CONCEPTO, METODO Y FUENTES

-- de la --

FILOSOFIA DEL DERECHO

-.-

ESTUDIO presentado en las oposiciones de Filosofía del Derecho de las Universidades de Murcia y La Laguna por JOSE MEDINA ECHAVARRIA, en cumplimiento de los artículos 13 y 20 del Reglamento de 25 de Junio de 1931.

I.

Que la Filosofía del Derecho sea una disciplina filosófica, se desprende de su mismo enunciado. En ella, por tanto, la posición espiritual primaria es la del filósofo y no la del jurista. El hecho de ser esta disciplina objeto de enseñanza dentro de la facultad de Derecho, ha originado que se olvidara algunas veces esta verdad palmaria, creyéndose que la Filosofía del Derecho podía contenerse en unas cuantas ideas generales sobre el Derecho. Ahora bien, un conjunto de ideas generales sobre un objeto no es nunca una filosofía. Cualquiera que pueda ser la diversidad de concepciones sobre esta última, al menos coinciden todas en la pretensión con que nacen. La pretensión filosófica es siempre radical, total y sistemática (1). Sea cualquiera el objeto a que se aplique la reflexión filosófica, inserta siempre a éste dentro de un sistema. En este sentido, sobre cualquier objeto puede reflejarse toda la Filosofía.

La Filosofía del Derecho solo puede, por tanto, construirse y enseñarse dentro de un sistema filosófico. Ahora bien, apoyándonos en esta exigencia del docente, vamos a intentar descubrir la situación presente de la filosofía jurídica. La pregunta es ésta: ?dentro de qué sistema va a enseñarse la Filosofía del Derecho?. Esta cuestión, al parecer de índole puramente pedagógica, al no poder ser contestada de un modo inmediato, despierta la sospecha de la singularidad de la situación filosófica contemporánea. Hace algunos años la pregunta en cuestión hubiera sido contestada fá-

cilmente, aludiendo al neokantismo como dirección filosófica preponderante. Esto nos indica que ha habido épocas o momentos que ha dominado una dirección del pensamiento, haciendo posible la entrega confiada a un sistema en cuanto representación del pensar filosófico de esas épocas. En efecto, todos los sistemas se han formulado con idéntica pretensión de validez absoluta, es decir, eterna y universal, pero, además, algunas de ellas han tenido un dominio efectivo sobre las conciencias de los hombres durante un tiempo mayor o menor. En este sentido, una dirección filosófica ha constituído la ortodoxia de una época. La tarea pedagógica en ellas estaba facilitada de un modo extraordinario; aunque no se expusiera el sistema preponderante, seguía éste gravitando sobre el que fuera objeto de desarrollo merced a la continua referencia y contraste de uno a otro.

La primera pregunta equivale, pues, ahora, a ésta: ?cual es el sistema ortodoxo de nuestra época? ?Cuál es en ella la dirección filosófica predominante? En los momentos actuales no resalta ningún sistema sobre los demás; no hay, por decirlo así, ningún sistema oficial. Aquí reside la singularidad de nuestra situación. Sin embargo, esta visión de primer plano indica y cubre al mismo tiempo una realidad más profunda. En efecto, lo que predomina en nuestra época es el problema mismo de la filosofía, el de su derecho a la existencia: la reflexión sobre esa nueva situación descrita. La Filosofía de estos momentos es una Filosofía, pués, de la crisis. El docente y el pensador, leales a su época, están obligados a enfrentarse primariamente con esta situación filosófica singular. La situación de crisis, además, trasciende del mundo filosófico. ?Qué se significa con aquella palabra, hoy de boca en

boca? ?Qué es la Filosofía de la crisis?. La situación de crisis aparece ante el filósofo; bien dentro del desarrollo interno histórico-filosófico de los sistemas, ya dentro de una reflexión directa sobre la situación concreta del hombre y la Sociedad contenporánea; en el primer caso aparece como el problema filosófico del historismo y de la necesidad de su superación; en el segundo, como el problema de una situación histórica que ve vacilante las construcciones espirituales y sociales que dominaron en esta época y que está necesitada de la construcción de un nuevo orden. En realidad ambos son aspectos de un problema único.

El historismo es, simplemente, y ante todo, el producto de una humanidad conocedora de su larga historia. Que tiene tras sí, primero, un extenso pasado y segundo, que lo conoce y tiene en cuenta en todo momento, El hombre de estas épocas, históricamente maduras, añade a sus relaciones con el Universo las relaciones con el mundo histórico, y aún estas últimas adquieren una situación preponderante. En este momento surge la historificación del pensamiento: toda idea e institución se coloca en la perspectiva de lo histórico, tratando de determinar su génesis y su evolución. En consecuencia se disuelven las pretensiones de eternidad en puras diferencias temporales. A Troeltsch (2) se debe la expresión consciente de esta situación que parece ser la típica de nuestra época; a él también la formulación de la necesidad imperiosa de superar sus consecuencias. Para Troeltsch el historismo es una de las concepciones peculiares del mundo moderno que le separan fundamentalmente de la antigüedad y la Edad Media. Ahora bien, toda historificación del pensamiento produce en su primer instante un escepticismo relativista. De ahí la urgencia de su superación pués es,

vitalmente, la disolución de toda sustancia y valor. "La relatividad de toda clase de concepción humana es la última palabra de toda concepción histórica del mundo, todo transcurriendo en proceso, nada permanente". Son palabras de Dilthey en sus últimos años. Esta corriente histórica incontenible, amenaza ahogar toda verdad y toda decisión. A Troeltsch le aguijoneaba, ante todo, el problema ético y religioso: la recuperación de un sistema de valores y la salvación de la sustancia religiosa de la vida humana. Nos importa a nosotros ahora el aspecto teorético. La relatividad es la misma: lo que se disuelve en un sistema de verdades absolutas. ?Como aparecen a este hombre "histórico" los diversos sistemas filosóficos? En último caso como verdades parciales o perspectivas diversas de una cualidad única. El apoyo radical de esas perspectivas puede ser concebido de modo diverso. La Filosofía en esencia se descompone en una tipología de los sistemas filosóficos. La consideración tipológica es como manifestación del Historismo, característica de nuestra época. Para Dilthey (3) esta interpretación o hermenéutica de las posiciones filosóficas era la "Filosofía de la Filosofía", la comprensión por sí misma de la Filosofía, merced a la historicidad del hombre. De él proviene la consideración tipológica: todos los sistemas pueden conducirse a posiciones últimas de conciencia, a relaciones vitales. Según que predomine el intelecto, la voluntad o el sentimiento, se originan los tres tipos fundamentales: el naturalismo, el idealismo de la libertad y el idealismo objetivo. Rothacker (4), prescindiendo de la motivación psíquica, vital, ha desarrollado la tipología de las concepciones del mundo dentro del plano de sus relaciones sistemáticas, estableciendo su conexión con las discusiones metodológicas en las

ciencias del espíritu. Lo que importa es precisar la instancia última en que se apoya cada una de esas concepciones. El idealismo dualista (fórmula más amplia y precisa que la del idealismo de la libertad que es sólo su forma subjetiva), pone siempre su última instancia fuera del mundo sensible, es por eso "la religión de lo absoluto". El naturalismo a la inversa fundamenta en ese mundo sensible su propio punto de vista, y suele aparecer, en consecuencia, en lucha constante contra todo supuesto a priori. El idealismo objetivo significa en su última raiz un intento de conciliación de los dos puntos de vista anteriores: "la seguridad armónica en lo positivo".

Lo importante sobre todo en Rothacker es haber mostrado la dependencia de las cuestiones de principios y métodos en las ciencias del espíritu de los tipos descritos, "el origen de las disputas metodológicas en la contraposición de las concepciones del mundo". De esta manera la verdad de una construcción científica, dentro de las ciencias del espíritu, se apoya y depende de la verdad de una concepción del mundo. No es posible considerar más especialmente la diferencia que esto determina entre las ciencias de la naturaleza y las ciencias del espíritu, pues sólo nos interesa subrayar cómo queda afectada de relatividad la validez de las ciencias del espíritu al hacerlas depender en su construcción y métodos de una determinada concepción del mundo. Con esto hemos llegado a la última consecuencia de la consideración tipológica: a la penetración del historismo en el sistema de las ciencias del espíritu.

Al reconocer, por tanto, al historismo como la situación típida de nuestra época, se reconoce al mismo tiempo la necesidad de

su superación. Es ésta la gran tarea del pensamiento actual. No nos incumbe ahora ni el esbozar el desarrollo de esta cuestión, únicamente cabe desplegar el lema, haciendo resaltar su aparente paradoja: la superación del historismo por la Historia misma. Este es el camino seguido por el propio Rothacker. Pues la historicidad del hombre es el principio fundamental logrado ya por la nueva Filosofía.

Ya dijimos antes que en el historismo aparecía el aspecto técnico de la situación crítica de la Filosofía contemporánea, pero que también de otro modo resaltaba ésta de un modo inmediato y más asequible a los profanos: como manifestación de la crisis total del mundo contemporáneo. La crisis económica ha popularizado la palabra, pero ella no es sino uno de los fenómenos de una realidad más profunda. Desde Nietztsche, su profeta, la crisis lo es de una civilización. Su interpretación es diversa (Burkhardt, Panwitz, marxismo, Berdiaef, Massis, Valery, Heinemann, Jasper, Ortega)(5); sus manifestaciones externas, sin embargo, apuntan siempre a una disolución de las normas y valores del mundo burgués. Se vuelve a plantear el problema de la posibilidad de una cultura totalmente arreligiosa en sus fundamentos; Dios a la vista -se escribe- y se profetizan retornos. Económicamente en su forma más ruidosa, se trata de la quiebra, o al menos, de las vacilaciones o transformación del capitalismo (6). Y sociológicamente se manifiesta con las consecuencias de la independización de la mujer y de la rebeldía juvenil y, sobre todo, de la expansión del régimen de masas (7). Las transformaciones artísticas y literarias son paralelas. Políticamente el fenómeno más externo es la quiebra del Estado de Derecho y el auge de la dictadura. Pero, calificando todo esto de cri-

sis de una civilización, no se sale todavía de la superficie. Vitalmente es la crisis de un tipo de hombre y, en consecuencia, la crisis de una filosofía. Por eso, ante una actitud pesimista puede significar la decadencia de Occidente, pero, ante una posición serena ante el futuro, se trata de encontrar el "tema de nuestro tiempo". No en balde lo que hoy germina como nueva filosofía, ha nacido con la misión de ser el tema de nuestro tiempo y luego de un análisis de nuestra situación vital.

Filosóficamente, pués, se trata de la superación del idealismo (Ortega), o del subjetivismo (Heinemann), característicos del pensamiento moderno desde el Renacimiento. La construcción de esta nueva filosofía, supone la puesta en marcha de nuevas formas de existencia y, en consecuencia, de un posible nuevo período de civilización. Por eso la Filosofía ha de perder temporalmente su forma técnica y esotérica para venir en ayuda del hombre en su situación angustiada. "Tiene que reconocer de nuevo con Platón a la Política, en su amplio y profundo sentido, como uno de sus temas fundamentales: la creación de una comunidad humana; y ciertamente no como la fundamentación de una Polis, sino como la creación de asociaciones orgánicamente articuladas dentro de un organismo mundial." (8). O sea la nueva filosofía tiene que contribuir a resolver el problema sociológico de las relaciones del individuo con la comunidad, uno de los más graves del momento presente, origen del dramatismo de la situación política de nuestros días.

Por necesidad la filosofía jurídica tiene que reflejar idéntica situación. Así el relativismo ha encontrado en la obra de Radbruch una expresión tan clara como literariamente bella, convirtiendo en una tipología de los idearios políticos el problema fi-

nal de toda especialización filosófico-jurídica. Relativismo también la convicción íntima, las más de las veces inexpresa de la construcción kelseniana.

Pero mucho más importante que cualquier manifestación de esta índole que pudiera citarse dentro de la literatura, es el hecho de la vida jurídica de nuestros días. Es la crisis del derecho mismo. Lo que quiebra ante nuestra mirada es el derecho como forma de vida. Las cuestiones metodológicas, de principios en la ciencia del derecho, parecen cosa sin importancia ante una realidad en la que se desmoronan las construcciones jurídicas erigidas por la historia moderna de occidente. Ese desmoronamiento significa en último extremo que la vida ha perdido su forma jurídica. Apenas consolidada desaparece de muchas partes la frágil construcción del Estado de derecho, y la acción directa se extiende como reflejo en la conciencia individual de un apagamiento constante del Derecho ante la fuerza. Ahora bien, la desaparición del derecho como forma de vida ?es sólo fenómeno temporal y síntoma de la decadencia de un sistema? ?O puede el Derecho, como tal, desaparecer?; es decir, ?es posible una vida sin forma jurídica?. De ser un sistema jurídico lo que desaparece, ?qué es lo que queda de su naufragio? Estos problemas sociológicos y filosóficos, son los verdaderamente apremiantes. Son una parte del problema filosófico general de enraizar de nuevo la vida humana. La Filosofía jurídica debería, pues, contestarse en primer lugar, por qué está en crisis el Derecho mismo.

Ahora bien, este esquema de una situación, sólo pretende justificar la afirmada dificultad de contestar satisfactoriamente a la cuestión -importante pedagógicamente-, de cuál sea el siste

ma filosófico-jurídico de los momentos presentes. De paso se han apuntado algunos problemas capitales, más han de quedar incontestados, pues se trata ahora de llegar a un conocimiento más detallado de la actual situación del pensamiento filosófico-jurídico, mediante un análisis de las direcciones de su historia inmediata. Es necesario permanecer dentro del desarrollo mismo de los sistemas, relegando los problemas, esfumados por nuestra vida más próxima. Sin embargo éstos se reflejan en la marcha seguida por el pensamiento abstracto y la historia de éste logra su mejor sentido desde una posición vital.

La situación del pensamiento filosófico-jurídico de nuestros días, sólo se comprende dentro de la más amplia de la filosofía general y ambas desde una perspectiva histórica. Es ésta la posición que va a mantenerse en lo que sigue. En cuanto interpretación exige atenerse a lo que se crée fundamental y determinante. No se trata de una historia exhaustiva, ni aún detallada: ni eponimos ni figuras secundarias, y dentro de los grandes nombres lo que signifique su aportación fundamental.

II.

1). La superación del idealismo es el lema negativo de la nueva filosofía germinante (1), y la historia filosófica de estos últimos decenios, es una historia de la lucha contra aquél, todavía remozado en esfuerzos poderosos. Hasta ahora ha sido Heinemann el que más completamente ha descrito este proceso en su excelente libro "Neue Wege Der Philosophie". Las palabras que completan el título: Espíritu, vida, existencia, dibujan el esquema de ese camino seguido por la historia filosófica más inmediata. Luego de sus grandes momentos en la Ilustración y en el idealismo alemán, todavía la Filosofía del espíritu -como razón subjetiva-, resucita transformada en los últimos decenios del ochocientos, en poderosos intentos de salvación, tanto en el positivismo como en el neokantismo y las direcciones neohegelianas. Pero, al mismo tiempo, los adversarios se empleaban ya en el ataque definitivo. Ante todo, la protesta de la vida en sus aspectos irracionales (Nieztsche, Bergson, Klages, Freud), que no pasa de ser una actitud negativa. La vida carece de forma todavía. El tránsito a una actitud positiva, a una vida que comprenda en sus formas a la razón misma, a una razón vital, es obra de una serie de esfuerzos en distintas direcciones: la nueva comprensión del mundo histórico a través de Dilthey, Troeltsch y Simmel, la Sociología y los resultados mejores de la Psicología y Biología más nuevas. Para Heinemann, la línea (en cierto sentido dentro de un solo movimiento), Brentano, Husserl, Scheler, Heidegger, refleja en sí misma la marcha descrita. La nueva filosofía de la vida como filosofía existencial o metafísica de la razón vital (Ortega), cierra la marcha de la anterior filosofía para abrirse

al futuro como una gran promesa.

Los reparos posibles a la obra de Heinemann y las modificaciones terminológicas quizá necesarias, no habrán de alterar el sentido de las etapas dibujadas por el pensamiento moderno: espíritu, vida, existencia.

Si volvemos ahora a la Filosofía del Derecho nos encontramos con un paralelismo que no es rigurosamente completo y que, además, suele ir retrasado. No es difícil de comprender. La Filosofía del Derecho de Hegel fué la última obra de filosofía jurídica hecha por un filósofo y dentro de un gran sistema (con excepción de Croce y aún Gentile, neohegeliano justamente). Desde entonces, toda la literatura filosófico-jurídica, es obra de cátedra de juristas-filósofos, adheridos a un sistema filosófico. Ahora bien, estos juristas-filósofos, tenían que aceptar, primero, las direcciones filosóficas más favorables para el manejo de su propio objeto, y, segundo, adherirse a ellas lo suficientemente concluídas para permitir una aplicación.

El proceso de la filosofía del derecho contemporánea, conviene pués verlo desde dentro con caracteres propios. Sus etapas reflejan las generales de la Filosofía, pero han de interpretarse desde el derecho mismo como realidad. La Filosofía del Derecho contemporánea es la historia de la última formulación de su objetivismo de la libertad y del orden normativo, y de su inmediata y rápida descomposición (norma, decisión, ordenación, forma de vida).

2). La Filosofía del Derecho en los últimos decenios, es la terminación de una época del pensamiento filosófico-jurídico. La época que comienza con la secularización del Derecho Natural y que quizá acaba con el normativismo y formalismo jurídico, transcripcio

nes abstractas y desvitalizadas del subjetivismo de la libertad. Para comprender el sentido último del pensamiento de esta época, es necesario remontarse históricamente, y apresar lo específicamente moderno frente a lo antiguo y medieval.

La filosofía griega y medieval es fundamentalmente una ciencia del ser. Pero en la determinación de ese ser, se separan y son por eso y, sobre todo, existencialmente, dos concepciones del mundo diferentes (2). Lo que da unidad a una época filosófica es un centro de sentido, el cual se expresa de modo diferente en los diversos sistemas de esa época. Para esa unidad última se ha aceptado la expresión aristotélica de unidad analógica. Y es ésta la que es distinta en las filoscfías antigua y medieval. La unidad analógica del mundo antiguo es el cosmos, la del medieval, Dios.

El mundo era para el griego un Cosmos, un todo ordenado y armonizado. Todas las oposiciones y fuerzas en pugna se resolvían en la armonía última del cosmos. La metáfora heraclitiana del arco y la lira, perdura como el principio mismo de todo el pensamiento helénico: el principio de armonía; y de todas las formas de concebir esta armonía, es la de la proposición geométrica la más típica y de mayor relevancia para las ciencias del espíritu. En este cosmos, concebido como un todo vivo, está el hombre repitiendo en su articulación interna la articulación de aquél: el hombre es un micro-cosmos.

Las consecuencias de esta posición primaria para la metafísica y la lógica, no interesan aquí. Recordemos tan solo que el conocimiento se concibe como un ver o contemplar, y toda la Filosofía, en consecuencia, como la visión o contemplación de un mundo, en sí lleno de esencia y articulación.

El pensamiento práctico dimana de igual postura y ello explica la teoría ética de la virtud y la doctrina jurídico-política. La polis no es otra cosa que un elemento del orden cósmico, y en ella se realiza la justicia, virtud suprema del hombre: justicia que expresa también el principio de armonía y aparece como igualdad geométrica en su forma distributiva. En este sentido, forma auténtica de vida y no principio fundamental. El Derecho natural de los griegos manifiesta también, por tanto, idéntica unidad: socráticos, sofistas y estóicos. Nunca aparece en ninguno de ellos el aspecto subjetivo del derecho; El momento de voluntad y libertad individual en el derecho, no fué conocido por los griegos, para los que la Polis representaba la realización plena de la vida. "El alma griega no necesitaba de una esfera de su vida, situada más allá de toda ordenación social" (3). El derecho era fundamentalmente una ordenación social realizada en la ciudad. Y esta ordenación un reflejo del orden cósmico. "La representación de la conexión del orden social con las fuerzas personales de un mundo superior, fué siempre una parte viva de las convicciones griegas". (4)

El pensamiento medieval sustituye la articulación viva del cosmos griego por el orden divino. Dios es el creador y el monarca del mundo y el hombre su criatura. Por eso, metafísicamente, Dios es el ser absoluto, el primo ente, la actualidad pura, y las criaturas son seres contingentes cuya actualidad provino de Dios. Antes de su creación son posibilidades en la mente divina. Esta visión del mundo desde Dios, da al hombre medieval una imagen de aquél cerrada y coherente: todos los seres tienen su puesto dentro de una escala jerárquica de perfección, en progresivo acercamiento a Dios. Este es, por tanto, el Señor de la Historia y la sociedad.

La penetración de lo espiritual en la sociedad tiene su fuente en la ley eterna (ratio gubernationes rerun in Deo sicut in principe universitatu existens), de que participa la criatura racional mediante la ley natural. En una palabra, el reflejo del orden divino en el mundo jurídico es el Derecho Natural. Por eso, el derecho es también aquí, sobre todo, una ordenación. En este sentido no puede reducirse a un mero conjunto de leyes dependientes del arbitrio humano, pués ya la misma vida social realiza en un mundo tradicional de instituciones una parte de la ley natural. Históricamente se da un momento en que el sistema ideal y la vida social coinciden: el momento en que[a] la ordenación estamental de la sociedad se unió la primacía efectiva y temporal de la Iglesia. Cuando ésta se pierde, pervive todavía por mucho tiempo la estructura estamental, cuya disolución definitiva supone sociológicamente el nacimiento de la Sociedad moderna (5).

No obstante la diversidad de su fundamentación metafísica, la especulación antigua y medieval sobre el derecho, concibe a éste ⟹ de igual manera: como una ordenación de la vida social que en una gran parte encontraba ya el hombre realizada antes e independientemente de él; era el mundo de usos e instituciones positivas y concretas, en los que podía reposar confiadamente,

Si la actitud vital del hombre antiguo y medieval era la de confianza en un mundo independiente de él comprendido como Cosmos u Orden, y del cual, por tanto, se dependía, la posición del hombre moderno va a ser, al contrario, de desconfianza e independización (6). Desde el Renacimiento, el centro de gravedad se desplaza hacia el sujeto. La unidad analógica del mundo moderno es el subjetivismo y como tal sus modos de manifestarse son variadísimos.

La actitud de desconfianza es el punto de partida de la posición filosófica fundamental, y el ímpetu de independencia, realizado poco a poco frente a todos los órdenes, es la fuerza motora de todas las transformaciones prácticas. Una y otro, combinados casi siempre, colorean las manifestaciones culturales de la época. Epoca que, en su sustrato vital, es la creación del hombre burgués (7). Por eso, no es nada casual que el derecho sea una de las manifestaciones más claras de su unidad de estilo.

Sabido es que la tesis fundamental de la filosofía moderna, se formula claramente por Descartes: la conciencia es lo que no es dado primariamente. Desde entonces, las relaciones de la conciencia con el ser, el tránsito del sujeto al objeto, es el problema más importante. La posición de desconfianza y recelo ante el mundo y la tradición, obliga a partir del problema de método. Y como el mundo no es en sí mismo un orden de conexiones y sentido, es el sujeto el que ha de poner en ese caos un nuevo orden. La primacía del intelecto queda proclamada; él es el único acceso al mundo. Las direcciones filosóficas más importantes a partir de aquí, son variaciones sobre el mismo tema.

Cómo ha llegado Descartes, y con él la Filosofía moderna, a la fundamentación metafísica de esta posición del intelecto, es cosa que no nos cuadra examinar aquí con detención. Recordemos únicamente que la concepción de la sustancia como extensión, la emancipación del esquema "cosa-propiedad", característica de la metafísica anterior, ha permitido poner las bases de la concepción mecánica del mundo; concepción que no es otra cosa que el cumplimiento de la tarea de ordenar el mundo desde el intelecto. La anulación del logos objetivo, inmanente en el mundo, exige la recons-

trucción de ese mismo mundo, hecha ahora desde el logos subjetivo. Las características generales, pués, de ese desplazamiento del centro ~~tno~~ de la vida en el sujeto, se distinguen negativamente como independización de toda potencia externa y provinente de fuera y, positivamente, como la autonomía del sujeto en todas sus manifestaciones. Estas en la diversidad de sus formas, aluden en el fondo a idéntica postura, en el terreno de la ciencia, en la estructura social, en la economía etc.

El impulso del pensamiento científico va precisamente unido, de un modo indisoluble, a la posición filosófica ya dibujada en sus líneas generales, ya que esta permitió afirmar claramente la actitud teorética del hombre frente al mundo. En este punto la ciencia -sobre todo como ciencia de la naturaleza- colabora ardorosamente con la Filosofía en la tarea de erigir el orden racional y "verdadero" del mundo. El desarollo de la ciencia se caracteriza por la combinación de dos direcciones paralelas: una la simbolización creciente y otra la preocupación por encontrar el método adecuado como fundamento del desarrollo de cada ciencia. El simbolismo se realiza en las ciencias matemática y en la física de tal modo que convierte a las leyes de la naturaleza en un sistema de signos de carácter hipotético y lógico-deductivo; sistema de signos mediante los cuales interpretar las leyes de la naturaleza y sólo válidos supuesta la verdad de su hipótesis fundamental. Contrariamente, pues, a lo que se ha creído vulgarmente, la ciencia ha progresado merced a una contínua elaboración de principios a priori, solo que el contrapolo de este proceso de carácter abstracto en la construcción científica natural, ha sido el experimento, como medio de constatar la verdad de los sistemas hipoté-

ticos (?). Sistemas hipotéticos y experimentación se han completado mutuamente y es lo que ha permitido, a partir del Renacimiento, el desarrollo triunfal de la ciencia.

Este mismo carácter del pensamiento científico ha exigido la reflexión de la ciencia sobre sí misma, que es en lo que consiste propiamente el problema de los métodos científicos; claro que, en este caso, propiamente era la Filosofía la encargada de encontrar el método de cada ciencia, el conjunto de categorías y de procedimientos que la hacen posible. En este sentido se han completado mútuamente la dirección fundamentalmente gnoseológica de la Filosofía moderna, con las exigencias de la ciencia, haciendo del problema metódico -en sus dos aspectos de teoría general del conocimiento y teoría de la ciencia- el problema fundamental de esa Filosofía moderna.

Idéntico principio es el que se manifiesta también en las modificaciones producidas en la estructura de la realidad social y en la construcción de las ciencias dedicadas a su estudio. La transformación de la estructura social que se realiza en este período, significa la disolución de las formas orgánicas e históricas y su sustitución por formas construídas mediante principios racionales. Es éste el tránsito expuesto por algunos de los sociólogos más importantes del momento actual. Es el tránsito descrito por Tönnies en la oposición de sus categorías: comunidad y sociedad. La estructura social que ahora empieza a dibujarse, para cuajarse más tarde en toda su plenitud, es aquella en que predomina la "voluntad de arbitrio". Esta voluntad, por oposición a la "voluntad esencial" creadora de la forma comunidad, es aquella en que la relación de medio a fin, contenido del acto voluntario, se

obtiene mediante un procedimiento racional. Esta racionalización obliga a separar todas cuantas tendencias puedan oponerse al cumplimiento riguroso del fin. Además, la exigencia de adaptabilidad a ese fin propuesto, produce aquí una cierta indiferencia con relación al medio necesario: no importa cuál sea la naturaleza de éste, siempre que por él se llegue al fin pensado. La estructura social producida por la voluntad de arbitrio es la expresión sociológica de un tipo de relaciones sociales concebidas desde el punto de vista de la relación de negocio. La Sociedad, por esto, es un mecanismo que adquiere su equilibrio merced a una armonía que apoyan los propios interesados en su conservación; es la Sociedad de cambio, a la que hay que suponer en sus sujetos la actitud y la psicología del negociante. Sólo interesan los demás hombres en cuanto éstos, de alguna manera, secunden nuestras propias finalidades. Por eso la relación entre ellos es la de una enemistad potencial.

