar una reacción contra los estragos del *legalismo* y del *positivismo*... En los dominios de la *Filosofía jurídica*, tal como se concibe y se cultiva en el mundo occidental, es indudable que la concepción y la organización del derecho tiene todavía, por fortuna, como uno de sus pilares más esenciales e indiscutibles, la idea de justicia” 14.

A continuación examina las aportaciones francesas, belgas, italianas, alemanas, austriacas, suizas, españolas, e hispanoamericanas, destacando algunas de ellas, así por ejemplo, la del jurista y teólogo suizo Emil Brunner, cuyo libro sobre la justicia en concepto de Recaséns Siches, concepto que acoge Castán Tobeñas, “es el mejor que se ha escrito acerca de este tema”; la del profesor argentino Miguel Herrera Figueroa, la de Juan Lambías de Azevedo, la del mejicano Antonio Gómez Robledo y, por supuesto, la de Werner Goldschmidt, cuya

Ciencia de la justicia “constituye un admirable ensayo, muy original y sistemático, que desarrolla el tema de la justicia con criterios modernos y tecnicismo nuevo, pero manteniendo las esencias del pensamiento filosófico y jurídico tradicional” 15.

Las aportaciones indicadas están muy lejos de someterse a una pauta determinada. Registran desviaciones respecto de la concepción clásica de la justicia. La apariencia verbal esconde profundas divergencias. Hay direcciones que dan a la justicia un sentido puramente formal, tal sería el caso en la actualidad del prestigioso jusfilósofo Luis Recaséns Siches. Hay direcciones que niegan la justicia como ideal absoluto y universal. “Dentro de ellas se mueve, dice Castán Tobeñas, la obra genial y de tan singular empuje de Hans Kelsen... para quien la justicia implica un juicio de valor determinado por *factores emocionales*, que tiene, por ende, carácter subjetivo, válido únicamente para el sujeto que juzga y, por tanto, relativo sólo a él. Únicamente en el sentido de legalidad puede el concepto de justicia entrar en el ámbito de la ciencia jurídica” 16. Hay también direcciones muy modernas que disocian derecho y justicia. Caben aquí las direcciones positivistas, el neo-kantismo formalista de Marburgo con Rodolfo Stammler a la cabeza, el neo-kantismo de la escuela de Baden y las escuelas idealistas.

Del examen anterior concluye Castán Tobeñas, que no está en crisis la idea de justicia. “La mantiene en pie la filosofía jurídica y la percibe y la siente, cada vez con más convicción y ansiedad, la conciencia de los hombres y de los pueblos” 17.

2) *La idea de justicia social.*

Tema muy novedoso y difícil de tratar es éste. Castán Tobeñas desea aportar su “modesta contribución al estudio, tantas veces hecho, pero pocas satisfactoria y definitivamente perfilado, de la significación y naturaleza, el contenido y el valor actual de la idea de justicia social” 18.

La idea de justicia social es el tema, el signo y la obsesión de nuestro tiempo. Se la percibe en el pensamiento y en la vida de todas las sociedades humanas. Los juristas españoles se han ocupado de la justicia social tanto en las obras generales de filosofía del derecho social como en monografías y disertaciones. También el Estado español ha recogido la idea de la justicia social en sus leyes fundamentales referentes al derecho laboral.

¿Qué se entiende o debe entenderse por justicia social? "El sentido más corriente con que, en el siglo XIX, se habló de justicia social fue el de una justicia aplicada a las relaciones y problemas del trabajo, expresiva de la tendencia a reprimir los abusos nacidos de la revolución industrial y del capitalismo. Resumía dicha frase las aspiraciones sociales de la época y se hizo de ella una bandera de los creos revolucionarios y, muy pronto, de la doctrina social católica" 19.