Estas líneas generales de la estructura Sociedad, según Tönnies (9), coinciden con el tipo de forma social que ahora nace y va a llegar a su plenitud. Como se ve, se trata sólo de constatar un proceso de racionalización en la vida social; y es ésta la descripción que han hecho otros sociólogos con otros medios y categorías. No es otro el sentido de toda la obra de Max Weber (10): mostrar esa misma marcha de la racionalización del mundo encarnada en el nacimiento y transformación del capitalismo. Que se refleja en las mismas formas de dominación, ya que el tipo de dominación racional -es decir, la dominación fundada en la legalidad y de tipo burocrático- es lo que constituye la forma típica de esta época. Parecida es también la descripción de Freyer (11) del trán-

sito de la Sociedad estamental a la Sociedad clasista. Es decir, lo que las transformaciones de la estructura social revelan, es la afirmación de la subjetividad como idea de la libertad, cuyo sujeto o soporte real y sus formas son diversos, pero implican siempre la autodecisión de la razón autónoma y, en su forma más importante, la autolegislación de la conciencia moral en el individuo.

En economía es ésta la fórmula de la escuela liberal clásica: la autonomía del productor, base de la idea de la concurrencia y de la equiparación de los productores en el mercado. La razón construye este mundo económico como sujeto a leyes naturales, productoras al final de una armonía de todos los intereses, concepción fundamental de toda la época y que el mismo Hegel expresa en su Filosofía del Derecho, equiparándola a la Sociedad civil como sistema de las necesidades. La estructura económica real, o sea el capitalismo, muestra a lo largo de su formación y desarrollo, la sujeción a idéntico proceso de racionalización, realizándose en él por primera vez la objetivación del esfuerzo económico y la afirmación, por eso, de la economía como un fin en sí. El término final ha sido la economización de toda la vida humana, una absorción por lo económico de todos los demás factores humanos, como nunca se había conocido. (14)

En las concepciones del Estado y del Derecho, idéntico es también el punto de partida: la afirmación de la autonomía de toda persona humana y sus corolarios de la libertad e igualdad. La revolución francesa, como es sabido, no hizo sino poner en realización los elementos contenidos en aquella perspectiva. Y como teoría luego de su marcha fragmentaria a través de diversos pensadores y, al final, sobre todo, de Rousseau, encuentra en Kant la fórmula filosófica más rigurosa. Los principios de la Metafísica de las

Costumbres de Kant (13), constituyen la manifestación más pura del subjetivismo de la libertad. Lo que en Rousseau, en su teoría de la voluntad general había aún de oscuro y sujeto a posibilidades de interpretación, queda en Kant aclarado definitivamente. El punto de arranque en Kant es la ley moral como exigencia objetiva de la razón en los individuos. Este carácter racional de los hombres no es otra cosa que la expresión de su autonomía moral. Cuando se propone, pués, encontrar la idea del Derecho como principio que haga posible, tanto la construcción del Derecho como de su ciencia, parte de este carácter racional del hombre, que exige ser asegurado por la legislación. La vida en Sociedad es un conjunto de acciones de los individuos, por lo cual, lo que se exige es una regulación de la vida social que garantice la libertad de los individuos frente a las acciones ajenas. De aquí proviene su famosa definición de que el Derecho es "el conjunto de condiciones bajo las cuales la voluntad (Will Kürt) de cada uno puede coexistir con la voluntad de los demás, según una Ley general de libertad" (14). De esta definición y de sus principios, queda deducida, tanto la necesidad de la coacción en el Derecho como la distinción entre éste y la moral, pués el Derecho, como garantía de la libertad general, lleva consigo la necesidad de la coacción para evitar todo impedimento a esta libertad y porque el Derecho, en cuanto regulación de acciones externas, exige atenerse únicamente al cumplimiento externo del deber, sin entrar en los motivos íntimos de la acción. Además, en la idea del Derecho como regulación racional de la convivencia humana, está dado el Derecho a la libertad individual como derecho innato fundamental; y otra consecuencia es la igualdad de todos ante ese mismo Derecho.

El principio de la coacción apuntaba ya a la necesidad del Es-

tado, y, en efecto, el Estado en Kant no es un producto de la voluntad subjetiva, sino una manifestación misma de la Razón; pués si los hombres deben vivir libremente, es decir, con arreglo a la razón, y el Estado es la regulación objetiva de esa vida en común y, por eso, una condición de la vida racional, es el Estado en sí mismo una exigencia de la razón. La unificación de la norma jurídica con las normas estatales se construye aquí, pues, por motivos puramente racionales. El contenido del Estado de Derecho implica, por tanto, el sometimiento del Estado a sus propias normas de razón. La aceptación por Kant del principio de la división de poderes, deducido también de modo racional, reune en él los dos caminos fundamentales, mediante los cuales se construye en Europa el subjetivismo de la libertad. En la colaboración y equilibrio de los tres poderes tiene el Estado su autonomía y su santidad como tal Estado, y su actividad ha de perseguir, no su felicidad propia sino la concordancia de su constitución, como forma histórica, con los principios del Derecho. Este es el sentido del célebre párrafo de Kant que compara a las constituciones históricas con las letras mediante las cuales se traduce el espíritu de la situación constituyente originaria en la Sociedad civil.

La misma actitud vital se manifiesta, tanto en la construcción del Derecho racional como en el principio anglo-francés de la división de poderes, o sea, idéntica posición de suspicacia y recelo. Ambas corrientes, que forman reunidas el contenido del Estado de Derecho fundamental en el siglo XIX, implican la conjugación de la tendencia negativa de independización frente a los poderes exteriores, con el impulso positivo de la autonomía. La metáfora clásica del principio de división de poderes como sistema

de frenos y contrapeso, pone bien a las claras la concepción mecánica y racional subyacente a toda la cultura de la época. Sólo que en Kant (en que nos hemos entretenido por considerarle la expresión filosófica más rigurosa del subjetivismo de la libertad) la posición de recelo y suspicacia estaba ponderada por el pathos de su concepción moral; vitalmente, como ha dicho Ortega, por su activismo wikingo. Y es sólo la pérdida de ese impulso moral, lo que produce al cabo de los años la caída vertical en el normativismo abstracto y desvitalizado.

En rigor, no es la fórmula kantiana la que adquiere cuerpo en la vida histórica en el período de tiempo que venimos considerando, sino más bien las concepciones más concretas del pensamiento anglofrancés. Históricamente, es, sobre todo, la escuela radical inglesa la que tiene, merced a la propaganda de hecho del Gran Imperio inglés, mayor penetración en todo el mundo civilizado. Aquel conjunto de hombres de los que Russell (14) dice con su típico humor inglés, que, si no tuvieron el encanto de los ruiseñores, tuvieron al menos el mérito de lo práctico. Y esto se debe principalmente a que estas doctrinas surgen y se construyen en conexión con el industrialismo y con él se propagan a lo largo de todo el siglo XIX. Claro es que frente a las teorías del subjetivismo de la libertad y, sobre todo, en sus formas más puras, hay una serie de direcciones contrarias y de protestas, especialmente contra el individualismo político que aquélla desgajaba. Pero todas ellas (filósofos de la Restauración, románticos, escuela histórica, Hegel), aparte de algún momento de predominio parcial no logra ninguna un imperio general y menos convertirse en una forma de vida que suplantase definitivamente al subjetivismo de la libertad como forma

de existencia real e histórica (16). En este sentido, penetrándose recíprocamente la ideología y la estructura social, llegamos a los últimos años del siglo XIX, que son el punto de partida de nuestra interpretación de la marcha de la Filosofía del Derecho contemporáneo.

3). Desde que la revolución francesa lo impuso en la realidad, reafirmándolo como fuerza histórica operante, y desde que Kant encuentra su más profundo formulador, el subjetivismo de la libertad constituye la verdadera forma de vida de todo el Occidente; sobre todo, del que los alemanes consideran el Occidente más occidental, que tiene su núcleo en Inglaterra y Francia. En Alemania, como teoría filosófica, sufre una transformación en el movimiento especulativo del idealismo alemán y un rudo ataque con el romanticismo y escuela histórica. También en la práctica, pués la vida política alemana constituye un islote especial dentro del liberalismo y la Democracia, dominantes ya en casi todo el resto de Europa.

El normativismo, al contrario, impera con igual intensidad en toda la Europa del siglo XIX desde que el asentamiento definitivo de los grandes Estados centralizados y burocráticos permite la construcción de una jurisprudencia basada en un sistema de normas estables. Corresponde a todo esto una estructura sociológico-política, mantenido sin conmoción hasta la gran guerra. La vida económica y política se caracteriza por el hecho fundamental del movimiento paralelo ascensional y progresivo que significa la expansión y madurez, tanto del capitalismo como de la Democracia liberal. Por otra parte, como situación histórico-política general,

coincide, a partir de la mitad del siglo, con el sistema del equilibrio europeo, que mantiene una época de paz sin precedente en la Historia. Culturalmente predomina en Europa y se expande por todo el mundo, la construcción político-cultural anglo-francesa, dominada por el sentimiento del individualismo, aunque se dé en uno y otro país con características bien distintas. También en el equilibrio europeo, a pesar del paréntesis bismarckiano, el peso unido de ambas potencias, es el que rige los destinos del mundo. (17)

Bien es verdad que el marxismo, como doctrina y como movimiento proletario, tenía vida desde, aproximadamente, la mitad del siglo, pero necesitaba largos años de infiltración en el mundo de la cultura y de formación de la actividad proletaria, antes de convertirse en una fuerza verdaderamente operante. De igual manera el éxito y la expansión de los principios de la escuela histórica no transformaron profundamente la atmósfera jurídica de este siglo, porque, rápidamente, luego de sus fundadores, se convierte en anticuarismo y se adapta, por ende, fácilmente, a las tendencias de la jurisprudencia dogmática y formalista.

III.

IDEALISMO DUALISTA Y NORMATIVISMO

1). Es ésta la situación histórica y espiritual general al entrar en el momento, punto de partida de nuestra interpretación. Aproximadamente es posible fijar la fecha de 1º70 (1) como aquella que abre el período que consideramos como el de la última formulación filosófica del subjetivismo de la libertad, y, dentro del mundo jurídico, como del predominio del normativismo; época en la cual, luego de llegar uno y otro movimiento a una expresión extrema, comienza a recibir los embates que hoy ya podemos interpretar. Más concretamente, el empirismo y el neokantismo, son las direcciones de pensamientos características de esta época. Bien es verdad que la renovación filosófico-jurídica del neokantismo, nace como reacción frente al empirismo, pero ya veremos cuál es el parentesco que les une.

Desde el punto de vista de una Sociología de la cultura, tanto el empirismo como el neokantismo, aparecen como expresión clara de una época estable y son, más concretamente, manifestaciones de un esfuerzo dirigido a conocer y ordenar el bagaje cultural de una época madura. En efecto, a uno y otro les une la misma preocupación central: la metodológica.

El positivismo era en Comte[2] la auto-conciencia de una época científica. El método positivo es, fundamentalmente, un ver o conocer para prever, o sea, un instrumento para la conquista tenaz e indefinida de la naturaleza, extendido después a todo el mundo de la cultura; de tal manera, que en su conjunto quiso dar los

fundamentos intelectuales para el orden y progreso de la Humanidad. El intelecto había renunciado a sus pretensiones constructivas y pretendía valer puramente como organizador; con este carácter tenía que reorganizar también a la Sociedad, pero antes debía reorganizarse a sí mismo. Este es el sentido del llamado método positivo. Por estas razones, el positivismo es, más que una doctrina, la atmósfera espiritual de toda una época, pues representaba el punto de vista más apto para satisfacer las necesidades de los hombres en aquélla y resolver y coronar sus apetencias científicas. En efecto, este es el momento en que toda Europa abandona las preocupaciones especulativas de la Filosofía, para entregarse a la investigación científica y al desarrollo de la técnica como formas de dominación del hombre.

Exactamente igual ocurría en Alemania en los días del nacimiento del neokantismo. Toda la Nación recogida en la forma poderosa del Imperio, estaba dedicada a la tarea de construir los cimientos económicos del gran Estado naciente, y ello determinó la atención primordial por las ciencias de la Naturaleza y por la técnica.

Esta situación sociológica determinó que la Filosofía, por la pluma de sus profesores filósofos, fuese en primer término la rehabilitación y valoración del espíritu teorético-científico. Si al positivismo le interesaba el método como medio de proseguir el proceso conquistador y triunfal de la ciencia, al neokantismo le interesaba la investigación metodológica como modo de probar el contenido de verdad de esa misma ciencia, lo cual era, en último extremo, justificar el contenido y valor de la cultura. Como este espíritu teorético contenía en sí los principios formales e informantes de la cultura, su rehabilitación le constituía de nuevo en el

el ingrediente fundamental de la vida humana. Ello explica, pués, la recepción del kantismo como punto de partida de una renovación del pensamiento filosófico, ya que, como dice E. Kaufmann (3), el racionalismo apriorista kantiano aparecía como el modo de hacer frente y contener la invasión empirista y de salvar así al mundo espiritual del materialismo y del relativismo. Y porque, además, dada la tendencia antimetafísica del momento y su apego por el cultivo de las distintas ciencias particulares, la única doctrina que permitía dejar a éstas su propio desarrollo sin intromisión filosófica, era el racionalismo kantiano interpretado como una legalidad formal y a priori del mundo real.

En este sentido, en igual situación que las otras ciencias se encontraba la ciencia jurídica y en relación con ella, como con las demás, la Filosofía sólo pretendía encontrar los supuestos formales de su construcción. Así es como se explica la hermandad entre el positivismo y el kantismo, esforzados por poner las bases espirituales de la realidad cultural de su época.

Tanto uno como otro, dentro de la Filosofía del Derecho, recogen y continúan elsubjetivismo de libertad, y es quizá en el neokantismo donde aquél tiene su forma última de expresión. En ellos se acentúa más o menos, según su representante particular, tanto el normativismo como el idealismo dualista. Es más, ambos se penetran en cierta manera íntimamente, pués a mayor pureza del pensamiento normativo, corresponde una separación, cada vez mayor, de la norma y la realidad y se desemboca, por tanto, en la posición filosófica del idealismo dualista, que escinde rigurosamente norma y realidad, ser y deber ser, situación de hecho y precepto jurídico (4).

2). En Filosofía del Derecho, sólo puede tratarse del empirismo jurídico en cuanto quiere o pretende sustituir a esa misma Filosofía jurídica. Es una rama del positivismo nacido y formado dentro de un mundo profesional, pero conviene conocerle con el nombre de empirismo más bien que con el de positivismo, pués no pretende una visión radical del mundo desde un punto de vista naturalista, sino una construcción teórica atenida a los meros datos y sin pasar de ellos; en este caso, el Derecho, como conjunto de normas cristalizadas en Leyes, decretos, etc., y elaborado y sistematizado por las distintas ramas del Derecho. En medio de todo, el empirismo jurídico quiso ser una reacción frente a un momento de total apagamiento filosófico; y sus pretensiones fueron las que, fundamentadas ya con rigor filosófico, forman el programa de todo el neokantismo (4).

Tanto el movimiento de la teoría general del Derecho en Alemania, como su correspondiente, el de la Escuela Analítica (6) de Jurisprudencia de Inglaterra, se propusieron la construcción de un sistema de los conceptos primeros de la ciencia jurídica, que acabase con la anarquía de la producción científica en las ramas particulares. Es interesante recoger la formulación que dió Stuar Mill (7) de esta pretensión, en relación con la Escuela Analítica inglesa: "Los detalles de los diferentes sistemas legales, son distintos, pero no hay ninguna razón para que las clasificaciones y los elementos fundamentales de la ordenación no sean en gran medida los mismos. Los hechos de que la Ley tiene conocimiento, aunque muy lejos de ser idénticos en todas las Sociedades civilizadas, son lo suficientemente análogos para permitir una ordenación de ellos dentro de los mismos cuadros ... Las mismas terminología, nomencla-

tura y principio de ordenación, que permiten constituir un sistema jurídico en su forma definitiva y hacerlo comprensible, pueden servir, con adiciones y variaciones de pequeño detalle, para prestar idéntico servicio a otro sistema".

Ahora bien, los instrumentos de que una y otra escuela pretenden valerse, son los puramente empíricos de la inducción y la clasificación del material dado por la ciencia jurídica (7). El objeto es llegar a obtener con estos instrumentos los conceptos genéricos de la ciencia del Derecho, empezando por el concepto del Derecho mismo; y así, mediante la abstracción de características generales de los conceptos manejados por las ciencias del Derecho, lograr una serie de conceptos válidos para todas ellas y engarzados, por lo tanto, en un sistema unificador. La crítica de este procedimiento ha sido hecha repetidas veces y nos evita exponerla aquí una más. Desde un punto de vista filosófico es siempre una pretensión imposible.

Característico, además, de casi todos los autores de este movimiento -y es por lo que nos interesa subrayarlo aquí-, es su tendencia normativista; típico es que Merkel (8), el expositor más popularizado de la doctrina, parangone al Derecho con el Dios Términus de los romanos. En el párrafo donde tiene lugar esa comparación,resuenan los dos motivos esenciales del subjetivismo de la libertad y del normativismo, pues en él el Derecho se concibe como protector de los límites que cada hombre tiene dentro de su esfera autónoma de poder y libertad. En este sentido, reconocemos como una de las tareas de casi todo el empirismo jurídico, la de la definición del Derecho por reducción a su género último "norma", etc.

Se procura la obtención general del concepto de norma y luego, dentro de ella, por diferenciaciones sucesivas, el concepto de la norma jurídica. Pero, además, es también importante la confusión entre la norma jurídica y la norma estatal, o sea la reducción del Derecho a la norma del Estado, que confirma, como diría Schmitt (10), el sustrato decisionista de la época y el maridaje, también típico, del positivismo jurídico entre el decisionismo y el normativismo.

Pero, aparte de la formulación de una teoría general del Derecho como metodología del mismo, se dan, en la mayor parte de los representantes de la escuela, infiltraciones naturalistas de más profunda significación. Así en Bierling el fundamento de la validez del Derecho se apoya, en definitiva, en el dato psíquico del reconocimiento (10) de los sujetos del Derecho. Y aunque este annerkennug se interprete al final como una máxima de conducta, no deja de ser siempre una forma de psicologismo. La definición del Derecho de Bierling es la siguiente: "todo lo que los hombres que conviven en cualquiera comunidad, reconocen recíprocamente como norma y regla de su convivencia" (11). Si en Bierling hay esta infiltración psicologista, hay en Sombó otra de tipo sociológico. Sombó introduce en la definición del Derecho la necesidad de que las normas lo sean de un poder al que se obedezca de un modo habitual (12). Ese mismo momento es el que le lleva a su teoría de la constitución del Estado por el Derecho. "Con el concepto del Derecho -dice-, está puesto, no sólamente el concepto de la Sociedad, sino también el de una clase especial de Sociedad ... El Estado no es otra cosa que una Sociedad constituida por la obediencia de las normas de un poder jurídico". (14) Con evidente claridad se dan, pués, en Sombó, todos los motivos del normativismo, y su libro sobre la doctrina fundamental

del Derecho, en el que acierta a plantear con exactitud el problema de una metodología general de la ciencia del Derecho, es, sin embargo, una mezcla de teoría general del Derecho y de Sociología jurídica. (15)

Importa, por último, hacer referencia a un elemento que, después, influye en la construcción posterior de la teoría valorativa del Derecho, y que es en esta dirección y en este momento histórico donde, si no nace, tiene al menos su expresión más vigorosa y constante. Nos referimos a la idea de la seguridad jurídica. La seguridad aparece como el valor, como la justicia de la positividad. En una época de estabilidad social y jurídica, tiene que resaltar este valor como el principal y casi constitutivo del Derecho. Y si el principio de seguridad jurídica no sustituye por completo, como pretende Smitt, el principio de justicia, al menos se formula con acentos de preferencia. Por otra parte, es una manifestación concreta de lo que dijimos significaba la justificación de la cultura hecha en esta época: "hacer de la seguridad un valor jurídico, equivale a reconocer el carácter dogmático del Derecho como un fenómeno cultural". (16)

1). El programa que la teoría general del Derecho formuló, es el que emprende y lleva a cabo la dirección neo-kantiana sobre bases estrictamente filosóficas (1). Sin excepción, todos los representantes de esta dirección están movidos, como ya dijimos, por el problema metodológico. La Filosofía del Derecho de los neokantianos no pretende ser otra cosa y sólo es, una metodología de la ciencia jurídica, Lo que la teoría general del Derecho no pudo realizar con sus métodos inductivos y generalizadores, pués toda inducción o generalización no extrae nada nuevo de los materiales sobre los que induce o generaliza, se pretende ahora llevar a cabo con el instrumento de lo a priori, como previo y condicionador de toda la experiencia jurídica. Ahora bien, este a priori jurídico es la afirmación de un absoluto incondicionado y atemporal frente a la materia, a la realidad, que condiciona, constituye y hace posible su conocimiento o valoración. Con él, como en todo idealismo dualista, se da un corte en el todo homogéneo del mundo natural, tal como aparece al pensamiento ingénuo, y quedan escindidos en dos planos distintos el de la idea, del valor, del a priori, en suma, y el de la realidad sensible. Por otra parte, la preocupación estrictamente teorética de esta dirección, implicaba la concepción del a priori como un a priori gnoseológico de carácter puramente formal. Así, pues, ~~el~~ idealismo dualista y formalismo, son las dos notas características de toda la dirección neokantiana. En consecuencia, escindido el Derecho en dos mundos tajantemente separados, y afirmada la primacía del a priori (categoría, valor

idea), sobre la materia fáctica -concebida como informe y sólo ordenable y captable por el factor constitutivo de lo a priori- el problema del neokantismo como el de todo idealismo dualista, es el de la conexión entre esos dos mundos escindidos: el de la explicación de cómo lo incondicionado y absoluto actúa sobre lo fáctico y mudable. Este problema, que es el de la methéxis platónica, constituye el verdadero problema fundamental de todo idealismo dualista y es de difícil solución. Siempre se ha tratado de resolver mediante la creación de conceptos de sentido doble, en los que, subrepticiamente se colaba la materia sensible, realizando así la penetración de dos mundos diferentes: "Cualquiera que sea el sitio por donde los dualistas hayan realizado su corte característico a través de la totalidad del mundo, siempre se presenta, frente a esta escisión separadora de dos aspectos de la vida, idéntica pregunta: ?de qué manera van a reunirse de nuevo?. Dado que no pueden quedar satisfechos desde un punto de vista práctica con una validez vacía, ?de qué manera puede la idea transformarse en fuerza operante sobre la base de un dualisto rigurosamente consecuente? Pues, desde luego, alguna fuerza tiene que tener. Y ?cómo va a ser esto, sin embargo, posible, ya que su pureza consistía, precisamente, en la ruptura de todos los lazos con la realidad?" (2).

En efecto, éste es el problema de todo el neokantismo jurídico. Desde nuestro punto de vista es el problema de la naturaleza, de la realidad del derecho, irreductible, tanto a pura idealidad como a una realidad desnuda, sin valor y sin forma. Indirectamente vemos así planteado ya, desde el neokantismo, la cuestión más importante de la Filosofía jurídica actual: la determinación de la naturaleza del Derecho.

2). De todos los representantes del neokantismo, tan sólo Cohen[3] tiene una significación singular con relación a los demás; esta singularidad se debe a la etapa de la evolución de su pensamiento en que la "Etica de la voluntad pura" aparece; corresponde al momento en que su riguroso idealismo trascendental de la primera época, se transforma en un subjetivismo absoluto. Su reducción, por eso, de la Filosofía del Derecho a la Etica, recuerda la reducción hecha posteriormente por Gentile. Por lo demás, Cohen partía de igual preocupación metodológica, solo que aquí el espíritu, como unidad de todos los métodos hipotéticos, se convierte en un espíritu creador. Paralelo al intento hecho con la Lógica en su relación con la Matemática, es ahora el emprendido con la Etica en su relación con la ciencia del Derecho; con lo cual la Etica, siguiendo aquel paralelismo, se convierte en una Lógica de las ciencias del espíritu. Por eso, son tres los problemas que aquí coinciden: el de la fundamentación lógica de las ciencias del espíritu, el de la Filosofía del Derecho y el de la Etica. Lo que la matemática es para la Lógica pura, es la ciencia del derecho con relación a la Etica. El derecho es el "factum" de la Etica, pués la acción humana que es el material de la trabazón jurídica, es también objeto de la Etica. Ahora bien, la acción humana no es más que la realización de la voluntad; esta voluntad, pues, no en su forma empírica, sino en su forma pura, es el verdadero objeto de la Etica. La concepción creadora y productora del espíritu, se realiza aquí como el desarrollo de la autoconciencia, como la producción, contínuamente renovada, de la moral en sí misma. Por eso, no puede ser esta realización de la voluntad pura obra de los individuos aislados, sino en cuanto miembros de un Estado. Este

proceso contínuo de autocreación -dice Heinemam- se realiza, correspondiendo a la moderna Sociedad democrática, en la autolegislación del Estado, que no es una legislación de él ~~sebls~~ número, sino hacia el ~~sebls~~ número, una creación en la que de esta manera, él mismo se produce" (4). Así ha podido ser considerada esta concepción como un último intento de salvación del mundo burgués y como una apología del sentido de sus capas intelectuales.

Ahora bien, Cohen, partiendo del fáctum de la ciencia jurídica para la construcción de la Etica, aceptaba sin más su carácter científico equivalente al de la Matemática.

Cohen no se había hecho problema ~~de~~ la posibilidad de ese paralelismo. Y ha sido un discípulo precisamente de Cohen -Salomón- (5) el que ha partido precisamente de este problema para formular una original teoría de la ciencia del Derecho. El reconocimiento del aspecto mudable y perecedero de las normas jurídicas, como material de la ciencia del Derecho, que hace, por tanto, dudoso el carácter científico de ésta, lleva a Salomón a la concepción de la ciencia del Derecho, no como una ciencia de normas jurídicas, sino de problemas jurídicos. La tarea de la ciencia jurídica es construir un sistema de los problemas jurídicos; ó como posteriormente ha enunciado, el objeto de la ciencia jurídica es el Derecho posible. Es decir, el conjunto exhaustivo de todas las posibles soluciones que quepa encontrar en vista de los problemas jurídicos. Al lado de la ciencia, el Derecho como técnica, se ocupa de las normas jurídicas en cuanto soluciones efectivas y realizadas.

3). Suele considerarse a Stamler (6) como el verdadero promovedor del neokantismo jurídico como metodología de la ciencia ju-

rídica. En este sentido, obsérvese que Stamler realiza lo que fué según se dijo preocupación esencial de la Filosofía universitaria de la época: la legitimación de la cultura por el reconocimiento del valor de la ciencia. No en balde Stamler comienza su carrera filosófico-jurídica, con el problema de salvar al Derecho de la contingencia histórica, de recuperar el valor autónomo del Derecho frente a la absorción del mismo por la materia social. En efecto, la primera obra de importancia de Stamler es su "Economía y Derecho" que es, a su vez, la primera gran polémica frente al materialismo histórico. En ella están contenidos los gérmenes de su concepción formalista y también el punto de arranque de uno de sus mayores equívocos: la concepción del Derecho como forma de la realidad social, de la economía. Con lo cual esta forma aparece unas veces como forma lógica del conocimiento social y en otras como forma conformadora de esa misma realidad social; o sea, como ha dicho E. Kaufmann (7), hay aquí una confusión de la forma analítica con la norma realmente informadora. Equiparación -añade- "que desnaturaliza tanto al Derecho como a la economía", pués los fenómenos económicos aparecen como puras manifestaciones caóticas, fenómenos de masa que una Sociología auténtica no puede aceptar como existentes. La realidad social, en efecto, como demuestra la moderna Sociología, tiene una propia estructura en cada uno de sus fenómenos, coincida ésta o no con su conformación o formulación jurídica.

Este concepto de forma, como forma lógica, es el que traslada a la metodología del Derecho, haciéndole elemento fundamental de su teoría del conocimiento jurídico. El problema de la ciencia del Derecho es encontrar los elementos lógico-formales que hacen posible, tanto el conocimiento del Derecho, como su constitución como

tal objeto del conocimiento, o sea en realizar respecto al Derecho lo que Kant había hecho respecto al conocimiento en general. Kant había distinguido en el conocimiento de los objetos, dos elementos: la forma y la materia. La materia estaba constituída por la multiplicidad de los datos sensibles y la forma por la función ordenadora y unificadora de la relación categorial. En el acto del conocimiento tiene lugar una síntesis de las intuiciones sensibles con las formas a priori de la conciencia: las categorías. En consecuencia, las categorías son las condiciones de la posibilidad del conocimiento y, al mismo tiempo, del objeto de ese mismo conocimiento; o sea, realizan una función constructiva y estructural de los objetos del conocimiento. El problema era ahora encontrar las formas a priori, las categorías de la realidad jurídica. La Filosofía del Derecho ha de ser "el sistema de las formas puras mediante las cuales pensamos jurídicamente" (7).

El procedimiento mediante el cual llega Stamler a la formulación de las categorías jurídicas, parte de una distinción en los modos de ordenación de los contenidos de la conciencia, según se haga esa ordenación merced a las categorías de causalidad o de finalidad. La categoría de finalidad, como forma de ordenación de los contenidos de la conciencia en relación de medio a fin, es la categoría constitutiva de las ciencias teleológicas, a la que pertenece la ciencia jurídica. Ahora bien ya en este punto de partida es en donde han visto todos los críticos el origen de la equivocidad de los conceptos y categorías stamlerianos, pues es, como ha expuesto Mark (9), una "mezcla infeliz de motivos teorético-científicos y ético-prácticos". La distinción de los contenidos de la conciencia entre percepción y contenidos de voluntad, es en sí misma, pro-

blemática. Todos los contenidos de conciencia están ante ella, en el conocimiento, con igual carácter, y la determinación de algunos como contenidos de voluntad, implica ya una previa distinción, merced a conceptos de una ciencia determinada cual es la Psicología. Igualmente el concepto de finalidad, implica en sí una relación con un sujeto, que hace que el concepto de fin tenga su propio campo fuera del puro conocimiento teorético. Dicho en otra forma: no se planteó Stamler el problema de la posibilidad de aplicar el método crítico, concebido para el conocimiento de la naturaleza, al material de la ciencia jurídica que se presenta ya previamente conformado. Por eso, su concepto del querer como forma de ordenación de la conciencia, y una de cuyas particularizaciones es el Derecho, es equívoco, por aludir también a procesos reales de voluntad, presentándose, en consecuencia, unas veces como una determinada actividad dirigida a un fin, y conservando otras el carácter pretendido de ser un puro procedimiento lógico, un principio de conocimiento. Precisamente a esta confusión se debe, como ha sido generalmente reconocido, la aparente perfección de su definición del Derecho como un querer vinculante, soberano e invariable.

Es aquí, precisamente, en la determinación de los elementos integrantes del concepto del Derecho como categoría jurídica fundamental, donde, por primera vez, se introduce ese concepto de doble significación que dijimos antes venía a resolver el difícil problema de la methéxis en todo idealismo dualista: el concepto de la regulación social, que en él, concebido como principio lógico de ordenación penetra inevitablemente un elemento material, la representación de una actividad real dirigida a la realización de determinados fines, pués una regulación social sólo es concebible en rela-

ción a procesos reales de voluntad y, por tanto, como regla de conducta y no como simple ordenación de conocimiento (11). Por eso ha sostenido Binder (10) que las supuestas categorías stamlerianas eran simples conceptos empíricos generales. Y por idéntica razón -sostiene E, Kaufmann-(12), pudo aplicar inmediatamente a la vida los "principios del derecho justo" derivados del concepto del derecho. Bajo "categorías auténticas" no pueden efectuar subsunciones, como es posible hacerlo bajo conceptos generales de carácter empírico.

La penetración de ser y deber ser en el punto de arranque de todo el sistema, en el concepto de la ciencia de fines, ha originado además la imprecisión stamleriana respecto a la distinción entre Derecho y ciencia del Derecho (13).

Idéntica problemática se encuentra en el segundo punto esencial de la teoría de Stamler, la Idea del Derecho justo, concebida, también, como una forma lógica de ordenación, en paralelismo con la razón intuitiva en Kant. Pués, aparte de que este paralelismo, como ha sido diversas veces demostrado, no es exacto, ya que la razón intuitiva en Kant no tiene nunca el carácter de un ideal del conocimiento, se traslada la idea del Derecho justo, a un mundo de tan radical separación con respecto a la realidad, que aquí también han sido necesarios conceptos intermedios que hagan posible la conciliación de los elementos escindidos. En este punto han sido los conceptos de "comunidad particular" y de "justo medio para el justo fin", los que, conteniendo una doble significación, pretenden realizar la reincorporación de la idea a la realidad, "la Sondergemeinschatf"es tanto un instrumento técnico de carácter mental, como otras veces la realidad de los "círculos concéntricos", en que

es necesario imaginar inserto al hombre, y que constituyen su mundo social e histórico. Por último la trabazón de elementos éticos y puramente teoréticos, característica del pensamiento stamleriano, es la que en su concepto del ideal social, hace predominar, contra su voluntad, el elemento ético frente al lógico y teorético. El ideal social de una comunidad de hombres librevolentes, es una formulación logificada del subjetivismo de la libertad. Solo que aquí, como en todo el pensamiento de Stamler, desaparecido el elemento metafísico de la cosa en sí, tiene que aparecer en un mundo abstracto y sin conexión con la realidad del hombre como ser moral y social.

4). Todo lo que quedaba de restos de una concepción metafísica y moral inexpresa en el pensamiento satamleriano, desaparece por completo en la figura del segundo gran representante del neokantismo jurídico. Kelsen (14) representa, en efecto, la síntesis más acabada del idealismo dualista y del normativismo. En él alcanza pleno logro el proceso de transformación de los sustancial en funcional, según la terminología de Mark (15). Y es que en Kelsen, la "racio", que era en Stamler todavía la Razón -que apunta siempre a una fundamentación suprasensible, y está penetrada por rasgos éticos- se convierte en puro intelecto constructivo, pués es característico de la razón como intelecto, el llevar a cabo la construcción de teorías exactas, una vez puestas las premisas de su punto de partida; este intelecto aparece entonces desprovisto ya de toda raiz metafísica y de toda coloración ética.

La escisión que efectúa el idealismo dualista en la totalidad del mundo, se manifiesta en Kelsen, en el punto de partida de

su construcción. El dualismo toma aquí la forma de una escisión radical entre el ser y el deber ser; ser y deber ser son dos posiciones últimas y generales que fundamentan la existencia de dos mundos de objetos totalmente separados: el de la realidad y el de las normas. Entre ellos no cabe imaginar ningún lazo de unión. El error inicial de Kelsen está en interpretar una oposición irreductible de carácter lógico, como factor constitutivo de la realidad. Es decir, transmutar la oposición lógica en oposición metafísica. Precisamente el problema filosófico fundamental es el de la conexión de hecho existente entre ambos mundos, la necesidad de fundamentar metafísicamente la penetración del deber ser en el ser, de la idea en la realidad o viceversa. Problema que en Filosofía del Derecho es el de la naturaleza del Derecho como realidad vital, en la que se penetran el mundo de la idea y el de la efectividad real.

Ello es que esta separación radical en Kelsen es la que le permite formular su pretendida teoría pura del Derecho. Teoría que elimina rigurosamente del Derecho -como pertenecientes al mundo del deber ser- todos los elementos fácticos que provengan, ya de la psicología del hombre, ya de la realidad social, bien de los elementos finalistas implícitos en la conducta humana. Este punto de partida que es en sí mismo, como hemos apuntado, totalmente problemático, desarrollado con una secuencia extraordinaria, es lo que dá a la teoría kelseniana su profunda sugestión prestándole sus aparentes éxitos.

Metodológicamente, pues, el problema es eliminar de la teoría jurídica todo elemento explicativo para aceptar sólo el elemento normológico de su mundo propio. El combate, por tanto, tiene que comenzar con el elemento, siempre constante en toda construcción

jurídica, el concepto de voluntad. La reducción de la voluntad a un elemento normológico-la imputación normativa- es el fundamento de todas las reducciones de este tipo hechas por Kelsen: la voluntad estatal, la personalidad jurídica en general y la personalidad del Estado, el Derecho subjetivo, etc. Ahora bien, el aparente triunfo de Kelsen frente al Psicologismo y a la Sociología en la construcción jurídica, se debió a un concepto de una y otra que no correspondía ya al Estado científico de los mismos. Kelsen no concibe a la Psicología sino como una ciencia natural explicativa de los fenómenos de conciencia y a la Sociología, a su vez, como una ciencia -reducible en último extremo a la Psicología- que explica el hecho social como fenómeno de agregación de las psiques individuales. Recuérdese su crítica de las teorías sociológicas de la "acción recíproca" o del "paralelismo en los procesos psicológicos" como productores de lo social. Pero ni una ni otra ciencia estaban en ese momento y en los años que siguen, en la situación descrita. La transformación de la Psicología ha seguido diversos caminos; pero todos los nuevos descubrimientos (la teoría de las estructuras, el behaviorismo, la psicología entendida en la dirección de las ciencias del espíritu, la caracterología, etc.), han conseguido la total eliminación del viejo concepto de la Psicología como ciencia natural dedicada a estudiar los procesos mecánicos de la conciencia(16).

Las transformaciones de la Sociología han sido paralelas y no menos importantes. También sus mejores resultados coinciden en la superación de la concepción de lo colectivo como proceso mecánico de agregación y de la construcción de las relaciones de lo individual y lo colectivo -que es en el fondo, el problema de que aquí se trata- en forma de hacer resaltar y valorar la participación de

ambos elementos. Precisamente en las formas más nuevas de la Sociología, se plantea, desde un punto de vista sociológico que trasciende, sin embargo, de la Sociología el problema que Kelsen escamotea desde su punto de partida: el de la conexión de los fenómenos reales con el mundo del espíritu (17).

Veamos ahora de que manera tiene lugar lo que antes se indicó respecto a la exaltación del Normativismo. Esta exaltación tiene su precipitado en la construcción del mundo jurídico como orden normativo cerrado y unitario, equivalente al concepto mismo del Estado; o, dicho de otra manera, tiene lugar en la famosa identidad de Estado y Derecho, que no significa a la postre sino la reducción de todo el Derecho al Derecho estatal: ~~la~~ reducción que fué patrimonio de todo el empirismo jurídico, y que no hace sino recibir ahora una formulación de carácter lógico, de secuencia sin par. La diferencia que supone esta transformación lógica, radica en que el Derecho no aparece como un sistema de imperativos, sino como un sistema de juicios formulados por la ciencia jurídica. Y aquí, precisamente, es donde tiene la unión del punto de partida kelseriano -la separación esencial entre el ser y el deber ser- con otro motivo neokantiano, el de que la ciencia jurídica construye su objeto de igual manera que la ciencia natural construye el suyo. Kelsen, lo mismo que Stamler antes, no hace cuestión de la posibilidad de ese traslado del planteamiento kantiano, al objeto de la ciencia del Derecho. Eran en Kant los datos sensibles, con que la mente había de operar, un amontonamiento caótico y sin forma. En cambio, los datos de la ciencia jurídica, reconocidos por Kelsen (leyes, decretos, fallos, etc.), son materiales que en sí mismos tienen ya ordenación y sentido. El hecho es que este es el supuesto metodoló-

gico fundamental de su teoría pura del Derecho. Esta ha de conocer, principalmente, por tanto, la forma del precepto jurídico.

Lo importante ahora, es que, para la construcción de la unidad del orden jurídico como producto de la ciencia, tiene que introducir un concepto que, como se ha dicho repetidamente, tiene aquí el sentido de la apercepción trascendental en Kant y que es, sin embargo, por donde falla su pretendida pureza metódica.

Kelsen había aceptado con igual finalidad la concepción escalonada del orden jurídico, construída por su discípulo Merkl. -Dicho sea de pasada que esta concepción tiene que ser un elemento extraño en la construcción de Kelsen, pues por una parte apunta a una derivación de hecho (tal era en Bülow) y por otra a una transformación de la lógica: una lógica de sentido hegeliano, de concretizaciones sucesivas, en vez de las subsunciones de la lógica tradicional (12).-

Pues bien, esta construcción escalonada, que permite resolver el problema de la validez del Derecho, como distinto del de su positividad, tiene que apoyarse para ello en el concepto instrumental que antes se indicó y que tiene la significación de una hipótesis: la hipótesis de la norma fundamental que, otorgando la validez a la constitución en el sentido jurídico-positivo, es el punto de partida de la validez de todo el orden jurídico.

Nos encontramos aquí, como dice ~~Merkl~~ Marck, en los límites del logicismo jurídico; más aú n, en su punto de su quiebra, pués faltándole a Kelsen una fundamentación metafísica, reconoce sólo a esta norma fundamental el valor de una hipótesis que queda, por tanto, completamente en el vacío. Es decir, no puede dar a esta norma fundamental el carácter de un concepto que sirva de mediador, en el

problema de la methéxis, porque carece de todo sustrato metafísico. En este sentido, se ve forzado a reconocer una antinomia, es decir, un dato inexplicable e irreducible a unidad. Porque en efecto que esta hipótesis de la constitución, en su sentido lógico formal, ha de tener algún contenido determinado, y este contenido no es otro que el de las relaciones de poder de una situación real constituyente; es decir, la infiltración en la hipótesis lógica de la norma fundamental de la estructura sociológica del Estado, que había sido eliminada en el punto de partida. La aceptación del principio de Mach del economismo gnoseológico convertido en un economismo del valor -debe aceptarse como norma fundamental aquélla que fundamente el mayor número posible de fenómenos jurídicos, integrados en unidad en el sistema de la ciencia jurídica- es inaceptable porque exige en su propia base la posibilidad de una elección, que, en este caso, sería la elección de la situación de hecho a que plegar la norma fundamental; pero es precisamente esta elección la que es totalmente imposible en el mundo histórico y real, o sea, en el mundo de hecho de las relaciones de poder y de las situaciones sociológicas (19). Por eso E. Kaufmann subrayó precisamente en este punto la necesidad en que se veía Kelsen de capitular totalmente ante el empirismo. Kelsen ha reconocido esta problemática inserta en su postulado fundamental y no ha podido hacer otra cosa que declarar que se trata aquí de una antinomia o, en todo caso, de un postulado mediante el cual reconciliar otra vez el mundo escindido entre el ser y el deber ser. Ahora bien, ni postulados ni antinomias pueden aceptarse en el punto más grave de toda la teoría jurídica, en el punto en que se trata de la validez del Derecho como forma real de nuestra existencia. Por eso, ante el verdadero problema que va

persiguiendo la Filosofía jurídica actual, de determinar la naturaleza, el ser del Derecho, Kelsen no puede sino afirmar la naturaleza ideal del Derecho como un mundo de significaciones. Ya veremos que es esta determinación de ser del Derecho como ser ideal, la que ha de constituir más tarde, aunque no se desarrolle con plenitud, el problema central de la fenomenología jurídica.

La transformación de la razón en intelecto en Kelsen, la pérdida del pathos ético que todavía se infiltraba en las mallas del formalismo stamleriano, hacen que Kelsen ya no pueda formular con el mismo vigor que en su época dorada, el subjetivismo de la libertad. La construcción del normativismo kelseriano en su voluntad política, es una defensa del Estado de Derecho y de la Democracia; pero el liberalismo y la Democracia ya no son la afirmación del valor profundo de la personalidad, sino instrumentos de convivencia en una época en crisis de su intimidad profunda. La Democracia en él es puramente la expresión del relativismo contemporáneo (19).

Las consecuencias extremas a que tenía que llevar el logicismo jurídico, han sido deducidas con absoluto rigor por su discípulo Sander (20). Sander protestó contra el dualismo kelseniano que eliminaba de la forma jurídica todo contenido, y contra la concepción de la ciencia del Derecho como creadora o productora de su propio objeto. El medio de superar esta logificación en Kelsen es para Sander una acentuación de ese logicismo: en forma paradójica; la superación logicista del logicismo de Kelsen. En este sentido tenía que apoyarse en el subjetivismo absoluto de los marburgianos para acabar, en sucesivas transformaciones de su pensamiento, recogiendo motivos de la fenomenología. De tal manera, que toda la obra de Sander, a pesar de su dificultad y carácter abstruso, es para-

digmática de todo un proceso filosófico general. En su primer instante, la tesis de Sander ha consistido en trasladar la concepción trascendental de la ciencia jurídica al Derecho mismo. Es al Derecho y no a la ciencia jurídica a quien corresponde la esfera del conocimiento jurídico. Los juicios sintéticos, mediante los cuales conocer y construye el objeto jurídico, pertenecen al Derecho y no a la ciencia jurídica. El derecho constituye en este sentido, por sí solo, la experiencia jurídica y, al lado de ella, a la ciencia del Derecho sólo le corresponde ser una teoría de la experiencia jurídica. La ciencia del Derecho no construye, como en Kelsen, por sí misma, sus juicios sintéticos a priori, sus conceptos jurídicos, sino que tiene sólo por tarea la comprensión, y la ordenación, por tanto, de los juicios producidos por el Derecho mismo. Con lo cual, con la teoría de la experiencia jurídica, acaba la concepción del Derecho como un sistema de normas. Si consideramos, por último, la transformación, en sus últimas obras, de los juicios sintéticos en juicios existenciales y su aceptación de la teoría fenomenológica de los actos intencionales, aplicada a los órganos del Derecho, encontramos aquí indicada, a través de un camino realmente penoso, posibilidades que únicamente pueden madurar y lograrse luego de una superación del idealismo; o sea que, lo que aquí se apunta, sólo tiene sentido dentro del plano más profundo del humanismo trascendental.

5). Los problemas que las direcciones neokantianas hasta aquí examinadas no pudieron resolver, no lo han sido tampoco por la modificación del neokantismo que supone la escuela sudoccidental (22) alemana. Se debe a que, como aquéllas, persiste en el plano de la

teoría del conocimiento, en el formalismo y en el reconocimiento de la naturaleza como el único mundo real. El propósito de encontrar la metodología de las ciencias de la cultura, fué lo que guió a sus fundadores y, por eso, en Rickert el reconocimiento de un mundo de valores, no ha significado otra cosa que la interpretación de éstos como categorías necesarias para la construcción de las ciencias de la cultura. Todos los fenómenos de la cultura sólo se captan por referencia a un determinado valor; esta referencia es la que constituye en sí el mundo cultural como posición intermedia entre la realidad sujeta a las leyes de la naturaleza y el mundo absoluto de los valores. Sabido es que las dificultades de Rickert han surgido en el momento de aplicar su teoría a la interpretación histórica; en cierta manera ha dado a los valores un contenido que los ha historificado (23).

En la Filoscfía del Derecho, la aplicación primera de los principios obtenidos en la dirección delineada, fué el objeto de un pequeño escrito de Lask,[24] que es, sin embargo, de verdadera importancia para la Filosofía jurídica contemporánea. El mérito de Lask ha consistido en plantear, con toda claridad, los modos posibles de consideración del Derecho; la distinción neta entre la Filosofía del Derecho,-consideración valorativa del mismo- -de la ciencia jurídica- -destinada a operar con los contenidos de sentido, es decir, con el mundo de significaciones originadas en el Derecho positivo-y el estudio del Derecho como factor social. Sin embargo, Lask no pudo desarrollar las acertadas perspectivas por él descubiertas, a causa de la teoría filosófica que tomaba como punto de apoyo, pués el problema que tenía que haber resuelto era el de la coordinación de los distintos modos de considerar el Derecho,

por él perfectamente enunciados. El problema era encontrar la fundamentación filosófica capaz de unir unos a otros esos distintos aspectos de la consideración jurídica. En una palabra, Lask tenía que haber resuelto el problema de en dónde residía, propiamente, el Ser del Derecho y de qué naturaleza era este ser (25). Esto nos lleva a la consideración de la escuela fenomenológica del Derecho, cuyo encaje dentro de este capítulo es, en sí mismo problemático.

6). Lo que los fenomenólogos del Derecho han realizado, no corresponde a lo que la fenomenología significa dentro de la Filosofía general. Constituye, en efecto, la fenomenología, el movimiento filosófico más importante en el tránsito del siglo XIX al XX. Lo que a ella se debe puede juzgarse, sólo por lo que significan los nombres de su fundador Husserl y los de Scheler y Heidegger, que representan una posición especial dentro de la misma.

La fenomenología es un sistema, lo suficientemente complejo, para no permitir dar de él aquí una idea completa. Nos importa sólo destacar los aspectos fundamentales de la obra de Husserl, por ser, al menos dos de ellos, los puntos por donde la fenomenología ha tenido mayor aplicación.

La fenomenología es, ante todo, un viraje en la Filosofía de la época como reacción contra el positivismo. En este sentido, su aportación más importante consiste en haber descubierto un mundo de objetos inasequibles a la postura positivista; un mundo de nuevos objetos que nos son dados aunque no sean fenómenos físicos y psíquicos, únicos que solicitaban la atención, tanto del hombre ingénuo como del filósofo positivista. Este es el mundo de los objetos ideales; los cuales, sin presentarse en el espacio ni estar suje-

a proceso temporal, tienen, sin embargo, una consistencia objetica, una realidad suya, de tipo distinto que la realidad natural, pero tan existente como ella.

El descubrimiento lo hizo Husserl (26), especialmente referido al dominio de la lógica, dándole, por tanto, un objeto independiente y propio. Los conceptos, los juicios, las conclusiones, etc. pertenecen a esa esfera de objetos ideales, independientes de los procesos psicológicos en que pueden ser pensados. Con ello, no solo descubría el objeto de la lógica, sino que abría la perspectiva de un mundo más amplio de objetos de idéntica naturaleza. En segundo lugar la fenomenología es un método. De tal manera que al principio este es el aspecto de ella más conocido y aprovechado. El primer momento de este método es el de la reducción eidética mediante la cual la intuición empírica se eleva a la "intuición esencial". La reducción consiste en un aislamiento del objeto estudiado, como contenido de la conciencia, de toda referencia a su existencia de hecho o al sujeto psicológico. En su terminología: "un poner entre paréntesis al objeto" aceptándolo solo como meramente intencional. Favorecida por esta reducción la intuición llega a captar la esencia del objeto. La esencia de un objeto está constituída por aquel concierto de notas de ese objeto que se implique necesariamente, es decir relacionadas entre sí por fundamentación necesaria. En este sentido, este primer momento del método fenomenológico es un procedimiento para la captación y descripción de esencias. Pero tiene un segundo momento el de la reducción fenomenológica propiamente dicha que es el que dirige al objeto propio de la fenomenología: los actos de la conciencia pura en que se constituyen los objetos por ellos mentados. Este segundo mo-

mento nos lleva al tercer aspecto de la Fenomenología, como una nueva forma del idealismo.

En efecto la Fenomenología trascendental comienza con los resultados de la reducción fenomenológica. Se trata de constituir de nuevo desde la conciencia pura, dicho sea de manera tosca, todo lo que había quedado entre paréntesis. En este sentido la Fenomenología pretende ser la philosophia prima o fundamental.

Se han indicado, aunque bien ligeramente, esos tres aspectos de la fenomenología, porque casi todas las aplicaciones de ella, como veremos, suelen ser independientes del tercero de los citados, el de la Fenomenología como sistema idealista. Tanto que no es difícil encontrar interpretaciones precipitadas, que consideran al realismo como su supuesto gnoseológico (27).

Como dijimos, el mérito fundamental de la fenomenología es el de haber abierto las posibilidades de acceso a un tipo de objetos desapercibidos en los momentos en que predominaba la Filosofía positivista; en haber descubierto el ser ideal. Pero, sin poder entrar en los detalles de la crítica filosófica de la fenomenología en Husserl, es necesario afirmar que ha constituído más que otra cosa un punto de partida para la resolución del problema filosófico fundamental. En efecto, la fenomenología no ha demostrado la existencia del ser ideal: ésta queda como problemática, como cuestión filosófica. La tarea, por eso, originada por sus descubrimientos, es la de la "adjudicación del ser absoluto, ya al ser ideal, ya al ser de la conciencia pura, ya al ser de nuestra vida humana, que es el problema de la Filosofía actual"(28).

La aplicación de la fenomenología, fuera de sus dos grandes transformadores -Scheler y Heidegger- (29), ha consistido, la ma-

yor parte de las veces, en la aceptación del método fenomenológico. Así se ha aplicado a la Religión, a la Sociología, a la Psicología y al Derecho; pero lo que la mayor parte de sus aplicadores han interpretado como tal método fenomenológico, varía extraordinariamente. Para referirnos, por ejemplo, al campo de la Sociología, la que Max Scheler, Litt, Vierkandt, Freyer y otros han entendido como método fenomenológico, varía de tal manera que es imposible llegar a una concepción unitaria de él (28).

En segundo lugar, lo que ha sido objeto también de mayor elaboración, es el momento ontológico contenido en la fenomenología; de tal manera, que lo que en Husserl era una pura investigación de posibilidades, fuera de toda afirmación de conexiones con un mundo suprasensible, de toda posición de existencia, se ha convertido en alguno de sus discípulos, en ontologías de carácter muy distinto.

En el Derecho, la primera aplicación fué la de Reinach (29). Se propuso la construcción de una ontología jurídica, concebida en la dirección de su maestro como una teoría de objetos posibles. En general, la posición de Reinach no ha sido ni entendida ni aceptada, pués no se ha reconocido su esfuerzo por encontrar una zona de legalidades jurídicas puras "que, con pleno sentido, existen, independientes de la naturaleza, independientes del conocimiento humano, independientes de la organización humana y, sobre todo, independientes del desenvolvimiento efectivo del mundo" (30); objetos ideales tan independientes del derecho positivo como del Derecho natural. Empero, la posición de Reinach, quizá sea la más estricta dentro de la escuela, y su fracaso sólo se debe a haber sido una aplicación precipitada. En efecto, el problema que debe plan-

tearse en toda investigación de esencias, debe resolver ante todo, si la esencia objeto de la investigación no es, en realidad, una ficción y, de no serlo, a qué tipo de generalidad pertenece (33). Pero, además, en el supuesto de reconocerse la existencia de ese a priori jurídico, de ese mundo de esencias, el problema fundamental que surge entonces es el de determinar dónde está fundamentalmente el ser absoluto del Derecho, o sea el problema de la naturaleza auténtica del Derecho. Es evidente que la ciencia jurídica trabaja con un mundo de significaciones que tienen en su autonomía el valor de objetos ideales; pero el problema está en si ese mundo no es simplemente una objetivación de una capa más radical y primaria que la jurídica.

F. Schreier y F. Kaufmann (34), en su aplicación de la fenomenología, han tomado arranque de párrafos que no tienen en Hausserl una elaboración posterior, y que aluden a lo que es una pretensión de su pensamiento como lo fué de otros filósofos antes que él: la pretensión de encontrar un método unitario que abrace todos los sistemas de la ciencia. Monismo metódico que fué también apetencia filosófica, tanto de Descartes como de Kant, Hegel y Cohen, y que es característica de todo el racionalismo sistemático de la Filosofía moderna, apoyada en la construcción de la ciencia matemática. Es en Husserl la idea de la Mathésis universalis como teoría de los conceptos y proposiciones esenciales de toda posible teoría científica.

Ahora bien, dentro mismo de la fenomenología, ni F. Kaufmann, ni F. Schreier se plantearon el problema de la posibilidad de la axiomatización para el objeto con que iban a operar. Ya el mismo Husserl había insistido en el carácter asimptótico, es decir,

ideal, de su pretensión, ya que se basaba en la axiomatización característica de las ciencias matemáticas. Sin haberse planteado, ni menos resuelto, este problema, tanto Schreier como F. Haufmann, se aplicaron a desarrollar una teoría pura del Derecho, que se integrara en la teoría lógica general de la Mathésis universalis. Con lo cual pretender dar un fundamento filosófico más riguroso a la construcción kelseniana de la teoría pura del Derecho.