Sobre la justicia social existen diversas concepciones. Son dignas de mención las siguientes: A) Las que rechazan la justicia social como modalidad específica de la justicia; B) Las que incluyen la justicia social en los tipos de la clasificación tradicional de la justicia o la refieren a ellos. Estas concepciones se expresan en teorías diversas; a) Teorías que enlazan la justicia social con la conmutativa, con la distributiva o con ambas; b) Teoría que identifica la justicia social con la justicia general o legal; c) Teoría que considera a la justicia social como un vasto género, comprensivo de la legal y la distributiva; C) Las que atribuyen a la justicia social independencia o sustantividad conceptual, considerándola como especie distinta de las incluidas en la clasificación tradicional o no referida a éstas y que tiene un objeto formal propio. Aquí caben tres teorías: a) La que considera a la justicia social como una especie de justicia ordenada al bien común y que regula las relaciones de los grupos sociales entre sí y de los individuos como miembros suyos; b) La que ve en la justicia social un principio o valor que precide las relaciones jurídicas de integración, y c) Las que explican el objeto de la justicia social a través de los principios de dignidad e igualdad humana que le sirven de fundamento; D) Las concepciones que caracterizan a la justicia social no por su independencia conceptual, sino por la especialidad de su contenido, como lo son: a) La teoría de la justicia social como mera aplicación concreta de la justicia común humana a las relaciones sociales; b) La teoría que caracteriza a la justicia social por su finalidad asistencial; y c) La teoría que caracteriza a la justicia social por su contenido laboral y económico.

Al estudio analítico anterior, formula Castán Tobeñas las conclusiones críticas siguientes: 1ª) La justicia es una, pero a la vez es susceptible en su desarrollo de gran diversidad y, por ende, de no pocas clasificaciones. La unidad no está reñida con la variedad. Que toda justicia, en sentido jurídico, sea social no impide que haya una justicia social por antonomasia. 2ª) No parece acertado el contraponer, como se ha hecho alguna vez, una justicia *jurídica* y una justicia *social*, pues no se concibe hoy una justicia jurídica que no sea so-

cial ni una justicia social que no sea jurídica. Y tampoco cabe enfrentar, como no sea con muchas reservas, la llamada justicia social a la justicia interindividual, toda vez que la primera no deja de ser también justicia individual. Una y otra no pueden concebirse aisladamente... 3ª) La clasificación tradicional, aristotélico-tomista, de la justicia atiende a los términos personales de la relación en la que actúa *lo suyo*, o sea el término *ad quem* o sujeto activo (de quien sea lo suyo) y el término *a quo* o sujeto pasivo (quien lo deba). Por razón del término *ad quem* hay una justicia *general* (que protege el bien de la comunidad) y una justicia *particular* (que procura el bien del individuo). Por razón del término *a quo* hay una justicia que ha de ser prestada por el individuo (justicia *conmutativa*) y otra que es debida por la comunidad (justicia *distributiva*)... 4ª) Aun siendo, en apariencia, tan distintas las concepciones reinantes sobre el significado de la justicia, hay entre ellas, en el fondo, las mayores coincidencias... 5ª) Nos complacen mucho, en el terreno científico, las posiciones que se esfuerzan por demostrar que la justicia social tiene su objeto formal propio y, por ende, una visible especificidad... 6ª) No cabe duda, además, que, aparte de las clasificaciones lógicas de la justicia, basadas en sus aspectos estructurales, puede ser contemplada la justicia desde el ángulo de sus elementos teleológicos y aplicativos" 20.

La justicia social tiene sus principios básicos. Ellos son: El principio tuitivo o proteccionista, que se concebía en los comienzos de la doctrina como la protección o defensa de los trabajadores, especialmente en la esfera industrial y el trabajo llamado dependiente, y, en general, de los elementos débiles (o económicamente fuertes). La política social, la justicia social y el derecho del trabajo nacieron como una exigencia de protección a los trabajadores y en general a las clases menos favorecidas... En la actualidad no puede prescindirse en el derecho del trabajo de este punto de vista proteccionista... Pero, a pesar de todo, hay que reconocer que el principio proteccionista está un poco en baja y tiene cada vez menos relieve en el derecho del trabajo y, sobre todo, en la teoría de la justicia social. En segundo lugar: el principio comunitario o del bien común. El principio de igualdad y el de respeto de la personalidad y dignidad humana.

Finalmente, Castán Tobeñas examina el contenido y la aplicación de la justicia social, la afirmación y la valoración de la justicia social, la justicia social y la caridad social. Los dos últimos valores en vez de excluirse se complementan.