Cómo demostración y ejemplo del aserto anterior, consideremos que el punto de partida de Kaufmann, es una comparación de la ciencia jurídica con la ciencia natural (35). Según él tema de la Física es aprehender el fenómeno observado en su relación con las leyes naturales, es decir, sin interesarse en su totalidad fenomenal. Ahora bien, para la constitución de la ciencia natural, según su objeto, se ofrece una doble posibilidad; puede decirse, o que se dirige a las leyes bajo las cuales están los fenómenos naturales, o bien que se dirige al fenómeno natural en su relación a leyes. Idéntica -insiste-, puede decir que es la teoría del jurista. Al jurista le son dadas una serie de leyes y tiene asimismo ante él ciertos hechos. Por eso, su teoría podría igualmente formularse, o como interpretación de ciertas leyes o como aprehensión de algunos hechos en su relación con las leyes a él dadas. Aparecen ambas, por consiguiente, como ciencias dogmáticas, pués la aplicación de leyes es su tarea esencial. La única diferencia estriba en el mayor dogmatismo aún de la ciencia jurídica, ya que a la física le corresponde, tanto la legislación o formulación como la aplicación de las leyes formuladas; en cambio el jurista carece de toda capacidad formulatoria y opera con las leyes que le son dadas. O sea, F. Kaufmann se ha contentado

con afirmar àquí la equivalencia de las leyes y los hechos de una y otra ciencia, sin hacerse problema de las diferencias de las leyes de una y otra y de las diferencias de los hechos o de los fenómenos de una y otra. Es decir, lo importante era probar, no analogías, sino la inexistencia de diferencias importantes. La falsedad de este punto de partida ha sido demostrada suficientemente por A. Walz (36).

Los resultados obtenidos por Kaufmann y Schreier no diferencian sensiblemente de los conseguidos por su maestro Kelsen sin la ayuda fenomenológica.

No es necesario entrar en los detalles de la derivación; recordemos tan solo, que Kaufmann, después de penosos esfuerzos y de afirmar que han sido adquiridos merced a la forma lógica específica de la norma jurídica, llega a sus cuatro conceptos fundamentales: conducta, persona, hecho y deber ser (37). Los cuales, en verdad, no hay manera de pensar una norma sancionadora de otro tipo cualquiera que no los contenga también. No consiste, pués, el problema, en presentar los conceptos jurídicos como hace Schreier reducidos a fórmulas casi matemáticas, sino en demostrar la posibilidad de esa matematificación o formulación, y ésta es, precisamente, la cuestión que no han resuelto ni podían resolver con respecto al Derecho. (38)

IV.

NATURALISMO.

1). El período de tiempo de que nos venimos ocupando, está en la práctica dominado por el normativismo y una jurisprudencia dogmática que, fundamentalmente, se apoya en la identificación del concepto de ley con el de norma jurídica. Esto por lo que se refiere al mundo profesional jurídico; filosóficamente, todas las formas del neokantismo son manifestaciones de un último esfuerzo por salvar y formular todavía el subjetivismo de la libertad, que ya dijimos constituye la ortodoxia filosófica del mundo moderno. La reacción frente a esta ortodoxia filosófica se produce en ambos campos -en el de la jurisprudencia y en el de la Filosofía del Derecho-, llevada, en primer lugar, de mano de la posición filosófica fundamental, enemiga tradicional del idealismo. Así es que, con excepciones singulares, puede considerarse incluído en la dirección del naturalismo todo lo que en estos años reacciona, de un modo más directo, contra la situación predominante. Tenía que ser así, pués el idealismo y el naturalismo son concepciones últimas del mundo, opuestas de un modo polar. Si la instancia suprema de todo idealismo es un mundo trascendente a la realidad sensible (categorías, valores, ideales, etc.; es decir, formas todas del a priori), el naturalismo, que afirma con no menos radicalidad, el punto de vista del mundo sensible, implica la negación más o menos declarada y la lucha más o menos abierta, preci-

samente contra todo lo a priori. La última instancia de todo naturalismo es pués lo radicalmente opuesto al idealismo: el mundo sensible; y esto lo mismo cuando se nos presenta en la forma objetica del materialismo, que en la forma subjetiva y gnoseológica del sensualismo.

Cualesquiera que sean las formas que adopte el naturalismo, es siempre algo perteneciente a la realidad sensible lo que constituye la suprema instancia de toda valoración. Por eso, de igual modo que en el campo de la teoría del conocimiento supone una lucha constante contra toda forma a priori, es en el campo de la moral un combate tenaz contra todo valor absoluto y, por consiguiente, contra toda ilusión e ideal. Y si con relación a las formas a priori del conocimiento trata de mostrar su origen empírico, con respecto a los ideales y valores del mundo moral se propone la explicación de su existencia. Con lo cual, una vez explicados, pierden su valor absoluto, por resultar mera consecuencia de una determinada relación causal que, concebida como ley natural, es indiferente a toda valoración. El procedimiento es siempre la reducción de la idea, el valor o cualquiera otro concepto análogo, bien a un hecho puramente causal, a un dato del arbitrio subjetivo, mejor de la voluntad del hombre, o a un elemento técnico mediante el cual dominar la realidad. En algunos casos, es simplemente, la ignorancia voluntaria de esa idea, de este valor, etc.

La teoría de base naturalista más frecuente en esta época, es la de la evolución. Es ella una de las manifestaciones más claras de esta anulación de los conceptos del idealismo en el mundo sensible. Categorías y valores son producto del desarrollo lento de la evolución, logrados de un modo puramente natural y mecánico.

El problema de cómo un proceso evolutivo, puramente natural, pueda, sin embargo, producir un estado en el que dominen determinados valores culturales, obliga a la mayor parte de las teorías evolucionistas a admitir determinadas directrices del proceso evolutivo, que quiebran, en algún momento, el desarrollo sistemático y sin contradicciones de las premisas naturalistas.

Por eso, si en la Filosofía del Derecho la renovación del idealismo kantiano escindía el mundo jurídicoen los elementos de la idea (categoría, valor, etc.) y de una realidad amorfa y caótica, que sólo adquiría sentido jurídico merced a la ordenación llevada a cabo por la categoría o el valor, con lo cual, como todo idealismo, afirmaba la primacía del mundo icondicionado y absoluto de la idea, la reacción naturalista consiste, simplemente, en afirmar lo negado, negando lo que era tesis fundamental del idealismo. La introducción del naturalismo en el mundo jurídico, significa la afirmación absoluta del carácter fáctico, de realidad empírica del Derecho, y la negación del a priori jurídico en cualquiera de sus formas. Ahora bien, esta protesta del naturalismo frente al idealismo dualista, es igualmente unilateral.

Este movimiento de reacción no tiene, ni excesiva importancia sistemática dentro de la Filosofía del Derecho, ni virtualidad práctica en el mundo de la profesión jurídica, todo lo más dominada por el empirismo que no se hizo nunca cuestión de los últimos problemas filosóficos. En el mundo de la práctica jurídica esta reacción, sólo entra de una manera subrepticia y velada merced a la protesta que, desde diversos puntos, se produce contra la jurisprudencia tradicional y el imperio de la ley en la construcción y aplicación del Derecho. Las formas de la reacción naturalista,

frente al idealismo dominante, quedan reducidas a la dirección del materialismo histórico y a la corriente sociológica, entendida ésta en un amplio sentido.

2). El materialismo histórico, nacido en años inmediatamente anteriores a la época que consideramos, supuso, simplemente, la inversión de Hegel. En efecto, todo idealismo objetivo, por la absorción que tiene que hacer del mayor número posible de elementos de la realidad, para que de tal manera la idea y la realidad estén siempre en la relación de identidad premisa del sistema, está siempre expuesto a transformarse en naturalismo, tan pronto como se acentúe el elemento real frente al ideal. Marx no tuvo más -según su expresión- que poner en pie la construcción hegeliana. La dialéctica hegeliana hacía de las categorías lógico-abstractas los sujetos del mundo espiritual e histórico, frente a las cuales los hombres, en su actuación, no eran sino su predicado. El materialismo histórico se propuso demostrar que la posición inversa era la "propiamente" exacta. Los hombres reales son los sujetos de la vida espiritual y no a la inversa; por consiguiente, es la historia real la productora del mundo espiritual y de sus formas. La inversión era, pués, de carácter antropológico e histórico y no habían más que trasladar el instrumento formidable de la dialéctica, del mundo del espíritu al mundo de la realidad, para poner en marcha el materialismo dialéctico, como llevado a cabo por el proceso mismo de la historia.

El materialismo histórico es un método de interpretación de la historia, originado por el análisis de las condiciones reales de un momento económico; por eso es lo económico lo que tiene la

atención primordial de sus fundadores, y el Derecho y otras formas de la cultura, reciben sólo una atención secundaria; quedan todas encerradas en la teoría de las ideologías.

Los expósitores posteriores del marxismo, recogen diferentes trozos sueltos y dispersos de Marx y Engels, para poder ordenar una teoría sobre el derecho. Conocido es que los puntos fundamentales esbozados por estos fundadores, están en la distinción de la regulación social de la estatal, en la afirmación del Estado como una institución de la Sociedad y en la consideración del Derecho en relación con la economía como su más inmediata y directa superestructura. El Derecho queda reducido a ser la forma de las relaciones de producción (1).

Los años inmediatos, de propaganda y elaboración de la doctrina, están también, casi en su totalidad, dedicados a la teoría económica y al método de la acción política. Las polémicas del revisionismo, por ejemplo, apenas interesan a nuestra materia. Por eso, una teoría marxista del Derecho, sólo se ha tenido como tarea autónoma cuando ya la concepción marxista se desarrollaba, prácticamente, en una parte de la tierra; es decir, hasta los teóricos bolcheviques. Pués la obra europea más importante de la época, que es la de Renner (2), no trata de desarrollar una teoría jurídica como tal. Renner se propuso estudiar las modificaciones que la estructura jurídica producía en el mundo social y económico, y su obra, por otra parte muy importante, se reduce a ser un análisis del desarrollo del capitalismo, dentro de una forma jurídica que ya no le corresponde.

Renner supone invariable -lo cual no es del todo cierto- la forma jurídica creada en los albores del capitalismo moderno,

obra, sobre todo, de la revolución francesa. Los conceptos jurídicos de este momento correspondían plenamente a la época de transición en que, descompuesta la economía feudal, germinaba el capitalismo. Con los años transcurridos, nos encontramos con una forma jurídica que no corresponde ya a la realidad que no se adapta a las transformaciones del capitalismo operadas en sus momentos de madurez. Renner analiza las instituciones más importantes del Derecho privado a la luz de los principios expuestos. Es, por tanto, una aplicación en detalle de los principios marxistas. Por eso dijimos antes que hasta los teóricos rusos de la teoría general del Derecho, no existe una consideración autónoma de los principios fundamentales del Derecho, desde el punto de vista marxista.

Esto es lo realizado, entre otros, por Paschukanis (3) en su obra "Teoría General del Derecho y Marxismo". El punto central de su teoría, es, también, la inversión de la conexión de la norma con la relación jurídica. Frente a la primacía de la norma, tanto en el empirismo como en la formulación neokantiana, afirma la primacía inversa de la relación jurídica, como relación de hecho de carácter económico. Todo el tejido del mundo jurídico lo concibe sociológicamente como un nexo de relaciones jurídicas reales entre sujetos reales. Desde esta visión del mundo jurídico, considera a las concepciones normativistas y formalistas, que ven en el derecho un conjunto exhaustivo de normas, como abstracciones vacías y sin vida. En el mundo de los hechos, de la realidad material, es la relación jurídica la productora y creadora de la norma. Ahora bien, la relación jurídica no es sino una relación existente entre hombres, que son productores en el terreno de la economía; el Derecho, por consiguiente, es sólo un paralelo al sistema de la circulación de

las mercaderías en el mundo económico; más aún: la forma del Derecho es la forma de la relación de cambio entre productores. "La lógica de los conceptos jurídicos -dice-, corresponde a la lógica de las relaciones sociales dentro de una Sociedad productora de mercaderías" (4). De aquí se deducen todas sus afirmaciones posteriores: la teoría de que el Derecho surge históricamente como querella o pugna; la consideración del Derecho subjetivo como la categoría fundamental e imprescindible del mundo jurídico; la primacía del sujeto como soporte y destinatario de todas las posibles exigencias jurídicas; la oposición del Derecho privado, como derecho auténtico, al Derecho público, como construcción artificiosa y difícil de la época del Estado de Derecho; y, por último, la anulación de la forma del Derecho, o sea, del Derecho mismo, en una Sociedad en donde desaparezca la contradicción de los intereses individuales y sociales. Por consiguiente, lo que significa la obra de Paschukanis es una interpretación sociológica de los conceptos fundamentales del Derecho. La base de esta interpretación es una teoría sociológica que sólo tiene en cuenta las relaciones individuales producidas por los fenómenos de cambio; concepción de lo social de tipo individualista -corresponde a la categoría "Sociedad" en el sentido de Tönnies- que hay que considerar hoy día como superada en su parcialidad. Así es que la Sociología jurídica a que dá lugar, es totalmente incompleta, pués olvida todo un mundo de estructuras e instituciones que deben ser tenidas en cuenta en una auténrica y rigurosa Sociología del Derecho. Es, en este sentido, lo sociológicamente opuesto a las construcciones vagas de la Escuela libre de Jurisprudencia o de las interpretaciones unilaterales que pueden hacerse y se hacen de las doctri-

nas institucionalistas.

3). Se dijo antes que la Sociología, entendida en un amplio sentido, significaba una de las formas de la reacción contra el formalismo y el idealismo filosófico, que tiene lugar en los años que se consideran; y se dijo Sociología entendida en amplio sentido, porque todo lo que con la palabra "Sociología" en este tiempo se encubre, carece de forma madura y de precisión científica, ya que corresponde, precisamente, a una época crítica de esta ciencia, en el camino de su constitución, con objeto propio y definido.

De toda esta dirección de tipo sociológico, lo único que tiene alguna influencia en la vida real del Derecho es el movimiento de la protesta contra la jurisprudencia dogmática, que un normativismo exagerado y un formalismo jurídico consecuencia, habían llevado a sus formas más abstractas y antivitales. Más concretamente: se lucha contra el predominio de la ley en la producción y aplicación del Derecho y por el reconocimiento de otras fuentes jurídicas que permitan al intérprete una aplicación más en contacto con la realidad viva. Por ello sosteníamos antes que lo más importante en el momento estudiado no era un pensamiento filosófico dentro de la dirección naturalista sino un movimiento dentro del mundo profesional del Derecho.

a). La Sociología, se encontraba en el momento en que se renunciaba ya a la construcción de sistemas enciclopédicos y empezaba a buscarse afanosamente el modo de llegar a una delimitación de su objeto propio, que la constituyese en una ciencia independiente y definida.

El derecho en los sistemas sociológicos ya en agonía, era un elemento más de su construcción enciclopédica y sistemática, y venía a ser explicado como fenómeno social por el principio acep-

tado como fundamento de cada sistema.

De estos principios tomados a otras ciencias, fueron fundamentales los de carácter biológico y psicológico. Así, dentro de la diversidad de direcciones de la Sociología en esta época, dos son, sin embargo, las concepciones predominantes: la psicológica y la biológica. La Sociología biológica a su vez tiene dos principales manifestaciones: el organicismo y el darwinismo social. La dirección organicista que desarrolla las categorías sociológicas tomando prestados sus elementos a la Biología, dá lugar a doctrinas organicistas exageradas, en donde la equiparación de lo social y lo orgánico no significaba analogía explicativa sino una verdadera identidad. Esta dirección fué verdaderamente influyente en este momento y también de rechazo actúa sobre el pensamiento jurídico. Una gran cantidad de obras jurídicas de esta época se encuentran plagadas de conceptos organicistas del más tosco esti - lo (5). En cambio la dirección del darwinismo social, representado, especialmente, por Gumplowitz, dá con fórmulas sobre el sentido y esencia del Derecho, muy próximas a las del marxismo y que tienen, hasta la actualidad, una cierta importancia. El darwinis--mo social, concibiendo el proceso de la Sociedad como una lucha de grupos, consideraba al derecho como el momento de la fijación de una determinada relación de las fuerzas en pugna (6).

Hay, sin embargo, una rama del Derecho dominada en esta época en gran parte por la Sociología: el derecho penal; de tal manera que su construcción sobre bases naturalistas, no sólamente influye en los conceptos mismos de ese Derecho, sino en toda la política criminal y en el mismo sistema penitenciario. Los conceptos de "medio ", de "responsabilidad atenuada", "influencia social en el

delito", etc., son características de la época. De tal modo, que, arrastrado por la base naturalista de este movimiento, llega el Derecho penal a un punto en que se hace problemática su misma existencia y concepción.

Como demostración de que el estado de la Sociología en esta época no podía servir de base, todavía, a las construcciones del Derecho, basta referirse a la posición antagónica que dos de los fundadores de la Sociología, Comte y Spencer, tienen en este punto. Conocida es la frase famosa de Comte de que la palabra "Derecho" debía descartarse del verdadero lenguaje político, de igual modo que la palabra "causa" del verdadero lenguaje filosófico; y no lo es menos aquélla de que "nadie posee más derechos que los de cumplir siempre su deber"(7). La posición de Comte en este punto viene producida, no solo por los motivos personales que le llevaron a la creación de su Sociología. sino por una de las premisas ideológicas de la misma. Comte reaccionaba contra el estado de desorden y caos producido por la revolución francesa, y pretendía encontrar los principios científicos que hicieran posible un nuevo orden dicho en su terminología, la construcción de una nueva época positiva. Esta es la motivación personal e íntima de su oposición al individualismo liberal nacido de la gran revolución. Científicamente, Comte se había propuesto coordinar los elementos de orden y progreso, viendo sobre todo el primero, el más importante de su sistema. Posición que se acentúa después en la fase más exagerada de su pensamiento, correspondiente a su "Sistema de la política positiva".

La misión que el orden tenía que cumplir en la vida social general lo encontraba Comte ya realizado en la familia. Por lo

que, fué éste punto de partida en su teoría del consensus social. En la familia encontró, como elemento fundamental, el principio de subordinación jerárquica. La ampliación y revaloración de este elemento, es lo que le lleva al principio de subordinación política concentrada en el Estado. En este sentido es Comte uno de los formuladores de lo que ahora viene conociéndose con el nombre de "Estado totalitario". Además, su misma idea de la solidaridad pone en primer plano el elemento de función, eliminando, en consecuencia, la noción de Derecho, concebido como Derecho subjetivo, para dejar sólo la relación de deberes engendrados en la interdependencia de las funciones sociales.

Spencer, que desarrolla su sistema sobre bases estrictamente naturalistas, y en donde el desarrollo social es sólo una última parte de la evolución cósmica, llega a una concepción de la Justicia y el Derecho, juzgada por muchos contradictoria de las premisas del sistema. La de la Justicia explicada como forma biológica, esto es, inmanente en el proceso mismo de la evolución general, se traduce en la fórmula, bien semejante a la de Kant, de que "todo hombre es libre de hacer lo que quiera con tal de que no infrinja la libertad igual de otro" (9). Y, sin embargo, ha sido concebida ateniéndose con rigor a su propio sistema; la Justicia humana no es sino un paralelo de la justicia subhumana de la vida animal. Según Spencer todo animal, alcanzada su madurez, debe someterse a los efectos de su propia naturaleza y de la conducta que a tal naturaleza corresponde, o sea, que lo que un individuo obtiene para sí debe estar en relación directa con su valor. Esta ley es una consecuencia del principio general de la lucha por vida y de la tendencia a la conservación y perfeccionamiento de la especie.

Ahora bien, este animal, en cuanto entra en un rebaño, ha de someterse, además, al principio de que sus actos han de estar limitados, de tal manera, que no afecten en grado perturbador a los actos de los individuos restantes de ese rebaño. La Justicia humana obedece a idénticos principios biológicos, pués ella es también una unión de los dos elementos traducidos en los dos sentimientos de la Justicia: el egoista y el altruista; uno y otro son los elementos positivo y negativo de la forma general de la Justicia, que no pueden faltar en ella sin peligro de la vida social.

Vemos, pués, que la Sociología enciclopédica llevaba lo mismo a una concepción jurídica y política absolutista, que a una individualista y liberal.

El desarrollo posterior de la Sociología es coetaneo al movimiento filosófico-jurídico que venimos estudiando y, por consiguiente, todavía sin influjo directo sobre él. Unicamente en Francia el problema de la constitución de la Sociología como ciencia independiente, se adelantó unos años al movimiento alemán de igual significación, y de él han surgido algunos estudios sociológicos del Derecho sin tener, empero, significación general y sistemática.

Ya Durkeim (9), el fundador del movimiento, al encontrar en el hecho social el objeto preciso de la nueva Sociología y al considerar a la coacción (contrainte) como su elemento constitutivo, vió en el Derecho el dato externo más asequible para comprobar su propia teoría. En efecto, las instituciones jurídicas suponen una manifestación externa y una cristalización de esas relaciones de coacción, características de todo hecho social. Por eso, partiendo de los datos jurídicos era posible llegar a la estructura interna de los grupos sociales. Así, en su obra sobre "La división del tra-

bajo social", la relación del Derecho penal con el Derecho civil está coordinada a las dos formas de la solidaridad o de la división del trabajo. La importancia del Derecho penal, en conexión con la primitiva solidaridad, por semejanza, disminuye a medida que crece la solidaridad orgánica a que corresponde el Derecho civil; o, dicho en otra forma: al paso de la diferenciación social las sanciones restitutivas adquieren preponderancia sobre las sanciones represivas. Pero, fuera de esta generalización no hay en Durkeim un estudio más preciso de Sociología jurídica. Unicamente queda, como postulado de toda la escuela, que siendo la vida social una vida esencialmente jurídica, encontramos en el Derecho las variaciones esenciales de esa vida social y de la solidaridad correspondiente.

Han sido sólo sus discípulos Davy y Fauconet, los que han producido obras importantes de Sociología jurídica. Davy (10), estudiando el proceso de formación social de la idea de soberanía y del concepto de contrato; Fauconet (11), haciendo estudio semejante con el concepto de responsabilidad penal. Ambos tratan de mostrar, que los conceptos e instituciones estudiados son producto de la conciencia colectiva y que tan solo mediante un largo proceso llegan a la individualización posterior con que los hemos conocido.

Mientras tanto, una interpretación de Durkheim tendente a desubstancializar la concepción -en el fondo de tipo universalista- de la conciencia colectiva, ha permitido la introducción en los procesos sociales de la idea de valor, y a su vez el reconocimiento de la importancia que en ellos juega el factor individual. Merced a esta interpretación -es obra sobre todo de C.

Bouglé- ha podido Davy en polémica con Duguit, sostener que el origen colectivo de las ideas y de los valores no significa la anulación del individuo. Construyendo así una teoría de la soberanía y de la personalidad, que reconoce como sujeto de derecho a toda conciencia -individual y colectiva- capataz de participar en un valor.

Aunque estas teorías no han tenido resonancia en el mundo profesional del Derecho, no significan tampoco construcciones sistemáticas de Sociológía jurídica, la influencia general de Durkheim y de toda su escuela es muy importante, pués han contribuido fundamentalmente a enraizar en la conciencia espiritual francesa de su época, la idea de la solidaridad. Idea comtiana de la que han sido eficaces propagandistas.

b). Esta idea de solidaridad, es precisamente la que constituye la base de otra gran reacción antiindividualista sobre supuestos naturalistas: la obra de León Duguit (12). Al cual, como a ningún otro, se debe, sobre todo en los pueblos latinos, la conciencia de la gran transformación jurídica operada en estos tiempos y la sospecha de la desaparición, o al menos modificación profunda, del sistema individualista vigente aún. La lucha que Duguit mantuvo toda su vida, fué contra las ideas de soberanía y de derecho individual. Del Derecho público tiene que desaparecer el concepto ideal de "soberanía", del mismo modo que del Derecho privado, el concepto de "Derecho individual", para ser reemplazados por los conceptos más reales y objetivos de servicio público y de función social. El eje de toda la doctrina de Duguit es su concepto de la regla de Derecho. Su actitud metódica puramente empírica: atenerse los hechos a la observación pura y escueta de la

realidad, huyendo de toda especulación y construcción metafísica. Pues bien, lo que descubre en la realidad por la observación de los hechos es que la regla de Derecho tiene su origen en el mecanismo de la solidaridad social. La Sociedad, hecho necesario por ser el hombre, por su constitución física y psicológica, un ser social, sólo puede mantenerse por el mecanismo interno de la solidaridad social. la ley de ésta solidaridad es la ley social y, por tanto, la regla de Derecho. Por eso, la regla de Derecho es para el grupo social, lo que es a un organismo biológico la ley que rige su propio desarrollo, sin más diferencia que el elemento hombre del grupo social, tiene, o puede tener, una conciencia de esa ley, que no existe en los miembros del organismo biológico. Por tanto, la regla de Derecho está concebida al modo naturalista como una ley ajena a todo valor, es decir, indiferente a cualquier ideal moral. Es el equilibrio del grupo el que aquella traduce y nada más. En consecuencia lo que revela la existencia de la regla de derecho como ley social, es la reacción del grupo producida cuando, por la transgresión de esta ley, se pone en peligro el equilibrio de ese mismo grupo, es decir, cuando se rompe el juego interno de la solidaridad. Bien es verdad que en la ~~última~~ evolución de su pensamiento, ya en la segunda edición de su "Tratado de Derecho Público", Duguit introduce la necesidad de un sentimiento de la solidaridad y de la justicia. Empero dentro de su sistema no pueden tener un desarrollo adecuado y no alteran su sentido general. Por otra parte, este sentimiento lo concibe como un sentimiento puramente individual, mero reflejo del hecho de la solidaridad.

Concebida así la regla de Derecho, la norma jurídica, como

algo objetivamente dado por la realidad social, el resto de sus opiniones, aún las que más han llamado la atención, se construyen con facilidad. El Derecho subjetivo no existe, pues el individuo sólo tiene, como en Comte, el reflejo del deber que le impone una función social, y tampoco el Estado tiene el derecho subjetivo de la soberanía, porque, concebido sociológicamente como pura diferenciación entre gobernantes y gobernados, los gobernantes solo tienen justificación en sus actos de Gobierno, en cuanto se adapten a las exigencias dictadas por la realidad social, traducidas en la regla del Derecho. La destrucción, por eso, de la ley, como manifestación jurídica preponderante, o, dicho en otra forma, como única fuente de Derecho, es también una simple consecuencia de lo anterior. Duguit, sobre todo en sus obras más populares, se consagró a poner de relieve, con los datos de la realidad jurídica contemporánea, la demostración, de este punto de su teoría: cómo a la noción imperialista de la ley sucedía el mundo pluralista de los reglamentos, estatutos, etc., órdenes jurídicos internos de los servicios públicos.

Que Duguit no haya llegado a la disolución de todo el Derecho en un Derecho social, y que haya mantenido con todo, la preponderancia del Estado en la organización jurídica, se explica por el estricto realismo de este jurista. Atenido a los hechos podía señalar una tendencia en el nacimiento de formas diversas de Derecho social, pero no podía olvidar que el Estado seguía teniendo, en las condiciones actuales, una situación jurídica y política preponderante. Por eso, la interpretación que hace Gurtvitch (13) de Duguit, está forzada desde sus propias perspectivas, y sólo así se comprenden algunas de sus dudas. En general la contradicción

que se querido ver entre las premisas individualistas de Duguit y su objetivismo jurídico, nacen de no tener en cuenta que la dicotomia subjetivismo y objetivismo se coordina perfectamente con las más distintas premisas filosóficas. Y que, por tanto, dentro del naturalismo, lo mismo puede llegarse a una concepción objetivista que a una subjetivista. El hecho es, que el objetivismo naturalista de Duguit ha sido quizá el más importante de los ataques que en los últimos años se han dirigido contra el subjetivismo de la libertad. Desde un punto de vista filosófico su concepción es netamente naturalista: la instancia suprema está en el sustrato fáctico de lo jurídico.

c). De menos importancia y, desde luego, sin influencia sobre el pensamiento europeo, se desarrollaba en América una concepción sociológica del Derecho. Desde Ross (14) viene considerándose en la sociología americana al Derecho como uno de los elementos del control social, es decir, como uno de los medios mediante los que un grupo social dirige su propia vida, eliminando los puntos de conflicto y realizando el necesario proceso de acomodación entre sus miembros. La Sociología americana se inclina a "construir una historia natural de la ley y de las instituciones legales" (15), como dicen Park y Burges en frase en la que resuena toda una vieja tradición del pensamiento inglés.

d). Ahora bien, como antes se ha indicado, el movimiento de reacción más importante contra la concepción jurídica oficial de la época, surge del seno mismo de los profesionales del Derecho, teniendo por eso mismo en la transformación del Derecho práctico una mayor influencia.