3) La justicia y su contenido a la luz de las concepciones clásicas y modernas.

Leyendo esta última disertación de Castán Tobeñas, salta a la vista la perfecta intelección del tema en lo que se refiere a su esencia, sus diversos aspectos, su proceso a través de la historia del pensamiento occidental, las múltiples interpretaciones y teorías. Salta a la vista también en lo que se refiere a la parte técnica la riqueza bibliográfica de que dispone y sabe hacer uso oportunamente. En poco más de cien páginas escritas en estilo llano y límpido presenta la esencia de la justicia y su trayectoria desde sus orígenes remotos en Pitágoras hasta sus falsas interpretaciones en Hans Kelsen.

El tema de *La justicia y su contenido* desarrolla Castán Tobeñas en seis puntos. I. Introducción. Elementos lógicos y elementos materiales de la idea de justicia. II. La cuestión del contenido de la justicia a la luz de las concepciones tradicionales, de base objetiva, teológica y ética. Correlación establecida entre las ideas de justicia y derecho. III. El contenido de la justicia a la luz de las concepciones modernas que relativizan la idea de justicia y la disocian del clásico derecho natural. IV. Los puntos de vista actuales. V. Consideraciones sobre el problema del *suum* individualizado. La decisión judicial como tarea individualizadora de la justicia que le dota de contenidos concretos. VI. Síntesis final y conclusiones. El plan de esta magistral disertación es sencillo pero omnicompreensivo. Abarca dentro de sus límites todo lo que se ha pensado sobre tema tan grave y tan profundo. "Todo lo que se ha pensado"... reducido a un nítido escorzo.

Los pitagóricos concibieron la justicia como una igualdad. Platón como la armonía entre las partes que componen un todo, Aristóteles creó y fijó la nota de proporción y Santo Tomás de Aquino añadió la idea del orden en la proporción. "La doctrina clásica de la justicia, escribe Castán Tobeñas, cuando menos en su sentido de idea formal, se mantiene así en la mayor parte de los filósofos y escritores del Renacimiento y de los siglos XVI, XVII y XVIII, no menos que en la generalidad de los de nuestra época, aunque sea con ligeras variantes, que centran la noción de justicia en las ideas de igualdad o igualación, de proporcionalidad, de retribución, de armonía, de orden o de equilibrio, concebido este último por algunos como mero equilibrio de intereses y por otros como equilibrio de valores superiores, existiendo también fórmulas mixtas en las que se combinan varias de estas ideas" 21.

Esta noción lógica o formal no basta, por su excesiva generali-

dad, para resolver el problema total y teleológico del derecho, que es el del recto obrar de los hombres en sus relaciones sociales. Es necesario además "examinar el problema del contenido de la justicia en conexión con las grandes concepciones y escuelas filosófico-jurídicas que han ido contemplando y explicando, a través de los siglos y con criterios bastante divergentes, la naturaleza de la justicia en relación con el derecho y, en el fondo, la relación de la justicia en sentido social —tan vinculada al derecho— con los grandes valores de la vida moral, que son cometido de la ética, pero también presupuestos necesarios para el derecho" 22.

En la exposición histórica de las concepciones que han imperado sobre el contenido de la justicia distingue Castán Tobeñas tres fases: La de las concepciones clásicas o tradicionales que dan a la justicia una base objetiva, teológica y ética; la de las concepciones modernas, que relativizan la idea de la justicia y la disocian del clásico derecho natural; y la del momento presente, en el que resurge la consideración ética o axiológica de la justicia.

Estas elevadas y sabias consideraciones sobre la justicia tanto en el orden sistemático como en el histórico, tienen un fin práctico inmediato, a saber: el de señalar el papel que el juez desempeña en su tarea diaria de impartir justicia. El juez es en gran medida creador del derecho y definidor y custodio de la justicia, la misma que, para Castán Tobeñas, no tiene razón de ser sin sus necesarios contenidos concretos.

Para terminar, Castán Tobeñas fija su posición frente al contenido de la justicia, apoyándose en su concepción del mundo y en su fe, y expresando su esperanza de que "el derecho y la justicia, repletos de contenido moral, lleguen algún día, no muy remoto, a imperar en el mundo".