De todos los títulos con que se ha cubierto el movimiento en

cuestión, destacamos el de la "lucha por el derecho vivo", no solo por ser el más expresivo, sino porque traduce una etapa importante de la marcha del pensamiento filosófico-jurídico hacia la posible consideración actual del Derecho. Cualesquiera que sea, como veremos, los detalles y las diversas motivaciones de esta lucha por un derecho vivo, la misma palabra nos indica cual es su sentido general. Significa, en esencia, oponer al derecho abstracto de una jurisprudencia dogmática un Derecho enraizado en la vida misma y con las características de todo lo vital: movilidad, espontaneidad, adaptabilidad y variabilidad. Es, sobre todo, la protesta contra la concepción normativista, entonces oficial, basada en la confusión de la ley con el Derecho y en la fusión del procedimiento racionalista y deductivo con el primado de la ley como decisión estatal. Los franceses la calificaron de lucha contra el "feti - chismo" de la Ley. Pero, además, es en general, la reacción contra el normativismo y el formulismo de la concepción jurídica dominante.

En general, el movimiento, como veremos, carece de fundamentos filosóficos orofundos y es más bien una protesta de la vida misma, una reacción nacida de la vida práctica. Por eso se encuentra en toda la jurisprudencia continental. Coincide en su naci - miento, aproximadamente, con el del siglo XX y transcurre paralelo en Francia y Alemania, si bien hay que reconocer que es en Alemania donde se desarrolla al principio con más vivacidad y adquiere luego un precipitado científico de mayor rigor. F. Geny (16) es en Francia, y quizá en todo el continente, quien dá los primeros impulsos a toda esta dirección. La tesis general de Geny es que no todo el derecho positivo puede ni debe confundirse con la ley, es

decir, que al lado de ella existe un mundo de producción jurídica, que la libre investigación científica debe estudiar y que además este derecho no estatal, por las mismas condiciones de su nacimiento espontáneo, se adapta con mayor facilidad a las transformaciones y variaciones de la vida social. Geny se apoya en la distinción de dos elementos en el Derecho: "le donnéé et le construir", que corresponden a los ingredientes del título de su conocida obra. Lo construído en el Derecho es aquello que en él se obtiene merced a la técnica jurídica, como procedimiento formal de elaboración de los conceptos del Derecho: Lo dado representa el material real con el que ha de trabajar el jurista en la construcción de sus conceptos. La investigación de "le donnéé", del dato ofrecido por la realidad es precisamente la tarea de la verdadera investigación científica, o como él dice, de "la libre investigación científica". Ahora bien, los elementos que Geny señala en los dados de la realidad jurídica, dicho en su terminología, los cuatro "donees" que lo componen, son de distinta naturaleza, ya que unos son reales, otros históricos, otros racionales y otros ideales. La determinación de estos elementos en Geny, no es rigurosamente precisa; aluden, por tanto, a factores de diverso orden, ya materiales, ya morales, bien de carácter sociológico. A este se debe que la obra de Geny no represente sino la iniciación del movimiento ~~en~~su aspecto general, pués permanece todavía dentro de los márgenes tradicionales, no solo por el reconocimiento de un a priori jurídico y por su aspiración hacia un Derecho natural, sino también por la afirmación clara y neta de la primacía de la ley dentro de los elementos formales de la técnica jurídica. En una palabra, Geny no pertenece realmente al naturalismo jurídico, ni por completo al movimiento

general de la Sociología de Derecho y sólo ha sido considerado aquí en su papel de iniciador o desencadenador de un proceso que ha de superar luego sus propias conclusiones.

Los representantes en Francia de este movimiento, participan en él por diversos motivos, aunque, es nota común su coincidencia en poner de relieve los datos de una realidad jurídica contemporánea en completa transformación. Así Maxime Leroy (17), el teórico del sindicalismo, se encuentra traído por sus preocupaciones sindicales a la consideración de la decadencia de la Ley y a la demostración de que, al lado de éste, surge un Derecho espontáneo que vive, sobre todo, en las formas estatutarias del movimiento sindical. En cambio Lambert (18) llega a tesis parecidas por la observación de la vida jurisprudencial. En su famosa obra "El gobierno de los jueces" muestra la eficacia positiva que puede alcanzar la actividad jurisprudencial. La jurisprudencia del más alto Tribunal de los Estados Unidos vino impidiendo muchos años todo intento de legislación social. Merced, pués, a la existencia del control de la constitucionalidad de las leyes, los jueces jercieron de hecho un poder político y social de extraordinaria importancia. Estas consideraciones llevan a Lambert, cabalmente -no obstante reconocer la incapacidad de la Ley para absorber todo el mundo del Derecho- a sostener la necesidad de un equilibro entre los distintos modos de producción jurídica que eviten la anormalidad de situaciones unilaterales. La preponderancia del Derecho jurisprudencial le parece, en una palabra, tan peligrosa como la preponderancia de la Ley. Con variaciones de detalle vienen a sumarse a este movimiento, entre otros, Cruet, Morin, Charmont,(19) etc.

En Alemania es donde la lucha por el derecho vivo, conocida allí con el nombre de "movimiento por el Derecho libre", tiene acentos de mayor pasión y, en consecuencia, resultados más extremos. El Célebre manifiesto de la Escuela, publicado por Kantorovicz (20) en 1906, "La Lucha por la ciencia del Derecho", no ha sido superado en este sentido. En él se afirma que la creencia en la primacía del Derecho estatal no ha existido en todas las épocas. Desconocida en los momentos fecundos de la creación del derecho romano, tan solo aparece en la época de decadencia de la codificación bizantina, En los tiempos modernos reaparece merced al desarrollo y asentamiento del Estado absoluto, centralizado y burocrático.

Empero, no deja esto de ser un prejuicio, la realidad ha sido siempre el caso inverso: la supremacía del Derecho no estatal, del derecho espontáneo y libre, nacido de las mismas relaciones sociales. Además, hayque reconocer que el Derecho estatal no ha podido nunca eliminar por completo a este otro Derecho libre, necesitando al contrario apoyarse constantemente en él y vivir de su savia.

Estos motivos, unidos a la enemiga por la llamada jurisprudencia conceptual, se repiten en las obras de otro gran luchador por el derecho libre: Fuchs (21). En él la coloración romántica e irracional de la época, se hace aún más patente, a través, sobre todo, de oposiciones de conceptos, que son características del neo-romanticismo de este momento espiritual. Frente a la estática la dinámica; frente a la reflexión y elaboración racional de la jurisprudencia, la afirmación de lo espontáneo: frente a lo abstracto de la ley y de la decisión jurisprudencial formalista, la

preferencia por lo concreto, vivo e individual; por último, como un reflejo del movimiento, en cierta manera próximo, de la jurisprudencia de intereses, la creencia de que el Juez ha de tener en cuenta en su decisión los intereses reales en pugna y los fenómenos sociales y económicos contenido de las normas jurídicas.

Tampoco hay nada esencialmente distinto en lo que Gutvitch llama elementos moderados de este movimiento. En Jung (22) quizá tan solo, la calificación de derecho natural dada a este derecho vivo, calificación igualmente peligrosa para las dos direcciones; y en Spiegel (23), el reconocimiento del Derecho como una ordenación interna de todo grupo social y, por tanto, la valoración favorable de los grupos y de las asociaciones autónomas en la elaboración de su derecho al lado del Estatal. Conjunto de elementos que van a ser recogidos por el teórico más importante de toda esta dirección (24), excediéndola en realidad y apuntando a nuevos terrenos. Se trata de E. Ehrlich (25), de cuyas últimas obras es ahora "Los Fundamentos de la Sociología del Derecho" la que nos merece mayor atención. Este libro, sea cualquiera el juicio que se formule sobre sus conquistas definitivas, es, de todos modos, uno de los más importantes de la producción científica sobre el Derecho en estos últimos años, y aunque se rechacen sus resultados, acumula material de un inestimable valor. En él se plantea el problema de la Sociología jurídica, considerándola como la verdadera teoría científica del Derecho. El supuesto de que el Derecho es un fenómeno social y de que todo fenómeno social pertenece a la ciencia general de la Sociedad llamada "Sociología", le lleva a la afirmación anterior, que implica -hay que decirlo desde ahora- una reducción inaceptable.

Esta ciencia del Derecho como Sociología jurídica, se propone estudiar "lo común a las relaciones jurídicas, haciendo caso omiso del Derecho positivo que las rige, e investiga además, sus dife-rencias según sus causas y efectos" (26). Lo que le lleva a esta afirmación, hemos dicho, es la consideración del Derecho como fenómeno social, pero hay que precisar más lo que esto significa: en efecto, el Derecho según Ehrlich -y en esto repite los motivos de todo el movimiento- no se reduce únicamente al Derecho estatal, antes bien este es solo una de sus formas de aparición. El Derecho es, antes y sobre todo, una ordenación de los grupos sociales cualesquiera que sea su composición. Es, pués, como ordenación social, primario y anterior al Derecho estatal y al Derecho producto de las decisiones de los Tribunales.

Las distintas formas de asociación, es decir, los distintos grupos sociales, son anteriores, históricamente, a la comunidad estatal y, sin embargo, cada uno de ellos tiene una ordenación interna de sus relaciones, que es lo que constituye su propio derecho: "la ordenación interna de las asociaciones humanas, es no sólo la originaria, sino también la forma fundamental del Derecho hasta en la actualidad . El precepto jurídico no solo surge mucho más tarde, sino que aún hoy, en su mayor parte, se deriva del orden interno de las asociaciones". (27) Es, pués, el Derecho, un dato objetivo, captable en cada una de las formas de la agrupación social. Su carácter esencial es ser un orden de carácter pacífico que regula y rige, tanto la vida interna de esos grupos y asociaciones, como la colaboración recíproca de todos ellos. En este sentido, la norma jurídica es sólo una de las diversas normas que desprende el regulamiento interno de los grupos sociales, si

bien, quizá la más importante de todas ellas. "En todas las asociaciones jurídicas forma la norma jurídica la médula de su orden interno: es el apoyo más poderoso de su organización" (27).

Por consiguiente, la tarea inmediata y más importante de la ciencia jurídica sociológica, consiste primero, en separar tanto de las normas de decisión como de las normas estatales, esos ingredientes que regulan, ordenan y determinan la vida social interna de los grupos y segundo examinar en quéconsiste su naturaleza organizadora. La interpretación del Derecho como orden interno de las diferentes asociaciones humanas, conduce a Ehrlich a la tesis, de que todo Derecho es, en el fondo, derecho de asociación, intentándolo demostrar cuidadosamente respecto al contenido de los contratos, al derecho hereditario y, en especial, en relación con el llamado derecho subjetivo. El fundamento sociológico radica, según Ehrlich, en que "la vida no reconoce al hombre como un ser único y singular, separado de todas las conexiones.Igualmente al Derecho le es extraño un ser semejante. Para el Derecho el hombre ha existido siempre solo como miembro de una de las infinitas asociaciones en las que ha sido insertado por la vida misma" (28). Este sustrato social explica el que la norma jurídica necesite, en todo momento, del apoyo de las demás normas sociales, para tener efectividad; sólo la cooperación de todas las normas sociales, cualquiera que sea su clase, es lo que produce la plena realización del mecanismo social. De igual modo, la coacción del Estado nada sería tampoco sin la coacción difusa de todas las normas del grupo social, ya que las normas más importantes obran sobre el individuo merced a influjos psíquicos y sociológicos, fuera del radio de acción del poder del Estado. Por eso, la mayor parte de los

imperativos y prohibiciones, más que forzar al hombre a una conducta determinada, lo que han hecho propiamente es formar su personalidad.

Ahora bien, este derecho primario como orden interno de los grupos humanos, se distingue, como ya hemos dicho, tanto de las normas de decisión como de las normas estatales. El origen histórico y sociológico de las normas de decisión creadas por la jurisprudencia, está en la existencia de conflictos, tanto internos de cada grupo, como de individuos pertenecientes a diversos grupos o de grupos entre sí, que no pueden resolverse sino por una decisión, autoritaria, que debe sujetarse, sin embargo, al orden jurídico primario. Toda decisión supone el restablecimiento de límites puestos en duda por las pretensiones en conflicto, límites que existían de hecho dentro de la ordenación interna del grupo social. Por eso, como en todo conflicto se trataba del restablecimiento de una norma dada por determinados hechos, se exigía del Juez que conociera y tuviese en cuenta esos hechos y esas situaciones reales.

Por la generalización y unificación de todas estas decisiones, nacen los primeros elementos del Derecho abstracto, o sea los primeros elementos del precepto jurídico. Ahora bien, esta unificación y generalización sólo ha surgido por motivos técnicos, es decir, con la finalidad de hacer más estables las normas jurídicas.

El Derecho estatal ha nacido, históricamente, mucho más tarde, pues el Estado, ante todo elemento de fuerza, no se ha preocupado en sus primeros momentos del orden jurídico. Por eso las primeras manifestaciones de la preocupación jurídica del Estado, han sido, en términos generales, las del Derecho administrativo, es decir, las normas jurídicas necesarias para mantener su propia organización. Sólo más tarde ha ido absorbiendo la producción del

Derecho, merced, sobre todo, a su intervención en los Tribunales.

Pués bien, si la norma de decisión del Juez se alejaba ya un poco del Derecho vivo, en cuanto orden interno de un grupo social, las normas estatales son aún más abstractas y no son sino una sombra de la verdadera realidad jurídica inmediata. Por eso la identificación del Derecho con la Ley, corriente desde el absolutismo monárquico, es una aberración jurídica de incalculables consecuencias. El Derecho estatal no ha podido nunca captar todo el Derecho vivo, y éste, emanación verdadera de la vida social, ha sido en todo momento más progresivo y adelantado que aquél.

Estas son las líneas generales de la Sociología del Derecho, considerada como la verdadera y auténtica ciencia del Derecho: La jurisprudencia, en cuanto instrumento práctico de aplicación jurídica, se diferencia, sin embargo, de la Sociología del Derecho como disciplina teórica, en que ha de estar siempre dentro de los límites de un Derecho positivo. No puede prescindir, como la Sociología jurídica teórica, de su referencia a un Derecho válido o positivo. No obstante aún dentro de las normas de un derecho positivo determinado, la jurisprudencia ha de ser una morfología de la sociedad: "la visión viva de las relaciones humanas de carácter jurídico; la generalización de los resultados de esta visión y de las normas de decisión originadas en ella" (80), he aquí lo que constituye lo científico de la jurisprudencia. En este sentido, la jurisprudencia es, una morfología de los productos jurídicos de la vida social.

Considerando, en general, lo que ha significado este movi - miento del derecho vivo o libre encontramos en él un "análogo" dentro de la vida jurídica de lo que fueron las primeras manifesta

ciones de la Filosofía de la vida dentro de la Filosofía general; es decir un movimiento de reacción, una posición de protesta que, siendo en esencia un "anti" ha afirmado exclusivamente lo opuesto a lo que combatía. De igual manera que las primeras manifestaciones de la Filosofía de la vida, proclamaban el primado de la vida, opuesta radicalmente a su antes señora la Razón, el movimiento del Derecho libre y vivo, insiste unilateralmente en el primado de la realidad social, frente a las exigencias de esquema y forma de la jurisprudencia clásica, formalista y conceptual. Por otra parte, si por apoyarse en la realidad social ha tenido el mérito de pregonar la exigencia de una sociología jurídica, no ha conseguido, sin embargo, poner las bases necesarias para la construcción rigurosa de esa sociología. Ciertamente no lo podía hacer, porque los resultados más recientes de la Sociología general, necesarios y previos para la construcción de una Sociología jurídica, eran todavía desconocidos o empezaban a germinar. Con excepción, además, de Ehrlich, todo este movimiento de la jurisprudencia Sociológica, no quiere ni consigue más que ser jurisprudencia, por consiguiente, permanece dentro de los límites de un Derecho positivo. Desde la perspectiva general de la Sociología, este movimiento ha incurrido en la equivocación del sociologismo, es decir, en una prolongación de la esfera propia de la Sociología, absorbiendo disciplinas que tienen su razón de ser y su independencia auténtica. Hemos visto bien clara la absorción de la ciencia jurídica por la Sociología en Ehrlich, pero, además, en general, pretende absorber igualmente la consideración filosófica del Derecho. Estos son defectos que una Sociología del Derecho rigurosa, que sólo ahora puede construirse, evitará desde el principio cuidadosamente, reconociendo la autonomía y la esfera propia y legítima, tanto de la ciencia jurídica como de la Filosofía del Derecho.

V.

IDEALISMO OBJETIVO

1). Contra el idealismo dualista, como fondo filosófico de toda la época, hemos visto hasta ahora la protesta, del lado de la realidad, afirmándose de un modo exclusivo, en todas las manifestaciones del naturalismo, el aspecto real y natural de los fenómenos jurídicos. Frente al dualismo de idea y realidad, de deber ser y ser, de norma y vida, se negaba uno de sus términos, afirmándose solo la existencia de su opuesto. El combate, por tanto, contra el formalismo neo-kantiano, se presentaba desde uno de los lados en que el neo-kantismo escindía la realidad total.

En el mundo abstracto o del desarrollo de las ideas, tenía que producirse el intento de ~~la~~ conciliación de los extremos separados en las dos formas anteriores, o sea, repetirse una vez más la necesidad dialéctica del idealismo objetivo. En este sentido, una gran parte de la lucha contra el subjetivismo de libertad y el formalismo, como su expresión jurídica, se lleva ahora, desde el terreno del idealismo objetivo, que acentúa por esto, los aspectos objetivista, totalitario y antiindividualista.

El idealismo objetivo, como una de las concepciones fundamentales del mundo, es siempre un intento de conciliación de los elementos escindidos en el idealismo dualista y una negación, a su vez, de los principios naturalistas. Se trata de presentar los elementos separados por el idealismo dualista como dos aspectos de una realidad única. Esta es siempre una síntesis de aquellos

elementos: idea y realidad, deber ser y ser, sentido y sujeto, valor y vida, forma y materia, unidad y multiplicidad. La idea fundamental del idealismo objetivo es la de "totalidad"; el "todo" en que, orgánicamente, se funden la unidad y la multiplicidad. La solución del idealismo objetivo es pués una solución armónica; armonía lograda por la inmanencia de lo ideal en lo real y material. Implica, por eso, una afirmación de la racionalidad de la realidad inmediata.

El idealismo objetivo, como ha dicho Rothacker (1), es el "punto de vista de la seguridad armónica en lo positivo". Como posición filosófica fundamental es susceptible de una diversidad de manifestaciones particulares o expresiones distintas. Ahora bien, es siempre fácil reconocer su existencia, pués hay una serie de términos que lo delatan. Precisamente en los momentos actuales, la Filosofía y, en particular, la Filosofía del Derecho, está repleta de estos términos peculiares del idealismo objetivo. A través de ellos rastreamos la tendencia general en todos los terrenos a abandonar las oposiciones del idealismo dualista.

Hemos hablado antes de "totalidad" (Ganzheit). Pueden añadirse otros términos y conceptos de idéntico sentido: organismo, estructura (Gestalt), individualidad, particularidad, espíritu de pueblo, Pueblo, comunidad, etc., entendidos, naturalmente, en sentido filosófico. Siempre implican la idea de un todo con sentido propio, en el que la realidad y la idea se penetran y concilian. Particularmente característico es el término "expresión", que indica una relación cualitativa determinada entre el creador y la obra, entre la esencia y el fenómeno.

Gran parte de la producción filosófico-jurídica de última ho-

ra está plagada de semejantes términos. La palabra "concreto", empleada repetidamente traduce bien a las claras se trata de la aspiración conciliadora y armónica del idealismo objetivo. Otras veces, sin embargo, apunta a un plano filosófico distinto y, es un paso más hacia una filosofía existencial.

La cuestión más grave del idealismo dualista, vimos que era el problema de la conexión de los dos mundos por él escindidos: el problema clásico de la methexis platónica. El idealismo objetivo viene a resolver, o intenta resolver, este problema mediante la racionalización de lo real y positivo. Por ejemplo, la racionalización del derecho positivo, frente al dualismo del ser y deber ser, o de la norma y la realidad. Pero esta racionalización de lo real, tiene el peligro de una glorificación o de una afirmación total de todo lo positivo y, por eso, para eludir este peligro y hacer frente a una caída vertical en el naturalismo puro y simple, el idealismo objetivo tiene que crear, en el proceso interno de su desarrollo, un dualismo mínimo que permita reconocer ciertas oposiciones inevitables y aspectos negativos de la realidad; o sea, en el idealismo objetivo se siente la necesidad, en algún momento, de buscar un sustituto a la dualidad perdida. El momento en que este dualismo mínimo se hace necesario, es aquél en que -especialmente en el terreno de la acción- se suscita el más pequeño conflicto entre los elementos conciliados. Rothacker dá un sumario de estos conceptos que encierran el dualismo mínimo, exigido por el idealismo objetivo para subsistir: método dialéctico; concepto de evolución; equilibrio de fuerzas; distinción entre "esencia" y "esencia verdadera", entre notas esenciales en "amplio" y "estricto" sentido, entre médula y periferia, etc.; en los cua-

les, sobre todo en los últimos, se percibe claramente que son distinciones valorativas.

Pero el verdadero punto grave del idealismo objetivo, está en su entrega confiada y necesaria a lo real, que le lleva al menor descuido y sin bruscas rupturas, por el camino del naturalismo. La inversión del sistema hegeliano por el materialismo histórico, es uno de los ejemplos más claros de lo que aquí se indica. Este mismo sistema hegeliano nos patentiza paradigmaticamente las semejanzas de los sistemas del idealismo objetivo y del naturalismo monista: primera el carácter enciclopédico de sistemas que abarcan, o pretenden abarcar, toda la realidad; segunda, la necesidad de un elemento permanente, de un "continuo" a través de todas las variaciones, que es lo que produce el parentesco, al menos externo, entre el panteísmo evolutivo de Hegel y los sistemas enciclopédicos y evolucionistas del positivismo; y tercera, la actitud comprensiva ante la realidad, más que explicativa, aunque esto no sea general en todos los sistemas positivistas. Rothacker cita, como caso típico, de esta semejanza, la existente entre el prefacio de la Filosofía del Derecho de Hegel, y el primer capítulo de la Filosofía del Arte de Taine (2).

La exposición hecha por Rothacker de las necesidades internas de cada una de las tres concepciones fundamentales, como un proceso dialéctico que viene, por decirlo así, a desarrollar un círculo de posiciones sucesivas invita a considerar hasta qué punto esa fatalidad dialéctica es producto o no de la falta de una base filosófica previa y en otro plano; es decir, el idealismo objetivo muestra que su exigencia de un dualismo mínimo para racionalizar la realidad, depende cabalmente de ser idealismo; ahora no es oca-

sión, sin embargo, de tratar este problema, y hemos de contentarnos con señalar esta sospecha. La Filosofía del Derecho se vió, pués, llevada hacia el idealismo objetivo al querer oponerse al formalismo kantiano, haciendo frente al mismo tiempo a las tesis naturalistas.

Dentro del idealismo objetivo pueden comprenderse una serie de movimientos nacidos en diferentes naciones, que traducen diversamente su posición filosófica fundamental. El movimiento más claro en este sentido es el de la vuelta a Hegel. En Italia, tiene sus formas más originales; en Alemania, en cambio, se mantiene con más vigor dentro de la línea filosófica del maestro. En Francia, no existe una Filosofía del derecho neohegeliana, pero la dirección del ideal-realismo es una manifestación del idealismo objetivo.

No es posible tratar ahora ampliamente de los motivos del retorno a Hegel y de la formación de las corrientes neo-hegelianas. Cabe al menos señalarlos: por una parte, la evolución interna del neo-kantismo, abocando en sus formas últimas, como expone Heinemann, al "en sí" de Hertmann y al "Logos juanista" de la última época de Natorp; por otra, el desarrollo de las ciencias del espíritu, y la importancia, cada vez mayor de la Historia, con la consiguiente historificación del espíritu; ya este motivo fué recogido por los neo-kantianos de la escuela sud-occidental, y es del todo evidente en Croce (3).

2). Ya hemos dicho antes que la expresión más original del neohegelianismo se encuentra en Italia. Croce y Gentile sus creadores y representantes más eminentes han sido también filósofos del Derecho. Reanudando así una tradición filosófica perdida en

los últimos años. Pués ya indicamos en otro momento que la producción filosófico-jurídica contemporanea es en su mayor parte obra de juristas filósofos y no de filósofos sistemáticos que han aplicado su sistema al fenómeno jurídico. La misma originalidad que Croce y Gentile tienen en Filosofía general conservan en su especulación filosófico-jurídica (4). De tal manera que las sugestiones que sus mismas obras ofrecen para una superación del punto de vista idealista, son mucho más importantes y directas que las ofrecidas más tarde en el desarrollo del neohegelianismo alemán. La idea de la vida, está siempre patente en Croce, y el activismo creador de Gentile solo requiere una eliminación de su raiz filosófica. Croce y Gentileson por esc una etapa importante en la marcha general de la filosofía hacia lo concreto y vital.

Croce (5) con gran originalidad comienza con la Estética su Filosofía del Espíritu.

Ya en este punto de arranque hay una valoración positiva de lo concreto y vital: la prueba es que intuición y expresión son los conceptos fundamentales de esa Estética. La Estética desarrolla un momento del Espíritu; a otros dos momentos corresponden la Lógica y la Filosofía de la práctica. La Lógica es un abralisis de las dos formas de la percepción en la conciencia: la percepción de lo acaecido realmente y la percepción de lo Universal. La Filosofía de la práctica desenvuelve, como veremos, las formas de la actividad práctica del espíritu. El sistema se cierra realmente con la Filosofía de la Historia, que es la aportación más original e importante de Croce. Filosofía e Historia se confunden; la Filosofía equivale a la construcción de la Historia por el Espíritu. Croce no pretendió crear un sistema cerrado. El mismo nos

dice "la Filosofía, no menos que el Arte, está condicionada por la vida, y ningún sistema filosófico particular puede jamás encerrar en sí todo lo filosofable: ningún sistema filosófico es definitivo porque la vida no es nun ca definitiva" (6). Una dialéctica hegeliana transformada es lo que constituye la unidad de su sistema. No es posible entrar en el detalle de esta transformación. En esencia consiste en admitir un tipo nuevo: la dialéctica de los opuestos.

Su Filosofía del Derecho es una parte de la Filosofía de la práctica. El espíritu práctico, siguiendo la dialéctica de oposición, médula del sistema crociano, se manifiesta en dos formas: la utilitaria o económica y la moral o ética. De esta manera la Filosofía del Derecho se reduce en su sistema a la Filosofía de la economía. La actividad económica se entiende aquí en un amplio sentido: la que "quiere y actúa aquello que corresponde sólamente a las condiciones de hecho en las cuales el individuo se encuentra"; a esta actividad corresponden los fines individuales.Y el juicio que sobre ella recae es el de la mayor o menor coherencia de la acción, tomada en sí misma. La actividad ética al contrario es la que "quiere y actúa aquello que, correspondiendo también a las condiciones citadas, se refiere, al mismo tiempo, a algo que las trasciende" (7). A la actividad ética corresponden, por eso, a los fines universales, y el juicio que sobre ella recae es el de la mayor o menos coherencia de la acción respecto al fin universal en cuestión. El valor que encarna la actividad económica, es el de la utilidad.

Croce se propuso combatir el formalismo kantiano y el normativismo que de él deriva, pero los resultados obtenidos con la

reducción de la Filosofía del Derecho a la Filosofía de la Economía exceden en realidad sus objetivos. Es evidente que esa reducción anula la autonomía de lo jurídico. En parte depende de que Croce parte de un concepto equivocado y anticuado de lo social: el viejo sistema de las necesidades de su maestro Hegel. En esto es Croce fiel a su época, y no poca parte tiene en ello la gran influencia que sobre él ejerció el materialismo histórico. La importancia, empero, de Croce para el momento presente está en su insistencia sobre lo vital y concreto. Según él la actividad jurídica, propiamente tal, es una volición concreta distinta de la volición abstracta de la actividad legisladora en general; dicho de otra forma: lo importante es el momento de la realización del Derecho. Su comparación del Derecho con el Lenguaje, nos ilustra elocuentemente respecto a su visión concreta y vital de lo jurídico. De esta comparación se ayuda para establecer un paralelo entre la actividad práctica y la teórica y entre los problemas de la Filosofía del Derecho y los de la Lógica y la Estética, probando así de rechazo la unidad dialéctica de su sistema. Se desprende de ella la imposibilidad de comprender tanto el lenguaje como el Derecho en el plano de una consideración abstracta. El sentido profundo de uno y otro solo puede obtenerse en su realización concreta: el Lenguaje, es expresión viva y no forma estancada en gramáticas y vocabularios; el Derecho es espíritu práctico en continua realización y no fórmula esquematizada y fijada en códigos, leyes y comentarios jurídicos. En la Historia como forma suprema del espíritu se confirma el sentido de esta comparación. He aquí unas líneas de Croce en donde transparece con vivacidad su concepción del Derecho: "...de la misma manera que la historia de la lengua

es siempre arbitraria y abstracta, si se la considera por sí, fuera de las obras en las cuales la lengua se encarna, ya que la verdadera historia de la lengua es la de su poesía y literatura, de la misma manera, la verdadera historia del Derecho de un pueblo (del Derecho realmente seguido y no del meramente formulado en las leyes y en los Códigos, y que, a menudo, quedó más o menos en letra muerta) no puede menos que confundirse con la historia social y política de aquel pueblo: historia jurídica o sea económica, historia de necesidades y de trabajo" (8).

En resumen, en Croce encontramos afirmado el aspecto vital, aunque confundido con lo económico, del Derecho; hay en él además, numerosas sugestiones valiosas que pueden recogerse y reelaborarse en la Filosofía jurídica ahora germinante. Pero aún prescindiendo del problema de su posición filosófica fundamental, Croce representa una concepción de lo social, que exige una completa reelaboración./ Gentile supone una acentuación sujetivista en el idealismo con relación a Croce; su sistema de la subjetividad de lo real desarrolla un subjetivismo absoluto. En él sufre la Filosofía del Derecho una reducción de signo contrario a la crociana: la reducción a la Etica. En la perspectiva de interpretación emprendida por este trabajo resalta la significación de Gentile, precisamente por su activismo, por el ímpetu creador del momento concreto, que en el derecho se opone al estancamiento de la norma, y a su fijación en los cuadros rígidos de todo formalismo.

El fundamento último del sistema de Gentile está en la concepción del espíritu como actividad pura en continua creación. Parte del reconocimiento de la sensación como elemento primero de la

conciencia, de tal modo que la realidad de las cosas no está fuera del sujeto y del espíritu, sino que su ser está en ser percibidas. Ahora bien, el aspecto pasivo de esta tesis positivista queda corregido por la concepción del espíritu como actividad creadora. El subjetivismo gentiliano, tiene, pués, la forma del subjetivismo metafísico; es donde el espíritu construye, crea, y es productor de nuevas e incesantes formas. En él no queda nada fuera de la conciencia, ya que la misma incógnita de la sensación existente en el neo-kantismo maoburguiano, desaparece en este idealismo absoluto.

La distinción fundamental sobre la que apoya la construcción del idealismo del acto puro, es la distinción entre el pensar y lo pensado. El acto puro de la conciencia queda reducido al pensar con pensar actual.

La significación de esta posición con respecto a la teoría práctica del espíritu, se desprende de que el sujeto no exista fuera de sus actos creadores y, por tanto, fuera de sus acciones: en consecuencia, la acción y el pensar son inseparables. Por eso, todo acto, aún el de aspecto más teórico, es, al mismo tiempo, de naturaleza práctica. No puede decirse del espíritu que es, sino que actúa y opera.

Desde estas premisas se comprende la llamada reducción moralística del Derecho (9). La distinción que separa el Derecho de la Moral es la del querer como querido, frente al acto puro del querer: Lo primario, empero, para el espíritu, es el querer puro.

El mismo monismo subjetivista lleva a la absorción de la Sociedad misma en el interior del hombre. La Sociedad es la realidad del querer en su proceso (10).

La Filosofía del Derecho de Gentile, no viene a resolver ninguno de los problemas más urgentes planteados a la realidad del Derecho, y la reducción rigurosa de todas las formas del espíritu y de la cultura al subjetivismo metafísico del acto puro más bien significa retroceso con respecto a las posiciones ya logradas dentro del idealismo objetivo. La importancia de Gentile, para nosotros, está en la concepción activista y creadora del espíritu. La prueba, es que ésta ha sido en efecto su importancia real y su significación histórica. Al fin y a la postre es un pensamiento filosófico que ha vivido, dándole contenido espiritual a un movimiento político. Sabido es que merced a Gentile ha podido el fascismo italiano adquirir ranto teórico. La inspiración filosófica de Gentile casaba perfectamente con la teoría sociológica de Pareto respecto a la actividad creadora de las "elites". Dicho de otra forma: lo que pervive del influjo de Gentile es el "ethos" que lo sustenta; la creencia de que la Historia no es cosa lograda ni construida del todo, sino campo abierto a la tarea incesante. La esperanza en la actividad constructora y creadora del espíritu, transformando en la realidad lo que no es, pero que debe ser, porque es lo único que puede darle dignidad a la vida.

3). En Alemania, el movimiento neo-hegeliano, es menos original, pero se atiene más a las líneas de la escuela. Nace por oposición al pensamiento inmediato neo-kantiano; de tal manera, se ha pretendido que la dirección neo-hegeliana repitiera el tránsito histórico-filosófico de Kant a Hegel. En la Filosofía general ésta ha sido la posición de los neo-hegelianos más importantes:Kroner y Cohn (11). No es posible ocuparse ahora del movimiento general,

con la renovación del interés por la dialéctica, ni menos tratar de la adaptación de esta dialéctica hegeliana por los mejores teóricos del marxismo actual: el propio Lénin (12) y, sobre todo, Lucaks (13).

En la Filosofía del Derecho el movimiento neo-hegeliano alemán nace de la polémica contra el neo-kantismo. Su representante ~~má~~ más importante es Binder, (14) en quien las intenciones y el proceso lento de aquella oposición y transformación se muestran con más claridad. En Binder, además, se inician a última hora modificaciones dentro de su neo-hegelianismo, que le llevan, según sus condiscípulos, a aproximaciones con ciertas formas de la llamada filosofía de la vida.

En Binder puede verse perfectamente planteado el problema del idealismo objetivo: la conciliación de los elementos escindidos por el idealismo dualista neo-kantiano. Todo el sistema de este jurista filósofo no pretende más que mostrar la racionalidad inmanente en el Derecho; concepto, ideal y realidad, intentan conciliarse en una unidad que los abrace. La racionalidad del Derecho positivo postula por una parte la unión de lo real y lo ideal y de lo material y lo formal por otra. El sistema de Binder nace en su polémica con Stamler, sobre el concepto y la idea del Derecho. Y basta, a su vez, analizar los dos conceptos fundamentales: idea y comunidad, para tener la clave de todo su sistema.

La construcción de la Idea de Binder es típica de las aspiraciones del idealismo objetivo. La Idea tiene carácter regulativo y constructivo al mismo tiempo. Ahora bien, constructivo, no en el sentido de la categoría kantiana, como un principio formal de ordenación, sino en el sentido de un fundamento creador de la

realidad; es decir, de un factor que forma y dá sentido a la realudad. Su carácter regulativo significa que plantea una exigencia y una tarea que debe ser realizada. En esta concepción de la idea, vemos descomponerse los elementos que en las consideraciones generales sobre el idealismo objetivo dijimos eran en éste necesarios para racionalizar la realidad sin aceptarla en absoluto. Dicho en otra forma: en la idea se rastrean los dos elementos que forman el dualismo mínimo, necesario para la marcha del espíritu en la realidad. Pués, en efecto, Binder pretende resolver con la Idea una tarea doble: por una parte, satisfacer la pretensión del formalismo jurídico neo-kantiano de formular las categorías ordenadoras del caos de la realidad, en este caso, las categorías jurídicas, que hacen posible la realidad y el conocimiento del Derecho; por otra justificar la tesis jus-naturalista de un Derecho ideal al cual no se adapta la realidad imperfecta y todo ello afirmando además el carácter real y positivo del Derecho.

Pués bien el carácter constructivo y regulativo de la idea permiten llevar a cabo esta doble tarea. Como idea constructiva penetra e informa la realidad, dándole sentido de realidad jurídica. En cambio como idea regulativa marca una meta nunca lograda, dejando a la realidad la imperfección necesaria para justificar el desarrollo continuo de la Historia.

Binder, que no hace uso del método dialéctico, necesita crear esta dialéctica mínima, para eludir el peligro de una santificación de todo derecho positivo.

Binder reconoce la realidad del derecho, ahora bien, para desvanecer el equívoco que juega en esta palabra, conviene precisar que la realidad de que habla Binder no es la del natura-

lismo, la realidad sensible, ni una realidad vital, sino la realidad de la Cultura, La realidad de que habla es siempre esa realidad ya transformada que es la cultura. En esto sigue dentro de la dirección del neo-kantismo sud-occidental; y constituye el equívoco de su pretendida conciliación entre lo positivo y lo racional. Sólo cuando se llegue a un plano más primario que el de la realidad "cultura", y se avance a la realidad que la sustenta, a la realidad vital, será posible plantearse el problema con mayor rigor. Lo que mantiene a Binder, pués, a pesar de todos sus esfuerzos, alejado de soluciones definitivas, es su concepto de la realidad cultural y la inserción del Derecho, pura y simplemente, en el mundo de la cultura.

El segundo concepto fundamental del sistema de Binder es el de comunidad. El Derecho tiene un contenido: la idea de comunidad. Puede decirse que todo el sistema de Binder es la coordinación de ambos principios fundamentales, el de la Idea y el de la comunidad. A este concepto de la comunidad se debe, sobre todo, la colocación objetivista y anti-individualista de su sistema. La comunidad es previa a la personalidad, es la condición de la personalidad; el individuo sólo como miembro de la comunidad adquiere personalidad y valor jurídico. En consecuencia, no es el principio de igualdad, fundamental en las concepciones dominantes desde la ilustración, el que forma el trasfondo de su concepción jurídica, sino el de libertad, concebida como participación equitativa de todos los individuos desiguales en la comunidad, en cuanto miembros de ella. Este mismo concepto de comunidad fundamenta la resolución de todos los problemas más importantes de la Filosofía del Derecho: la coacción jurídica, la justicia, la equidad,

las relaciones con la moralidad, etc. De igual manera, la idea de la comunidad apoya su concepción de la ciencia del Derecho como una ciencia interpretativa e histórica. La ciencia del derecho no permite una construcción puramente lógiwa y formal, pues exige tener en cuenta, en todo momento, el contenido vivo de la comunidad de que el Derecho no es sino su objetivación.

Binder no quiere construir un sistema de normas jurídicas de valor atemporal, sino sólo mostrar la racionalidad inmanente en el Derecho positivo, como un momento del desarrollo o desdoblamiento de la idea del Derecho: Pero en realidad su construcción de las categorías fundamentales del Derecho -que realiza apoyado, precisamente, en la idea de la comunidad- equivale a la formulación de un sistema determinado de conceptos jurídicos, que, cabalmente, no son válidos para la interpretación total de la realidad jurídica de las últimas centurias.

Lo que viene expuesto corresponde al momento filosófico de su gran obra "Filosofía del Derecho"; posteriormente, sufre su pensamiento una modificación, que le aproxima, al menos en la terminología, a la Filosofía de la Vida. La idea del Derecho, como conciencia de valor de la comunidad, encuentra el instrumento de la aproximación indicada en la idea del espíritu objetivo; el derecho es el principio vital del Estado (15). Ahora bien, la revaloración de estos principios y la interpretación de la comunidad como comunidad nacional, acercándola con ello a la realidad vital, vamos a verlo con más claridad en uno de sus discípulos, en Larenz (16).

Lo vago e impreciso de la idea de comunidad en Binder desaparece en la nueva interpretación; sin embargo, no parece tampo-

co que esto pueda resolver el problema filosófico planteado. En esta última fase, como veremos, se acentúa todavía mucho más frente al normativismo e individualismo de la época anterior, el impulso objetivista y la preocupación anti-individualista y totalitaria.

El instrumento metódico de esta revaloración lo presta la teoría del espíritu objetivo; teoría de origen Hegeliano, remozada y transformada en estos últimos años (17). El espíritu objetivo se concibe "como la vida espiritual de la comunidad y sus objetivaciones": obras del espíritu que, desprendidas de la corriente de la vida creadora y en perpetuo movimiento, están, empero, destinadas a servir a esta vida y en ella tienen su razón de ser" (18). De una forma más sencilla: el espíritu objetivo es la condensación del espíritu de un pueblo en las obras de la cultura. En consecuencia, en el espíritu objetivo entran tres elementos: por una parte, la objetivación, precipitación o expresión del espíritu de un pueblo en sus obras; por otra, la continua penetración de estas obras ya creadas en la corriente vital, y su revaloración e interpretación incesante y, por último, como soporte de todo, la vida de la comunidad espiritual.

La idea del espíritu objetivo es, como vemos, una idea típica del idealismo objetivo, ya que en ella se resuelven, en una "totalidad", las separaciones abstractas del ser y del deber ser, de la realidad y de los valores. El espíritu objetivo permite interpretar la comunidad como una individualidad concreta, integración de realidad y vida espiritual, unidad de acción y de valor, ya que todo el proceso de su actividad está en sí penetrado de

sentido y de valor y no cabe concebirlo, ni como un hecho psicológico o sociológico, ni como una tendencia a realizar valores abstractos y atemporales. Pues el espíritu objetivo es "unidad de ser y sentido", realización de contenidos espirituales y, por tantoconexión de sentidos como proceso real y suceder temporal (19). En el fondo significa una renovación de la idea de la escuela histórica del espíritu del pueblo y, por eso, en toda esta interpretación, pueblo y comunidad aparecen equivalentes. En la equiparación de pueblo y comunidad residen los peligros y los éxitos de esta teoría.

En realidad concepto tan fundamental como el de comunidad, no se encuentra analizado ni definido de un modo claro. Sociológicamente, la estructura comunidad tiene una larga historia, pero ninguno de los conceptos precisos a que han llegado las escuelas sociológicas en este punto, se aplica o recoge por esta dirección filosófico-jurídica. Su concepto es más bien el de los románticos y el de la escuela histórica, y viene a confundirse en la realidad política con el concepto de pueblo, entendido también con imprecisión, pués una vez aparece como soporte cultural, en cuanto nación, y otras veces como la unidad política del Estado nacional. Los éxitos y la importancia práctica de esta dirección se deben a su aproximación a un fenómeno real, ya que en último extremo se apoya en la vida concreta del Estado nacional actual, alimentándose del "etho" y de la savia viva del mundo de convenciones de un pueblo, tomado en su existencia real e histórica. Ahora bien, en cuanto construcción filosófico-jurídica, enferma de la vaguedad de su concepto fundamental. Así, para La-

renz, el Derecho es "la forma de vida realmente existente de la comunidad" (20). En este punto una anticipación certera se malogra por el concepto de comunidad. Pués el derecho aparece con respecto al individuo no como la forma de su vida, sino como norma que se le opone y enfrenta. Los individuos están en una determinada contraposición respecto a la comunidad y perciben el derecho, forma de vida de esa comunidad, como norma. Como individuos viven, pués, según el derecho tiene lugar aquí una sustancialización de la comunidad, esta se totaliza frente al individuo. Este error sociológico y filosófico impregna toda la derivación del sistema.

Conviene, pués, que lo estudiemos con mayor detalle. La posición fundamental de Larenz, como la del pensamiento concomitante, es de un decidido antinormativismo: "la Filosofía del derecho debe libertarse, ante todo, de la representación del derecho como un conjunto de normas, representación habitual del positivismo y del formalismo jurídico" (21).

La afirmación de que el Derecho no se agota en un conjunto de normas, sino que su plena efectividad la alcanza solo en la vida concreta de su realización es un resultado positivo evidente. Empero, no hay que temer que este pensamiento conduzca a Larenz a la admisión de un derecho social o al reconocimiento pleno de la existencia de diversas fuentes de producción jurídica. Su idea de la comunidad lo impide. En efecto, el Derecho, como forma de vida de la comunidad, no es una convicción en el sentido de la escuela histórica, sino una manifestación de voluntad; "la voluntad viva de la comunidad", que se expresa, no solo en la legislación o en el Derecho consuetudinario, sino en el procedimiento

judicial, en la ejecución de los actos jurídicos y en la misma vida jurídica de los individuos. Ahora bien, la introducción de este elemento, la voluntad de la comunidad, lleva a la postre a la aceptación de la tesis combatida: el reconocimiento de la preponderancia del Derecho en su forma normativa, aún más, estatal. El interés mismo de la unidad del "todo" pueblo, que es la comunidad y que viene a confundirse con el interés mismo del Estado, fundamenta que el Derecho fijado especialmente en un sistema normativo, realice mejor las exigencias de la seguridad jurídica. Con lo cual, la tendencia a encontrar el Derecho en la vida espontánea de la comunidad -de tal manera que, según Larenz, el intérprete en la aplicación del Derecho penetra en las relaciones de la vida, creadoras por sí mismas del Derecho-, retrocede o desaparece ante la exigencia del Estado totalitario; es decir, ante la necesidad inmanente en el concepto de comunidad, base de toda la doctrina.

No deja de tener interés observar cómo se le escapan a Larenz, igualmente por exigencias de su base teórica, conceptos pertenecientes del todo al positivismo jurídico y al normativismo por él combatidos. Por ejemplo la "decisión" estatal y la idea de "seguridad jurídica". De esta manera, a pesar de la tendencia vitalista que preside su pensamiento, viene al final a encerrarse en el círculo del normativismo y del predominio de la ley.

En la idea de la comunidad se fundamenta asimismo el antiindividualismo. Ya dijimos que esta comunidad se substancializa y se opone en su totalidad al individuo. La concepción de lo social aquí implicada es, por eso, la universalista: se proclama el primado de lo colectivo con respecto a lo individual. Empero,

falta en Larenz una mayor precisión del concepto de comunidad. La única nota positiva que cabe deducir es la equiparación de la comunidad con el pueblo. Confusión que no gana con una interpretación emocional del concepto de pueblo como realidad inefable transmitida por la sangre. En realidad, queda, pues, reducida a esta tradición en la sangre la explicación de un concepto tan fundamental.

La concepción universalista de la comunidad pueblo, obliga a concebir de un modo dialéctico la relación individuo-comunidad. El hombre, ser que tiene la extraña posibilidad de pensar y querer de otro modo que la comunidad, adquiere, sólo por eso, su individualidad, su ser para sí. Pero, como a pesar de todo, no puede desprenderse por completo de las raíces vitales que le ligan a la comunidad, vuelve a ella en concepto de miembro, merced al derecho, a la norma. El momento de la separación absoluta entre la comunidad y el individuo, puede ser un momento dialéctico, pero jamás una situación real. Dicho de otra forma esta concepción de Larenz es un imposible sociológico. Con todo, su preocupación antisubjetivista tiene una realización que no consigue alcanzar en su antinormativismo.

En resumen la situación acertada del derecho como forma de vida se malogra en Larenz por su concepto de comunidad. No en balde, gran parte de los mejores resultados del pensamiento alemán contemporaneo sobre lo social y lo histórico, se dificultan y ahogan por la persistencia de la teoría del espíritu objetivo.

Dentro de la protesta contra el normativismo positivista, es también muy importante la posición de Sohmitt (22), aunque has-

ta ahora solo se haya manifestado en forma esquemática. Smitt opone al pensamiento sindico positivista del siglo pasado -normativista y decisionista- una nueva postura o actitud que concibe al derecho como "orden concreto". La misma terminología indica que estamos dentro de los cuadros del idealismo objetivo, si bien hay también una tendencia marcada hacia una concepción jurídica de tipo sociológico, como veremos luego en las teorías francesas de la institución.

Al concepto de norma se opone el de ordenación concreta; productor de la norma, y no viceversa. Los conceptos fundamentales son los de situación normal y tipo normal, significando con este juego de palabras una situación de hecho que, por decirlo así, lleva en su seno dibujada su propia estructura jurídica: la normalidad de la situación concreta regulada por la norma y del tipo concreto que es su supuesto, no es elemento externo y desdeñable jurídicamente, sino una nota jurídica esencial e interna de la validez de la norma y una determinación normativa de la norma misma (23). Con esto se indica que no se trata de una interpretación sociológica, en sentido naturalista, de una realidad social o de un conjunto de factores sociales que exigen una norma aplicada luego a ellos de un modo externo, sino de un hecho social cuya estructura misma es la norma jurídica que desprende; algo análogo a la concepción de la institución o de los hechos normativos. Se trata, pués, como siempre, de conciliar norma y realidad, ser y deber ser, en una unidad concreta.

No habiendo en Smitt un desarrollo de estos conceptos fundamentales de situación normal y tipo normal, no cabe una interpretación más exacta de los mismos. Se oscila aquí entre una con-

cepción dentro del idealismo objetivo, próxima, también, a la escuela histórica, o bien, lo que parece menos probable, dentro de una dirección marcadamente sociológica; claro es que, dentro de una Sociología concreta del tipo, por ejemplo, de un Frayer. El mismo uso hecho de la palabra "situación", abona la posibilidad de esta interpretación. Por lo demás, no es ahora el momento de discutir si los tres modos del pensar jurídico, distinguidos por Schmitt, son, realmente, modos diversos del pensamiento jurídico o más bien maneras distintas del pensar filosófico-jurídico.

4). Idéntica protesta contra el normativismo y contra el subjetivismo de la libertad, encontramos también en una serie de juristas franceses coincidentes todos en su tendencia objetivista. Dentro de la Filosofía del derecho puede hablarse ya de un ideal-realismo francés (24). Creemos que de todos ellos merece una atención especial la figura de M. Hauriou (25), cuya teoría de la institución es, evidentemente, una de las más importantes del pensamiento jurídico contemporáneo.(26)

Se ha dicho repetidamente que lo que se conocía en los últimos tiempos como Filosofía del Derecho, era, más que nada, Filosofía del Derecho privado: Pues bien, a un contacto con las realidades del Derecho público, en una labor de años de comentarios de jurisprudencia administrativa, se debe, precisamente, el nacimiento de una teoría que se opone tan abiertamente a la tradición inmediata. Hasta que punto pueda considerarse a Haurion como representante del idealismo objetivo, no es cosa que podamos tratar aquí ampliamente. Nos basta por ahora con recordar que su

pretensión fundamental es la coordimación y conciliación de la idea con la realidad, de la norma con el ser. Su teoría quiere construir un método jurídico que supere la oposición entre el normativismo y el sociologismo.

Tampoco podemos discutir con detención el problema de si ese método es propiamente un método jurídico o si implica más bien una posición filosófico-jurídica, llena, por tanto, de grandes posibilidades. En realidad juzgamos que, no obstante la seriedad filosófica de Hauriou, el contenido de la doctrina, cuando pierde los contactos con su raiz filosófica, es más bien una concepción sociológica del Derecho. Bien entendido, de una Sociología muy alejada de todo naturalismo y bien próxima a la Sociología germinante en los últimos tiempos.

Hauriou intenta la conciliación de la idea y la realidad con su concepto de la institución. Su definición es ésta: "una institución es una idea de obra o de empresa, que se realiza y dura, jurídicamente, en un medio social; para la realización de esta idea se organiza una poder que le procura órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea, tienen lugar manifestaciones de comunión dirigidas por los órganos del poder y reguladas por su procedimiento" (27).

Nos ocuparemos luego del fundamento filosófico de esta conciliación. Nos importa ver ahora, mediante el análisis de esta definición, como Hauriou desarrolla en primer término una pura teoría sociológica. En efecto, la descomposición de los elementos que entran en la definición, nos ofrece los ingredientes de toda estructura sociológica. Estos elementos son los siguientes:

una idea que penetraba en la realidad, por el hecho de ser compartida por determinados hombres que la realizan; una duración determinada del producto social, que de ese modo ha nacido; y lo que podríamos llamar una forma permanente, mantenida por la serie de equilibrios objetivos que tienen lugar dentro de la institución. Estos son, precisamente, poco más o menos, los elementos que descubre la Sociología en toda estructura sociológica. Este carácter sociológico se acentúa aún más en la distinción en dos tipos de la institución. La institución puede ser o institución "grupo" -institución en amplio sentido- o institución "cosa", que es la institución creada por las relaciones con otro.

La institución grupo está mantenida por la comunión de los miembros en la idea y por el juego de los equilibrios internos que en ella tienen lugar. Si añadimos a esto el concepto de duración, encontramos los elementos antes indicados descritos con una mayor precisión. La idea es el ingrediente más importante: por la comunión en la idea, por la participación de todos los miembros en esa idea, nace y vive precisamente la institución. La realidad psíquica, que forma la trama de la institución grupo, significa intimidad y solidaridad, entre todos sus miembros. Esta coloración psíquica, aproxima el concepto de institución grupo a la categoría sociológica de comunidad, lanzada por Tönnies sobre bases voluntaristas y que aun modificada por Vierkandt mantiene siempre este elemento emocional de penetración, de cordialidad entre todos sus miembros, como su centro generador y explicativo.

Para Haurion la existencia de las manifestaciones de comunión en la idea y del equilibrio de fuerzas que la mantienen relativa-

mente estable no bastan para la vida plena de la institución. Es necesario el reconocimiento de un poder objetivo, que signifique su traducción consciente. Este es el momento en que se introduce por primera vez un elemento puramente jurídico.

La institución cosa se origina en las relaciones de carácter interindividual, de que es siempre paradigma la relación económica de cambio. Con la institución cosa recoge el mundo jurídico individualista y traduce la realidad sociológica sustrato de todo el individualismo jurídico de los últimos siglos. También este concepto de institución corresponde a la categoría "Sociedad" de Tönnies y sus continuadores. En la terminología de Tönnies la institución grupo representaría la forma social de la voluntad esencial, y la "institución cosa" la forma social de la voluntad de arbitrio. Ahora bien, según Hauriou existe una primacía de la realidad de la institución grupo sobre el tipo de institución cosa. Las razones que da son también paralelas a la explicación sociológica de Vierkandt[128] respecto al predominio de las relaciones de comunidad sobre las de Sociedad; en efecto las relaciones de los individuos aislados y movidos por un interés, no pueden concebirse sino dentro de una estructura sociológica mayor o menor que lo cobije. Con otra terminología podría decirse que equivale la distinción de Hauriou a la división a que tiende la Sociología más moderna entre la teoría de las relaciones y la teoría de los grupos; teoría de las relaciones que parten del individuo para llegar a la estructura social, y teoría de las estructuras que parten del todo social para llegar al individuo.

Hauriou se plantea el problema de la distinta situación his-

tórica de una u otra forma de la institución, del predominio de una u otra en algún momento de la historia, es decir, el mismo problema de la interpretación historizante de las categorías sociológicas antes descritas.

Hemos insistido en el aspecto sociológico de la teoría de Haurou porque creemos que éste es en efecto el que resalta en toda su obra. Quizá esto nos advierta que la consideración del derecho como realidad social debe ser el primer paso en toda investigación sobre el derecho. Ahora bien, no puede quedar de esa primera aparición.?Existe en Hauriou una fundamentación filosófica? Sin duda. Solo que el Hauriou filósofo es menos claro o más complicado que el Hauriou sicíólogo y jurista.

Sin embargo a través de las dificultades de su pensamiento filosófico se vislumbran muchas veces geniales anticipaciones. ?No persigue en cierto sentido lo que hoy es un tema central de la Filosofía? ?Qué relación existe entre Sociología y Filosofía?.