Las disertaciones sobre la justicia que acabo de reseñar constituyen perfectamente una parte de la filosofía del derecho de D. José Castán Tobeñas, parte elaborada de manera conciente y sistemática a base de propia y rica experiencia tanto filosófica como jurídica. Sin compartir la opinión de Hans Kelsen, según la cual la filosofía del derecho debe reducirse a la dilucidación del problema de la justicia, es necesario reconocer con otros autores, como Alois Troller, que la justicia es el objetivo de la filosofía del derecho y debe serlo también de la práctica jurídica. Die Gerechtigkeit ist das Ziel der Rechtsphilosophie und soll auch jenes der Rechtspraxis sein 23.

Manuel Kant, inconmensurable filósofo, dijo alguna vez que si la justicia huyere de la tierra, la vida no valdría la pena de vivirla. Hu-

mildemente pienso lo contrario: Que valdría la pena vivirla para luchar por el advenimiento de la justicia.

BIBLIOGRAFIA

- 1—Carlos Cossio: La plenitud de lorden jurídico, 2ª ed., Losada, Buenos Aires, 1947, p. 275.
- 2—José Castán Tobeñas: La idea de justicia, hoy, crisis?, apogeo?, Madrid, 1964, p. 3.
- 3—José Castán Tobeñas: Teoría de la aplicación e investigación del derecho. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947.
- 4—Luis Recaséns Siches: Nueva filosofía de la interpretación del derecho, F. C. E., México, 1956.
- 5—Edim, p. 24.
- 6—Emilio Serrano Villafañe: La filosofía del derecho y la teoría general del derecho en la actualidad, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo LIII, segunda época, Nos.1-2, Madrid, 1966, p. 28.
- 7—José Castán Tobeñas: Teoría de la aplicación e investigación del derecho, p. 27.
- 8—Idem, págs. 29-30.
- 9—José Castán Tobeñas: Las diversas escuelas jurídicas y el concepto del derecho, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947, págs. 113-116.
- 10—Idem, págs. 117-118.
- 11—José Castán Tobeñas: La idea de la justicia ,hoy... p. 6.
- 12—Idem, p. 7.
- 13—Idem, p. 12.
- 14—Idem, p. 14.
- 15—Idem, p. 27.
- 16—Idem, p. 33.
- 17—Idem, p. 47.
- 18—José Castán Tobeñas: La idea de la justicia social, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo LIII, segunda época, Nº 3, Madrid, 1966, p. 191.
- 19—Idem, p. 198.
- 20—Idem, págs. 221-224.
- 21—José Castán Tobeñas: La justicia y su contenido a la luz de las concepciones clásicas y modernas, Madrid 1967, p. 21.
- 22—Idem, p. 26.
- 23—Alois Troller: Überall gültige Prinzipien der Rechtswissenschaft, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main-Berlin, 1965, S. 14.

EL ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA Y SOCIAL

DR. FABIO RESTREPO ARTEAGA

ANTECEDENTES.

El fracaso de la Teoría del Orden Público Económico-Social dentro del régimen del Estado de Sitio, se evidenció con una nitidez insoslayable cuando, en el año de 1953 la Comisión de Estudios Constitucionales designada por el Gobierno Nacional con el encargo de elaborar un proyecto de Constitución, sugirió la creación de un mecanismo que permitiera al Ejecutivo, en caso de presentarse circunstancias de índole económica que fueran capaces de producir perturbaciones del orden social, hacer frente a dicha situación armado de instrumentos legales de indiscutible juridicidad.

El Gobierno de ese entonces acogió la iniciativa en lo sustancial, y presentó a consideración de la Asamblea Nacional Constituyente el siguiente texto:

“Artículo 122. En caso de grave anormalidad económica, podrá el Presidente de la República ,con la firma de todos los Ministros y previo concepto del Consejo Nacional de Planificación, dictar las providencias que juzgue necesarias para conjurar la situación.

“Los decretos que expida el Presidente en ejercicio de esta

* Capítulo de la tesis de grado del autor intitulada: El Estado de Sitio en Colombia.