La historia de las influencias filosóficas sobre Hauriou, ha sido perfectamente trazada por Gurvicht (28). Fué su problema una conciliación entre posiciones al parecer tan contradictorias como las de Bergson, Proudhon y Platón. Su mayor dificultad está en armonizar el mundo platónico de las ideas objetivas, con el devenir bergsoniano, de un "elan vital" en incesante y renovada creación.

Hauriou hace uso de su idea-acción, idea-obra, para realizar el tránsito de la idea objetiva, a una realidad en incesante creación y movimiento, Gurvitch da de esta teoría una interpretación apoyada en Fichte. ?No será posible ver en la idea de obra, la idea-acción, situada en la duración y, por eso, penetrando la

realidad empírica y transformándola, algo próximo al concepto de ser ejecutivo del naciente humanismo trascendental?. En este sentido, la misma teoría sociológica quedaría transformada de tal modo, que le acercaría a las nuevas direcciones germinantes de una Sociología apoyada en la Filosofía de la vida. Pero, en realidad, la diversidad de fuentes y la pluralidad de influencias en Hauriou, hace peligrosa toda interpretación. Hoy por hoy creemos que su conquista definitiva es haber mostrado que el derecho es al menos en su primer plano, una realidad social. ?Cuál es la naturaleza de esa realidad social? ?Cuál es su sentido?. Estos son los temas del momento actual.

?Gana algo la teoría de la Institución en su continuador G. Renard? (29). Gurvitch sostiene que el tomismo desvirtúa el sentido y la originalidad profunda de toda la obra de Hauriou. En principio hay que darle la razón, pero esto no pasa de ser una sospecha filosófica: es necesario esperar a que aparezca el tomo en que se anuncia la fusión de la teoría institucional con el tomismo. Solo es cierto, por ahora, que la obra de Renard pierde en profundidad lo que gana en atracción sugestiva, comunicada por un estilo de gran calor humano.

Igualmente es mucho mayor en Renard el aspecto combativo y programático. Su libro de divulgación L'Institution, fondement d'une renovation de l'Ordre social" tiene por eso un evidente interés. En él ha precisado Renard con toda claridad los puntos en que el nuevo orden social ha de diferenciarse del viejo sistema individualista: "la concepción institucional implica una renovación total de la ciencia del Derecho, es una réplica de la concepción jacobina del Derecho" (30). Frente a ésta concepción

jacobina, como él llama a la concepción del subjetivismo de la libertad, la concepción institucional se diferencia de ella en los siguientes puntos:

1°.- Frente al equilibrio de las libertades, la coordinación de las actividades individuales;

2°.- Frente a la metafísica de la personalidad, la unión de la metafísica del orden a la metafísica de la personalidad.

3°.- Finalismo frente a mecanicismo.

4°.- Antietatismo.

5°.- Verdad absoluta frente a relatividad.

6°.- Heterogeneidad y diversidad, frente a homogeneidad.

7°.- Multiplicidad de los sujetos de derecho.

8°.- Protesta de la unión constante en el positivismo de la norma, la construcción y la coacción. Más concretamente, frente a la coacción la confianza, precisamente en los órdenes jurídicos más elevados.

9°.- Frente a la concepción del Derecho como restricción y la concepción del Derecho como orientación. (La concepción jacobina no se preocupa más que de las relaciones exteriores entre los hombres; la concepción institucional tiende a una interpretación jurídica de las actividades humanas para el bien común); y

10.- La concepción jacobina es voluntarista y la concepción institucional objetivista.

Hasta ahora la construcción interna de la institución no me-

jora ni añade nada nuevo a la teoría de Hauriou. En cuanto a su fundamentación filosófica habría que esperar a que ésta sea un hecho. De igual modo sólo entonces podría verse si es o no una renovación del tomista. Y también entonces se resolverá el problema que Gurtvich plantea: ?es compatible el orden coordinativo de la institución con el orden jerárquico de la metafísica tomista?. O como también puede plantearse ?diferirá mucho la teoría de la institución como orden jerárquico del orden articular del universalista Spnn?. G. Gurtvich en su importante obra "Le Droit social" modifica y precisa en gran parte la teoría de Hauriou. En lo que tiene de parentesco no necesita ni exposición, ni comentario. En cambio en lo que añade de nuevo, es penalmente en su derivación del concepto del Derecho, invita a consideraciones que traspasan los objetivos del presente trabajo. Quede, pues, para la ocasión debida.

VI.

IRRACIONALISMO .

Uno de los momentos más interesantes en la marcha de la Filosofía contemporánea, es el de la sublevación de las fuerzas oprimidas por la racio, como único principio informador del mundo. Desde Nieztsche, el primer gran libertador de los instintos primidos, la protésta se continúa por iluestres representantes (Bergson, Klages, Freud, Plesner (1)). En la Filosofía general han defendido los derechos de lo irracional y de las fuerzas vitales originarias; como movimiento de reacción ha significado la reivindicación de una vida sin formas racionales frente a una razón desvitalizada. En este sentido puede juzgarse hoy tan unilateral como lo fué el racionalismo absoluto. Hay que reconocer, sin embargo, los servicios prestados por esta dirección a la renovación filosófica de nuestros días. Lo que en esta dirección era vida informe, se trata ahora de interpretar como una vida penetrada en sí misma de elementos racionales, y ésta es, precisamente, la tarea del momento presente en Filosofía.

En Filosofía del Derecho, hemos visto que la protesta contra el neokantismo y formalismo jurídico, fué emprendida tanto desde la perspectiva del naturalismo como desde la del idealismo objetivo; perc una y otra reacción se mantienen, al fin y al cabo, en el mismo plano racional en que está la dirección combatida. El neokantismo y el neohegelianismo, coinciden en idéntica actitud racionalista.

Bien es verdad, que en cierto sentido la dirección de la escuela libre del Derecho, tiene un carácter general neorromántico y elementos irracionales en la base de muchos de sus representantes. En ellos es posible captar una repercusión del elemento irracional que formaba uno de los ingredientes de la escuela histórica. Algo análogo significa la introducción del tipo de derecho intuitivo por Gurvitch (2); e igualmente podrían citarse todos aquellos que han interpretado el sentimiento jurídico como un instinto o fuerza psicológica análoga. Empero, hay que llegar a Hermann Jsay (3) para encontrar la protesta irracional en la Filosofía jurídica, formulada con absoluto rigor. El libro de Jsay es la obra de un jurista práctico que ha meditado sobre los momentos íntimos de su profesión y apoyado luego los resultados de su reflexión en sugestiones muy importantes de la Filosofía actual. En efecto, los mentores filosóficos de Jsay, son Bergson, Scheler y Maier. Del primero toma sus teorías sobre el instinto y la intuición; del segundo acepta el reconocimiento de la vía emocional, como modo de llegar a la captación de los valores; y del tercero, acoge y reelabora la tesis de que existen formas emocionales del pensamiento, diferentes de sus formas racionales sujetas a la lógica tradicional. El concepto central de Jsay es el de decisión y su resis -la más abierta oposición a la tradición jurídica dominante- es que el Derecho no está constituído por un conjunto de normas, sino, fundamentalmente, por un conjunto de decisiones.

La norma y la decisión se oponen como lo abstracto y lo concreto, lo racional y lo irracional, lo estático y lo dinámico, lo permanente y lo móvil y cambiante; en una palabra, como lo vital y lo antivital. Punto de arranque es que la norma supone una

regulación previa al caso concreto, y que la decisión implica una regulación posterior y adaptada a ese caso concreto; ambas, como regulación, significan la unión a una situación de hecho de la exigencia de una determinada conducta, y las dos exigen , para poder ser regulaciones jurídicas, que la conexión realizada lo haya sido mediante el sentimiento jurídico; pero la norma implica, como regulación que antecede al caso concreto, una regulación abstracta, calculada en vista de una multitud de casos semejantes, mientras que la decisión, como regulación concreta, es la regulación desprendida del caso individual. Por consiguiente, la norma es, en su esencia misma, racional y, en cambio, la decisión surge irracionalmente y, cualesquiera que sean los elementos racionales que la acompañen, encierra siempre, y son predominantes, elementos irracionales. Lo importante es que para Jsay el elemento primario en el Derecho es la decisión y no la norma.

La infiltración, pués, de lo irracional en la elaboración del Derecho, tiene lugar en el fundamento mismo de toda construcción jurídica. Y esto sucede de dos maneras:

1 - Porque la decisión es en sí misma una voluntad dirigida a la regulación de un caso concreto, fundamentada en la aprehensión de un valor por medio de un sentimiento. Dicho en otra forma: este sentimiento significa el reconocimiento de la vía emocional para la aprehensión de los valores jurídicos. Los sentimientos correspondientes a esos valores son el sentimiento jurídico, propiamente dicho, y el sentimiento de la utilidad. Ambos pertenecen a sustratos distintos de la personalidad: el sentimiento jurídico es, fundamentalmente, espiritual, mientras que el sentimiento de la utilidad es propiamente un sentimiento vi-

tal, ya que los valores a que tiende son valores vitales tanto del individuo como de la comunidad. Además, el valor de la justicia es irreductible a todo elemento racional, es decir, sólo puede llegarse a él por vía emocional; mientras que el valor de utilidad requiere que con su sentimiento correspondiente colaboren en muchos casos elementos racionales. A este conjunto de elementos racionales califica Jay de "Razón práctica". Los hace necesarios el carácter predominante económico de la vida moderna: en las decisiones que afectan a relaciones económicas es necesario una ponderación de intereses y situaciones que únicamente puede captar la reflexión racional.

2 - Porque lo irracional entra el contenido mismo de la decisión ~~jurídica~~. En la construcción del contenido de la decisión, que es la ordenación y regulación del caso concreto, caben dos procedimientos: en uno de ellos hay una construcción previa, merced a la fantasía, de esa ordenación y regulación del caso, que se somete luego a la valoración efectuada por sentimiento; hay, pues, un desdoblamiento en el proceso de la decisión. El segundo procedimiento consiste en abandonarse al sentimiento como intuición creadora, como conocimiento creador; este es el caso en que propiamente el "sentimiento jurídico" encuentra por sí mismo la decisión. En este punto acepta Jsay la teoría bergsoniana de la intuición. La intuición trabaja en la subconsciencia y encuentra la solución de su tarea sin una búsqueda y ponderación previas de las medidas necesarias para resolverla: "La intuición es una facultad espiritual de carácter especial, un acto de la farantasía guiada por un sentimiento de valor. Se distingue, por consiguiente,

por una parte, de la"fantasía constructiva", que opera sin una emoción de valores previos y, por otra, de la actividad de la razón. La no existencia de la última es casi su condición esencial. La labor del intelecto impide la intuición; no se debe, por eso, a ningún azar el que, entre los hombres sometidos a una civilización creciente -es decir, con el dominio cada vez mayor de la razón- la labor de la intuición se haga cada vez más rara. El dominio de la razón mata la intuición, de igual manera que el racionalismo creciente ahoga la personalidad. La intención brota sólo de una riqueza en fuerzas sobrantes de la personalidad (4). La fundamentación bergsoniana de lo que antecede es suficientemente clara.

En oposición a la doctrina tradicional Jsay sostiene el carácter secundario y derivado de la norma. La norma se deriva de la decisión o de una serie determinada de decisiones por un procedimiento de abstracción. El legislador, cualquiera que sea su situación concreta, opera siempre apoyado en un conjunto de decisiones previas.

Importa ahora determinar el valor de los dos elementos -decisión y norma-, dentro del mundo jurídico. Jsay distingue dos regiones dentro del orden jurídico total: la región que regula los "fundamentos de la comunidad jurídica" y la región que regula "las relaciones del llamado comercio jurídico", es decir, las relaciones de los miembros de la comunidad entre sí y de los miembros con la comunidad. En la región de los fundamentos de la Sociedad imperan las normas, aunque deducidas la mayor parte de decisiones; en cambio, en la región del comercio jurídico, de las relaciones interindividuales, domina por completo la decisión

como creadora del Derecho. Ahora bien dado que las relaciones del comercio jurídico constituyen la parte más extensa del orden jurídico total y, además, dado que las normas reguladoras de los "fundamentos de la Sociedad" provienen, en su mayor parte, de decisiones, el orden jurídico se nos presenta, pues, como un conjunto de decisiones y no de normas.

La originalidad y el valor de la aportación de Jsay, está no solo en la introducción del momento emocional como constitutivo y fundamental de la producción del Derecho, sino, además, porque apoyándose en esta base, coincide con las posiciones fundamentales de la gran corriente de protesta contra la concepción del Derecho normativa, formalista y etatista.

El reconocimiento de lo concreto, de lo individual, de la necesidad de aproximarse al caso vivo, le une a los postulados generales de un nuevo Derecho de carácter dinámico y vitalizado. La separación entre Estado y comunidad jurídica, o sea el carácter primordial del Derecho como función social y derivable, por tanto, de ésta, independiente de toda conexión con el Estado, es otra de las afirmaciones de Jsay que hay que tener en cuenta y valorar en los momentos actuales. Además, aunque solo sea de pasada, reconoce el origen institucional de gran parte de las normas jurídicas. En efecto, Jsay afirma que muchas de las normas que regulan los fundamentos de la Sociedad, vienen determinadas por la estructura interna de grupos, de estructuras sociales, que cuentan a veces con una vida extendida por centurias. No otra cosa significan los esfuerzos a que tienden las teorías de la institución y las doctrinas que conciben al Derecho como ordenaciones de situaciones concretas.

Por otra parte, Jsay, apoyado en la dirección fenomenológica de la Sociología contemporánea, llega en su teoría de la justicia a una formulación de las relaciones de lo individual y lo colectivo, de patente actualidad y, sin duda alguna, en la vía auténtica de su solución.

Las equivocaciones de Jsay provienen de su postura eminentemente de protesta y reacción. Así, a pesar de su clara concepción historicista de los procesos jurídicos, no percibe que, gran parte de sus afirmaciones, sólo pueden tener validez para situaciones sociológicos de pasados tiempos, ya que el Estado actual, por transformaciones internas del sustrato social, constituye un elemento hoy día fundamental de la vida jurídica, que obliga a reconocer la efectiva superioridad de la norma estatal. Es idéntico error a que tiende el Derecho social de Gurtvich (5) o el pluralismo anárquico de Lasky (6). Sin embargo en el mismo Jay se encuentran pasajes en donde se infiltra este reconocimiento; por ejemplo, cuando admite el predominio de los factores económicos en la vida jurídica actual, que obligan a una mayor participación del elemento racional; cuando reconoce, que la región jurídica de los fundamentos de la Sociedad está sujeta en su parte fundamental a los principios normativos del Estado, que obedecen en esencia a distintos principios de los de la regulación del comercio jurídico interindividual. En esencia, la quiebra a que está expuesta su importante obra, procede de su misma base: la aceptación de lo inefable, como él dice, de lo indefinible, como fundamento del orden jurídico. Cualquiera que sea la participación de los momentos emocionales en la construcción del Derecho, cosa que ahora no podemos considerar, es de-

cir, reconocido el Derecho como una forma de vida, es necesario no olvidar el carácter estructural del Derecho, que implica siempre fijación, precisión y, por tanto, racionalización. La vida del Derecho, como toda vida, ha de ser una vida racional.

En definitiva, la obra de Jsay, desde un punto de vista filosófico-jurídico, no realiza una fundamentación última del Derecho. Tenía que haber insertado ese estrato irracional en una capa más profunda que lo justificara y explicara. Dicho en otra forma: falta la fundamentación metafísica del Derecho.

Con todo, la obra de Jsay es de extraordinaria importancia, por la formulación clara de un elemento solo vagamente expresado por otros autores y por la cantidad de conquistas de detalle de que está lleno su desarrollo.

VII.

FILOSOFIA DEL DERECHO Y CONCEPCIONES DEL MUNDO.

Hemos venido considerandoal subjetivismo de la libertad, no sólamente como una dirección abstracta del pensamiento, sino como una forma histórica de vida; como la conformación espiritual de una situación que ha durado históricamente. La reacción en el terreno abstracto del pensamiento contra el subjetivismo de la libertad, marcha paralela con una descomposición interna de su estructura sociológica real. No cabe decir en estos momentos si esa descomposición es total y apunta a una transformación completa, ni tampoco puede afirmarse que su contenido espiritual, ~~como contenido espiritual~~, como contenido de verdad, haya fenecido totalmente. Importa ver, ahora, si las direcciones del pensamiento que se le oponen encierran la posibilidad de insertarse en la historia como transformaciones totales de la forma de existencia anterior. Para ello sería necesario que la ideología se penetrase de una transformación del sustrato real. El problema es, pues, ver el fondo en cuanto concepciones del mundo que llevan consigo los movimientos de reacción estudiados. No se ha de entrar ahora, ni en pro ni en contra, de la teoría que considera todo pensamiento filosófico como producto de un ímpetu de voluntad (1) con intenciones prácticas, sino de estudiar, simplemente, la relación en que están determinadas teorías con movimientos de carácter práctico y político. Por tanto no se pretende ni rozar el problema

del pri genético.

La Sociología actual como conciencia de una "situación" determinada, tiende a estudiar y darse cuenta de los movimientos que en esta situación tienen lugar; es decir, intenta conocer los gérmenes de una transformación de la estructura social imperante. En cuanto tal, la Sociología únicamente puede descubrir y dibujar la constelación de los distintos elementos de nuestro momento social; pero ahí termina su labor como ciencia y queda a la vida, en su voluntad política, señalar, más que como teoría como finalidades de acción, las transformaciones que ha de sufrir la constelación de los elementos presentes.

Pués bien, la Sociología señala la situación actual como una situación clasicista (2). La Sociología no marxista, subrayando precisamente la participación intelectual, productora o coadyuvadora a la formación de las clases, reconoce que es evidente el carácter clasista de la situación sociológica contemporánea. Ello implica que, no obstante la posible indeterminación real del concepto de clase, se encuentran frente a frente dos grandes conjuntos en pugna, que determinan, merced a esto, la marcha real de la política y de la Historia contemporánea. Estas fuerzas en pugna han eliminado el elemento real de poder que había existido hasta los momentos presentes: el poder del Estado. Y la situación real es la de un Estado que se encuentra ante una oposición de fuerzas en el seno mismo de la Sociedad. La posición clasista dentro de la Sociedad y el Estado, plantea el problema de cómo ha de resolverse este juego de fuerzas. Como se ha dicho antes, la Sociología no puede dar la solución; puede, en todo caso, construir las soluciones posibles dentro de una rigurosa perspectiva racional. En efec-

to, las soluciones posibles que la Sociología contemporánea presenta, son las siguientes: (3)

1ª.- La imposición de la clase ascendente sobre la clase en defensiva, con la transformación del Estado en Estado servidor de esa clase.

2ª.- La posibilidad de que el Estado, apoyándose en fuerzas neutrales, realice la absorción y dominación de las fuerzas en pugna, dentro de su ámbito nacional.

3ª.- La posibilidad de eliminar lentamente la pugna violenta de las clases opuestas, mediante la cooperación de todos los elementos intermedios, realmente existentes, de modo que se constituya la Sociedad como una ponderación de distintos grupos sociales.

Pues bien, las decisiones políticas empiezan donde la Sociología acaba y ellas consisten en afirmar para el futuro la necesidad de una de las soluciones posibles. De otra manera puede llegarse a la comprensión de cómo se articulan las fuerzas sociales en la situación presente, es decir, prescindiendo del concepto de clase. Se trata entonces de analizar la transformación operada dentro de la estructura social producida por el liberalismo. El liberalismo suponía una Sociedad de átomos individuales, regida por la ley del cambio. Ello implicaba, como se ha dicho en otra ocasión, una concepción de la Sociedad en la que su ingrediente real era el de una enemistad potencial entre sus componentes. Las transformaciones operadas en la vida económica, han llevado a la asimilación de estos principios dentro de los distintos grupos formados sucesivamente en el seno de la Sociedad liberal. Y así se ha

originado que el ethos social de los diversos grupos sea un ethos social particularista sobre bases individualistas. La enemistad potencial se ha trasladado, por tanto, a las relaciones mismas de los distintos grupos entre sí (4).

Los resultados de esta interpretación son idénticos a la llevada a cabo con las categorías de clase. Se trata de un Estado frente a una Sociedad formada por grupos con un ethos individualista. El problema es, pues, la articulación social de esos grupos autónomos y el mantenimiento de la unidad del Estado con relación a la estructura social pluralista.

Vamos a ver cómo las direcciones fundamentales del pensamiento filosófico-jurídico de estos años, coinciden con alguna de las perspectivas en que se columbra la transformación de la estructura social. En efecto, vemos que, dentro del naturalismo, el materialismo dialéctico, en su concepción del Estado y el Derecho, coincide -naturalmente porque es una ideología clasista- con el primer grupo de las soluciones apuntadas. Cuál sea el Derecho del futuro, la posibilidad misma de su existencia, dependen de una transformación social llevada a cabo mediante el triunfo definitivo de una clase y la posible constitución de una forma sin clases de la Sociedad futura. El elemento político, declarado o no, de toda construcción filosófico-jurídica hecha desde el materialismo dialéctico, coincidirá plenamente con la estructura comunista de la economía y con las concepciones del mundo brotadas de un naturalismo radical.

Por otra parte, las direcciones más fundamentales del neohegelianismo y de las tendencias que consideran al Derecho como un

sistema de ordenaciones concretas contenidas en último extremo en la ordenación concreta más amplia del Estado nacional, coinciden con la solución sociológica del segundo tipo antes descrito. Son, por eso, las teorías filosóficas del Estado totalitario. Implican la base de una economía montada para satisfacer las necesidades de un grupo nacional y dirigida y ordenada desde el Estado como rector de ese grupo. Y así como el materialismo dialéctico se unía a los teóricos comunistas de la economía, esta tendencia de pensamiento ha encontrado en la dirección económica de Gotl Ottlilienfeld, adaptada por sus discípulos a la situación política, el apoyo científico-económico necesario (5). La economía como forma de vida de una comunidad nacional integrada corporativamente.

A la tercera perspectiva sociológica apuntada, corresponden las direcciones filosófico-jurídicas nacidas de la transformación del liberalismo. El Derecho social como Derecho de integración coordinativa; las concepciones del Derecho como producto de los grupos sociales; la teoría de la institución; el Estado como integración pluralista de distintos órdenes jurídicos, etc. En esta dirección coinciden los momentos de modificación del liberalismo y del socialismo, que responden, como concepciones últimas sobre la Sociedad y el Derecho a la pretensión de ponderar el valor de la personalidad con el valor y la necesidad del grupo; movimientos que nada mejor para caracterizarlos que el lema inglés de "freedon and organization". Libertad del individuo como valor moral y organización precisa de las necesidades sociales, cualesquiera que sean los medios necesarios para llegar a ella.

1) La filosoffa es Ciencia autónoma y pantónoma, dice Ortega Gasset.

2) Troeltsch E., Der Historismus und seine Probleme, 1922; v. Heussi, K., Die Krissi des Historismus.

3) W. Dilthey, Weltaushauungslehre; en el v. VIII de sus obras completas.

4) Logik und systematik der Geisteswissenschaften. 1927.

5) Georg Brukhardt, Die Weltenschauungskrisis der Gegenwart und Wege zu ihrer Uberwindung 1927; Rudolf Panwitz, Die Krisis der eup"anischen Kultur 1917; N. Berdiaef, Una mueva edad media; Ortega Gasset. La rebelión de las masas, 1929; Karl Jasper, Die geistige Situation der Zeit, 1931; Fritz Heinemann, Neue Wege der Philosophie 1929, introducción; Paul Valery, Regards sur le monde actuel; Massis, Defense de l'Occident, 1927; A. Vierkandt, Kultur der Gegenwart en el H. W. B. der Soziologie.

6) Véase desde distintas posiciones: F. de los Ríos, El sentido humanista del Socialismo, parte segunda; W. Sombart, Die Zukunf des Kapitalismus; Wilhem, Andrae, Kapitalismus, Bolchevismus, Fascismus; Cole, Guide though world chaos, 1934; G. Pirou, La crise du Capitalisme, 1934.

7) Ortega Gasset, obra cit.; además, para las transformaciones espirituales conexas, v. a Vierkandt, ob.cit.; W. Sombart, Deutscher Sozialismus, parte 1ª, cap. 3º; F. Gogarten, Politische Ethik; Jasper, ob. cit.

8) Heinemann, ob. cit. p. 12.

vitch, L'idee du Droit Social, 1932, p. 171 y s.; y, en cierto sentido, hay una historia de la protesta universalista en O. Spann, Filosofía de la Sociedad, p. 47 a 71.

II

17) Como historias de este período hechas por filósofos, además de la citada de Russell, B. Croce, Storia de Europa nel sciolo XIX.

1) 1) Ortega Gasset, El Tema de nuestro Tiempo, Kant.

2) 1) Heinemann, ob. cit.; W. Dilthey, Einleitung in die Geisterwissenschaften, tomo I, obras completas, 1923; Alois Demf, Die Hauptform Mittelalterlicher Weltauschaung, 1925; el mismo, Sacrum Imperium, 1929; Ernst Cassirer, Die Philosophie der Aufklärung, 1932.

3) Dilthey, ob. cit., cap. XII, p. 217

4) Dilthey, id. p. 218

5) Para la estructura social de la edad media v. A. von Martin, Kultursoziologie des Mittelalters. H. W. B. der Soziologie, p. 370.

6) Ortega y Gasset, Kant, p. 27

7) W. Sombart, Der Bourgeois; A. von Martin, Soziologie der Renaissance.

8) V. Ortega y Gasset, La Filosofía de la Historia de Hegel y la Historiología. Estudio contenido en el vol. Goethe desde dentro, p. 267, nota.

9) F. Tonnies, Gemeinschaf. un Gesellschaft, VII ed. 1923;

Id. id. en el H.W.B. der Soziologie, p. 180.

10) Max Weber, Wirschaft und Gesellschaft, 1925 2); además, G. Lukaes, Geschichte und Klasenwebustsein, 1925, p. 99, s.

11) Hans Freyer, Soziologie als Wirklichkeit Wissenschaft, 1930.

12) Das ockononische Zeitalter, de que habla W. Sombart. v. Deutscher Sozialismus, 1934, primera parte.

13) Metaphysik der Sitten, ed. par. K. Vorlander en la Philosophischen Bibliotek, 1922.

14) Obra cit., p. 34.

15) B. Russell, Freedom and Organization (1814-1914), 1934, p. 140.

16) Para una historia del Derecho social, v. G. Gur-

vitch, L'idee du Droit Social, 1932, p. 171 y s.; y, en cierto sentido, hay una historia de la protesta universalista en O. Spann, Filosofía de la Sociedad, p. 47 a 71.

17) Como historias de este período hechas por filósofos, además de la citada de Russell, B. Croce, Storia de Europa nel sciolo XIX.

1) 1) V. E. Kaufmann, Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, 1921, p. 1.

2) Comte, Discours sur l'esprit positiv. Sobre C. L. Lévy-Bruhl, La philosophie d'Auguste Comte, 1900.

3) Obra cit. p. 5.

4) C. Schmitt, Über die drei Arten der Rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934. p. 17 y s.

5) 5) Para todo este momento v. J. Fetrone, La última fase de la Filosofía del Derecho en Alemania, ed. esp. Calleja.

6) En realidad se origina aquí hacer una rigurosa distinción entre Austin y sus llamados continuadores. Estos no supieron recoger ni elaborar el pensamiento fundamental del maestro. V. Somló, Juristische Grundlehre, p. 35. V. además el interesante estudio de C. A. W. Manning, Austin to-day: or "The Province of Jurisprudence" re-examined, en Modern Theories of Law, 1933, p. 160.

7) Citado por E. Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, p. 391. Debe encontrarse en el ensayo sobre Austin y su escuela, contenido en el tomo III de su obra Dissertations and Discussions.

8) C por la realidad social.

9) Enciclopedia jurídica, ed. esp. Reus p. 1.

10) Schmitt, ob. cit.

11) "Una conducta duradera y habitual en relación a los preceptos fundamentales de que se trata". Zur Kritik der Juristischen Grundbegriffe, 1887, p. 3 y s.

12) Juristische Prinzipienlehre, I. 1894, p. 19.

13) Juristische Grundlehre, 1917.

14) Ob. cit. p. 251.

15) La introducción del momento genético en la base de la desvinculación del concepto del Derecho es un principio de una extraordinaria actualidad.

1) 1) V. E. Kaufmann, Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, 1921, p. 1.

2) Comte, Discours sur l'esprit positiv. Sobre C. L. Lévy-Bruhl, La philosophie d'Auguste Comte, 1900.

3) Obra cit. p. 5.

4) C. Schmitt, Uber die drei Arten der Rechtswissenschaftlichen Deuteus, 1934, p. 17 y s.

2) 5) Para todo este momento v. J. Petrone, La última fase de la Filosofía del Derecho en Alemania, et. esp. Calleja.

6) En realidad se origina aquí hacer una rigurosa distinción entre Austin y sus llamados continuadores. Estos no supieron recoger ni elaborar el pensamiento fundamental del maestro. V. Somló, Juristische Grundlehre, p. 35. V. además el interesante estudio de C. A. W. Manning, Austin to-day: or "Te Province of Jurisprudence" re-examined, en Modern Theories of Law, 1933, p. 160.

7) Citado por E. Erhlich, Grundlagung der Soziologie des Rechts, p. 391. Debe encontrarse en el ensayo sobre Austin y su escuela, contenido en el tomo III de su obra Dissertations and Discussions.

8) O por la realidad social.

9) Enciclopedia jurídica, ed. esp. Reus p. 19.

10) Schmitt, ob. cit.

11) "Una conducta duradera y habitual en relación a los preceptos fundamentles de que se trate". Zur Kritik der jurisrischen Grunfbegniffe, 1887, p. 3 y s.

12) Juristische Prinziprenlehre, I. 1894, p. 19.

13) Jurisrische Grundlehre, 1917.

14) Ob. cit. p. 251.

15) La introducción del momento genético en la base de la deducción del concepto del Derecho es un principio de una extraordinario actualidad.

16) V. Schmitt, ob. cit. p. 32 y s.

17) Aparte de los citados, representan la dirección empírica de la Teoría general del Derecho: Bergbohn, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, 1886 - Escuela analítica: Austin, Lectures on Jurisprudence of the Philosophy of Law, 1861; Th. E. Holland, The Elements of Jurisprudence, 1880; Lighwood, The nature of positive Law, 1883; Hearn, The Theory of Legal Duties and Rights, 1883; Clark, Practical Jurisprudence; quizá el mejor libro sea el de Salmond, Jurisprudence of Theory of Law, 1902.

Próximos: Binding, Die Normen und ihre Ubertretung, 2 t. 1872 y 1877; Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878.

3) 1) Sobre el neokantismo jurídico: Wielikowski Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie, 1914; E. Kaufmann, ob. cit.; S. Marck, Substanz und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie; J. Binder, Philosophie des Rechts, 1925, p.

2) Rothacker, ob. cit. p. 59.

3) Ethik des reinen Willeus, 3 ed. 1921.

4) Heinemann, ob. cit. p. 80.

5) Grundlegung zur Rechtsphilosophie, 2ª ed. 1925; Das Rechts als Idee und als Satzung, 1929.

6) Wirtschaft un Recht nach der materialistischen gesichtauffassung, 1896 (ed. esp. Reus); Die Lehre vom Richtigen Recht; Theorie der Rechtswissenschaf, 2 ed. 1923; Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 3 ed., 1928 (ed. esp. Reus). Rechtsphilosophische Abhaudlungen und Vortzäge, 1925; y el pequeño libro guión, Rechts-und Staatstheorien der Neuzeit, 1927.

7) E. Kaufmann, ob. cit., p. 14.

8) Lehrbuch, p. 4.

9) Marck, ob. cit. p. 62.

10) En realidad alude a este problema. R. Larenz, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, p. 16.

11) Binder, Ph. des R. ps. 131 y 259.

12) Kaufmann, ob. cit., p. 11.

13) Marck, ob. cit. p. 65.

4) 14) Obras fundamentales: Hauptprobleme der Staatslehre entwickellt der Souveranität und die Tehorie des Völkerrechts,

1920; Der Soziologische und juristische Staatsbegriff, 1922; Allgemeine Staatslehre, 1925 (ed. esp. de S. Legaz). Entre sus monografías y artículos interesan aquí especialmente: Uber Grenzen zwischen juristischer und Soziologischer Methode 1911; Die Philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und der Rechspositivismus, 1928; La Teoría pura del Derecho, (ed. Legaz).

15) Los límites de una substancialización y funcionalización fuera de las ciencias matemático-materiales, empiezan ya precisamente donde el experimento se hace imposible. Recuérdese la alusión a la función contraladora del experimento. Esta, sin embargo, no es la razón fundamental; pero plantea al menos el verdadero problema.

16) V. el excelente libro de H. Henning, Psycologie der Gegenwart, 2ª ed. 1931.

17) V. mi Manual de Sociología (Introducción a la S. contemporánea), que contiene la bibligrafía fundamental.

18) V. Marck ob. cit. p. 40, y H. Jsay, Rechtsnorm und Eutscheidung.

19) Marck, ob. cit., p. 30.

20) Von Wessen und Wert der Demokratie 1920; 2ª ed. en 1929; Das Problem des Parlamentarismus, 1925.

21) Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Zeitsscherift öffentliches Recht, II, 1921); Syaay un Recht 1922; Kelsens Rechtlehre.- Ultimamente Algemeine Gesellschaftlehre, 1930, una sociología "comprensiva" que es, empero, poco comprensible; la posibilidad de construir nuevas palabras que ofrece el idioma alemán, se lleva aquí a grado extremo.

22) W. Windebland. Enileitung in der Philosophie ; H. Rickert, Ciencia natural y ciencia cultural. Calpe ; System der Philosophie 1921 ; H. Münstenberg. Philosophie der Werte, 3ª ed. 1921 ; B. Bauch. Wahrheit, Wert und Wirklichkeit, 1923.

23) V. Fritz Kaufmann, Geschitsphilosophie der Gegenwart, esp. p. 15 y s.

24) Techtsphilosophie, en el vol. 1º de un Gesammelte Schiriften, 1923.

25) Influído por la dirección Rickert-Lask: G. Radbruch, Grundzüge des Rechtsphilosophie, 1914 y Filosofía del Derecho (ed. esp. 1933); Introducción a la ciencia del Derecho (ed. esp. 1930).- K. Tsatsor, Der Begriff des positiven Rechts 1928 - F. Müller - Eiser, Rechtswissenschaft und Kulturwissenschaft.

26) Investigaciones lógicas (ed. esp. R. de O.); Ideen zu einer reineu Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie, I. 1913; Formale und trascendentale Logik, 1929; Meditations cartesiennes, Introducción a la phenomenologie, 1931.

27) Larenz, ob. cit. p. 45.

28) José Gaos, La crítica del psicologismo en Husserl, 1930, p. 50.

29) Max Sheler: esp. Wesen und Formen der Sympathie, 2ª ed. 1933; Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, 1ª ed. 1927; (transición ya). El puesto del hombre en el Cosmos, (ed. esp. R. O.) - Martín Heidegger, Zein und Zeit I. 1927.

30) V. Karl Dünkmann, Lerhbuch der Soziologie und Sozialphilosophie, p. 157.

31) Die Apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts, 1913 (ed. esp. Bosch).

32) Reinach, ob. cit. ed. esp. p. 229.

33) Heinemann, ob. cit., p. 345.

34) Felix Kaufmann, Logik und Rechtswissebschaft, 1922; Die Kriterien des Rechts, 1924 - F. Schreier, Grundbegriffe und Grundformen des Rechts, 1924; Die Lehre von der Rechtsinterpretation, 1927.

35) F. Kaufmann, Logik, p. 44 y s.

36) Kritik der phänomenologischen reinen Rechtslehre, Felix Kaufmanns, 1928, esp. p. 16 y s.

37) F. Kaufmann, Logik, p. 102.

38) Menos afortunadas aun son en nuestro concepto las aplicaciones de Shapp y G. Husserl.- W. Shapp, La nueva ciencia del Derecho (ed. esp. R. de O.). 2º tomo. Wert, Werk und ligentum, 1933. G. Husserl, Rechtskraft und Rechtsgeltung, 1925; Recht un Welt 1929. Es una aplicación precipitada y sin duda superficial del pensamiento de Heidegger.

2) 1) V. F. Engels, Anti-Dühring, ed. esp. 1932, cap. IX, X y XI de la sección primera.- H. Cunow, Die Marxsche Geschichts, Gesellschaft un Staatstheorie, 1920, tomo I, cap. X y XI.

2) Die Rechtsinstitute des Privatsrechts und ihre soziale Funktion, 1929.

3) Allgemeine Rechtslehre und Marxismus, 1929.- Za Marxo-Leninskuiu teoriu gosudarstva i Prava, 1931. En la misma dirección: P. J. Stuchka; M. Rêsunov; N. Cheliapov.

4) Pachukauis, Allg. R. p. 72.

3) 5) Wielikowski, ob. cit., cap. II.- Recaséns Siches, Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico, 1929, p. 40 y ss.

6) Para la historia de la Sociología en este período, F. Squillaq, Las doctrinas sociológicas (ed. española), y P. Barth, Die Philosophie der Geschichte al Soziologie, I, 1922, 2ª y 3ª parte del libro 1º.

7) Sisteme de Politique Positive, ed. 1890, p. 361.

8) Justice.

9) De sus obras interesan aquí sólo: De la división du travail social ; sobre Durkheim y su escuela v. mi Manual y obras allí citadas; entre ellas breve y excelente: M. Deat, Sociologie, 1930.

10) Le Droit, l'idealisme et l'experience, 1922; más importante: La Foi Jurée. Etude sociologique du probleme du contrar. La formation du lieu contractuel, 1922.

11) La responsabilité. Etude de Sociologie, 1920.

12) Traité de droit constitutionnel, 2ª ed. 1921, esp. tomo I; L'Etat, le droit objectif et la loi positive, 1901; Les transformations generals du Droit privé; Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat; Souverainete et liberté.

,13) L'idee du droit social, p. 595 y ss.

14) E. A. Ross, Social Control, 1904.

15) Introduction to the science of sociology, 8 ed., 1933, p. 799.- La actual sociología americana casi desconocida en nuestro país merece, aun desde la perspectiva jurídica, mayor atención. Dentro de la rama particular de la etnología jurídica y social, los americanos han producido obras muy importantes; por ejemplo, R. H. Lowie, The origin of the State; Primitive Society, cap. 13.

16) Science et Technique en droit privé positif, 4 t., 1914-1924.

17) Le Code civil et le droit et le droit nouveau, 1904; La loi. Essai sur la theorie de l'autorité dans la Democratie, 1908. La contume ouvrière, 2 tomos.

18) Espte: Les fonctions du droit civil comparée, 1903; Les gouvernement des Juges et la lutte contre la legislation sociale aux Etats unis, 1921.

19) Charmont: La renaissance du droit naturel, 1910 y J. Cruet, La vie du droit et l'imperisance des lois, 1914; G. Morin, La loi et le contrat, la decadence de leur souveraineté, 1927; y otros.

20) Der Kamf un die Rechtswissenschaft, 1906; Aus der Vorgeschichte der Freisechtsbewegung, 1925.

21) Esp. Juristischer Kulturkamf, 1912; Was will die Freirechtsschule? 1929; Die Zukumft der Rechtswissenschaft, 1933.

22) Das Problem des naturlichen Rechts, 1912.

23) Recht un Gesetz, 1913.

24) Una extensa bibliografía del movimiento del derecho libre en Somló, obra cit, p. ; v. además Gurvicht, Le Temps present et l'idée du droit social, p. 330.

25) Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1912, 2ª ed. 1928; Die Juristische Logik, 1918.

26) Grund. S. de R., p. 386.

27) ibid. p. 29.

28) ibid. p. 32.

29) ibid. p. 34.

30) ibid. p. 385.

1) Rothacker, ob. cit, p. 59.

2) Ibidem, p. 63.

3) Heinemann, ob. cit, p. 103.

4) V. U. Spirito, L'idealismo italiano, 1930; G. Mehlis, Italienische Philosophie der Gegenwart, 1932.

5) Filosofía della Pratica. Economia e Etica, 4ª ed. 1932.

6) Fil. della Pr. p. 390.

7) Ibid., p. 203.

8) Ibid., p. 357,

9) I fondamenti della Filosofia del Diritto, 1916.

10) Ob. cit, p. 45 y ss.

11) R. Kroner, Von Kaut bis Hegel, 1921-1924; Die Selbsverwirklichung des Geistes, 1928.- J. Cohn, Theorie der Dialektik, 1923.- V. S. Marck, Die Dialektik in der Philosophie der Gegenwart, 1929-1931.

12) El Estado y la Revolución.

13) Geschichte und Klassenbewusstsein (Studien über Marxistische dialektik), 1933.

14) Rechtsnorm und Rechtspflichtm 1912; Rechtsbegriff und Rechtsidee, 1915; Rechts und Macht als Grundlagen der Staatswisksamkeit, 1921; Philosophie des Rechts, 1925; Die Gerechtichkeit als Lebensprinzip des Staates, 1926; Führer auslese in der Demokratie, 1929; Staatsraison und Sitlichkeit, 1929; Die sitliche Berechtigung des Krieges und die idee des eurigen Fridens, 1936;

V. Rechtsidee und Staatsgedankem 1930; libro homenaje a Binder, editado por R. Larenz. Próximo está W. Shönfed: Die logische Struktur der Rechtsordnung, 1927; Vom Problem der Rechtsgeschichte, 1927; Über den Begriff einer dialektischen Jurisprudenz, 1929; Von der Rechtserkentries, 1931.

15) Die Gerechtigkeit als Lebensprinzip des Staates, 1926.

16) Hegels Zurechnungslehre und des Begriff der objektiven Zurechmung, 1927; Das Problem der Rechtsgeltung, 1929; Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, 1930; Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 1931; Deutsche Rechtserneurung und Rechtsphilosophie, 1934; con Holstein, Etaatsphilosophie, 1933 (Haudbuch der Philosophie).

17) V. H. Freyer, Theorie des objektiven Geistes, 1929.

18) Larenz, Deutsche Rechtserneurung, etc., p. 16.

19) V. Freyer, ob. cit, esp. cap. I y II.

20) Larenz, ob. cit, p. 19.

21) Ibid., p. 191

22) Schmitt, Uber die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Deukeus, 1934.

23) C. Schmitt, ob. cit, p. 23.

24) V. Alice Piot, Droit naturel et realisme. Essai critique sur quelques doctrines françaises, 1930. Gurvicht, L'idée du Droit social, p.

25) Afectan aquí especialmente: La Science sociale traditionel, 1896, 1ª ed. de sus Principes de Droit public, 1910.- La Theorie de l'Institution et de la fondation, 1925. (vol. IV de los Cahiers de la nouvelle journée).

26) V. W. Ivor Jennings, The Institutional Theory, en Modern Theories of Law, 1933.- A Desqueyrat, L'Institution. Le droit objectif et la technique positive. Essai historique et doctrinal; parte histórica.- M. Walmé, Les idées maitresses de deux grands publicistes français, Leon Duguit et Maurice Haunon, 1930.- Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique, nº 1-2, 1931.

27) La theorie de l'Institution et de la fondation, p. 10.

28) A. Vierkandt. Gesellschaftlehre, 2ª ed., 1928, nº 26.

29) Gurvicht, ob. cit.

30) La Theorie de l'Institution, Essai d'ontologie juridique, 1930; L'institution, fondement d'une renovation de l'ordre social, 1933.

31) L'Institution, etc. p..96.

1) Bergson, Matiere et memoire; L'evolution créatrice. L. Klages, Der Geist als Widersacher der Seele; Mensch und Erde.

2) La idea del Derecho intuitivo viene de su maestro Petrazycki

3) Rechtuoren und Eutscheidung, 1929.

4) El término proviene de Spengler; ha sido empleado, entre otros, por Fehe y Holscher.

5) Jsay, ob. cit., p. 77.

6) Gurvicht.

7) Laski, Grammar of Politics .

VII

1) Rothacker, ob. cit., p. 131 y ss.; v. en general, Karl Manheim, Ideologie und Utopie.

2) V. Lukacs, ob. cit; F. Tonnies, "Staïnde und Klassen" en el H. W. B. der Sociologie (con abundante literatura); O. Spann, Kalsse und Staud, en el H. der St. (también con amplia bibliografía); P. Mombert, Das Wesen der Sozialen Klassen, en Hauptprobleme der Soziologie, vol. II; Wiese, System des Allgemeine Soziologie, p. 574; Ross, Principles of Sociology, ; Sh. Weber, Wirschaft und Gesellschaft.

3) Freyer, Soziologie als Wirklichkeitwissenschaft, p.

4) V. G. Briefs, Sozialformen und Sozialgeist der Gegenwart, H. W. B. der Soziologie, p. 160.

5) Wirtschaft als Lebensform ; v. K. C. Thalheim, Die natürlichen und gesellschaftlichen Grundlagen der Wirtschaft, 1934, y otros tomitos suyos en la misma colección de Reclam.

B)

En la primera parte hemos estudiado la situación presente de la Filosofía del Derecho. Ahora bien, una disciplina como asignatura responde a principios distintos de los que hasta ahora se han venido considerando. En toda ciencia puede distinguirse siempre el momento de la ciencia como tal y el momento de la ciencia como disciplina o asignatura, materia de una enseñanza universitaria. Naturalmente la situación general de una ciencia se corresponde con la situación de una disciplina como asignatura; se corresponde pero no se identifica. En el primer caso se considera la ciencia en su estado de producción, de movimiento, de renovación continua. En el segundo se estudia esa misma ciencia dentro de unos márgenes fijos, impuestos por una tradición y por una exigencia decarácter pedagógico.

No todo lo que en un momento dado corresponde al estado de una ciencia, pasa a la enseñanza de esa ciencia. Sólo puede ser objeto de enseñanza aquello que ha tenido una sedimentación, una fijación especial. No puede entrar en los ámbitos de la enseñanza de una ciencia todo lo que existe todavía en estado de movimiento, formación y germen. Por eso, todas las ciencias, en cuanto objeto de enseñanza, se mueven dentro de una tradición propia. En cada situación determinada recoge su enseñanza los problemas y los resultados fijados y probados en la tradición de esa ciencia.

Así, pues, la Filosofía del Derecho, como disciplina universitaria, que es propiamente el objeto de que aquí se trata, no puede recoger todo lo que en un momento determinado se crea, y se produce en el campo de la investigación y de la discusión científica. Nos ha sido necesario tener conciencia de cuál era la situa-

ción presente de la Filosofía del Derecho, sujeta como tal ciencia a incesante reelaboración. Se trata ahora de saber cuál es el contenido de la asignatura Filosofía del Derecho, encadenada a una tradición propia.

Cada nueva generación científica se encuentra con el problema de aceptar los datos de la tradición más inmediata de una disciplina e insertar en los cuadros de esa tradición los elementos nuevos, los resultados y las preocupaciones de su época. No puede hacerse tabla rasa en la enseñanza de una disciplina de los cuadros dados por su propia historia como materia de enseñanza. Así, pues, en la Filosofía del Derecho, considerada como materia universitaria, se dá idéntico problema: es necesario aceptar la problemática dada por la tradición más inmediata de la disciplina y sólo de un modo lento encajar en ella los nuevos problemas que se crean más urgentes en el momento presente. En este sentido, la problemática de la Filosofía jurídica, en su tradición más inmediata, es obra del neokantismo jurídico. Los problemas que se planteó Stammler han constituído y constituyen todavía las líneas generales del contenido de nuestra disciplina. ?Qué es Derecho? ?Cuando hay Derecho? ?Cuando el Derecho es justo? O sea, el concepto universal de lo jurídico, el problema de la positividad del Derecho y la cuestión valorativa del mismo. Además, el desarrollo de la Filosofía del Derecho como teoría de la ciencia jurídica, nos ha legado como otro problema fundamental éste de la teoría de la ciencia del Derecho. Repetimos, pues, que por necesidades internas de la Filosofía del Derecho como disciplina universitaria, nos tenemos que atener a esta problemática como punto de partida de una reelaboración.

Un libro recien publicado titulado "Los temas de la Filosofía del Derecho" expone claramente la tarea antes aludida. Recoge la problemática de la tradición más próxima y apunta además los meros problemas que constituyen o han de constituir la tarea inmediata. Precisamente la existencia de este libro, de tan reciente publicación, nos permite dejar de desarrollar una tarea que se movería aproximadamente dentro de los mismos límites. Ahora bien, si algo se ha desprendido de la primera parte de nuestro trabajo, pues, en efecto, éste ha sido su hilo conductor, es que el problema fundamental del momento presente en la Filosofía jurídica, es el de la determinación de la naturaleza del derecho; dicho en otra forma: el problema del ser del Derecho.

La aceptación de este problema como el fundamental de la Filosofía del Derecho, modificará, sin duda, los cuadros de la problemática antes señalada. Pero, repetimos una vez más, en la enseñanza esto ha de realizarse teniendo cuidado de no producir por excesiva rapidez un desmoronamiento total de lo que constituye hoy todavía la tradición de nuestra disciplina universitaria.

X X

X

Por lo que respecta a las fuentes, dada la índole de nuestra disciplina, no creemos pueda nunca bastar el despliegue de un fichero en unas cuantas hojas. Una lista de libros no dice jamás nadapor sí misma. El verdadero problema en toda exposición de fuentes está en la clasificación y filiación del material bibliográfico.

Es una consecuencia de la actitud espiritual del siglo XIX imantado por la ciencia natural primero y luego por el desarrollo de la ciencia histórica la preocupación y exageración de lo bibliográfico.

Pues bien, en las ciencias del espíritu debe abordarse el estudio de las fuentes con actitud muy diversa. Interesan solo en la historia de los productos espirituales, los movimientos fundamentales de su proceso, los jalones característicos de posiciones distintas y con valor propio. La historia del Espíritu tiene que ser en este respecto un poco cruel y por tanto relativamente injusta, pues ha de dejar en la penumbra para estudios particularizados todo lo secundario.

En los momentos actuales de una cultura sobrecargada es esto un imperativo vital.

Ahora bien, la bibliografía manejada -y expuesta- en el desarrollo de nuestro trabajo, creemos recoge las fuentes más importantes del momento presente de la Filosofía del Derecho. Su conexión con el esquema interpretativo esbozado, implica además una clasificación y filiación de las mismas. En realidad allí se encuentran la tipología que emplearíamos si hubiéramos de emprender un trabajo independiente y más amplio de clasificación de las fuentes de nuestra ciencia.

M E T O D O

Creemos, como es cosa generalmente aceptada, que al tratar del método en este punto de la Memoria pedagógica ha de hacerse con respecto al método de enseñanza y no respecto al método de la ciencia como tal. En efecto, los métodos científicos están dados por la naturaleza del objeto de cada ciencia. En Filosofía del Derecho, el problema del método está dado por la posición filosófica fundamental que se adopte: de ella se deriva de un modo necesario.

Importa, pues, en este punto, considerar el método general de la disciplina en cuestión. Un método de enseñanza depende de una serie de cuestiones previas, referidas tanto a una actitud pedagógica fundamental como al concepto que se tenga del organismo en que se ha de enseñar. Es necesario, por tanto, determinar lo que se crée ha de ser función de la universidad, en la cual se enseña nuestra disciplina, y cuál es la posición general que se tenga ante el problema total de la enseñanza, o sea el problema pedagógico.

Respecto a la Universidad no creemos sea necesario hacer una investigación general sobre su sentido y función. Publicaciones recientes de maestros reconocidos, nos deben servir como punto de apoyo, que supone además una concordancia total. En efecto, Don José Ortega Gasset dió en su libro "La Misión de la Universidad", una visión total de la función universitaria que creemos por ahora insuperable, Lo fundamental de su posición consiste en reconocer tres funciones especiales o momentos de la tarea univer-

sitaria. Pues la Universidad ha de ser tres cosas: primero, un órgano de transmisión de la cultura. Una Facultad de la cultura donde se enseñen y transmitan las grandes disciplinas que constituyen el todo organizado de esa cultura. Segundo, una escuela de enseñanza profesional, que prepare para el desarrollo de determinadas funciones; y tercero, el supremo poder espiritual de la vida pública de un país, por el cual se recojan y traten con dignidad científica todos los problemas puestos a flote por la vida misma en un momento determinado.

Ahora bien, ?cuál es la posición de la Filosofía del Derecho dentro de una Universidad así entendida?. Atenidos a la realidad estricta, es decir, mientras esa misión programática de la Universidad no sea un hecho, nos encontramos conque la Filosofía del Derecho pertenece a la Facultad de Derecho y es en ella la única disciplina en donde, de alguna manera, se habla de Filosofía. La Filosofía es una de las grandes disciplinas culturales de un momento que nos da el plano del Universo; es decir, una visión radical y total del mundo, dentro de cada situación histórica. Pues bien, de esta manera nos encontramos con la Filosofía del Derecho en una posición singular dentro de nuestra Facultad, pues mientras la enseñanza de la Filosofía no está organizada en esa Facultad de la cultura a que antes se hizo mención, la Filosofía del Derecho es cabalmente la disciplina que permite, en cierta manera, realizar dentro de la Facultad de Derecho una exposición del problema filosófico general; en efecto, toda Filosofía especial es, ante todo, Filosofía, y cualquiera aplicación concreta de la Filosofía implica siempre la necesidad de llegar a los problemas de la Filosofía general. Ya dijimos antes, que toda Filosofía es

siempre radicalidad y universalidad, y de cualquier problema que se trate filosóficamente, lleva en sí mismo la tendencia a convertirse en el punto de partida de una visión filosófica total. En este sentido la Filosofía del Derecho, si no toda, permite y exige la exposición de los problemas filosóficos fundamentales de una situación determinada.

Partiendo de su aplicación al objeto Derecho, es ineludible llegar a puntos de vista centrales que den una visión filosófica general o casi general. Por eso dijimos antes que la Filosofía del Derecho tiene dentro de la Facultad de Derecho una situación singular. Es la única materia que, tratando del Derecho, no tiene por qué atenerse al sistema dogmático que supone siempre cualquiera otra disciplina jurídica. En este sentido por ella pasan necesariamente, además de las cuestiones que tienen una tradición secular, todos los problemas más urgentes que levante o espume una situación histórica determinada.

Pero, además, en la Filosofía del Derecho, tangencialmente, unas veces y otras en su base misma, se insertan cuestiones que pertenecen a otra disciplina que hoy no tienen un desarrollo y enseñanza en nuestras Facultades de Derecho. Esta es la Sociología.

En otros momentos de nuestra asignatura, los problemas sociológicos le tocaban, como hemos dicho antes, sólo de un modo tangencial; hoy el problema psicológico se apunta, por lo menos, en el corazón mismo de la Filosofía del Derecho. El problema para el docente está en si le es lícito o no recoger y dar cabida dentro de sus enseñanzas de Filosofía del Derecho, al menos los datos indispensables de Sociología necesarios para la comprensión,

tanto de nuestra situación presente como de los problemas centrales de nuestra ciencia. En este punto creemos que el docente no puede eludir esa necesidad y ha de satisfacerla de alguna manera mientras las Facultades de Derecho no hayan recogido y organizado la enseñanza sociológica. Naturalmente el profesor de Filosofía del Derecho sólo puede tratar de los problemas sociológicos en sentido general en cuanto le sean indispensables, y teniendo buen cuidado de marcar nétamente la separación entre la Filosofía jurídica y la sociología: es decir, ha de hacerse patente siempre que se trata de problemas de índole totalmente diversa, de los que ha sido necesario decir algo por no tener éstos un lugar de desarrollo adecuado.

Ahora bien, el concepto de lo que sea una Universidad y una disciplina dentro de ella, constituye el primer aspecto del problema de la enseñanza de una asignatura. Es necesario, además, que el docente tenga una idea precisa de su actitud pedagógica. La pedagogía ha dependido siempre de una posición espiritual primaria; más precisamente, de una actitud filosófica fundamental. La Pedagogía, en efecto, es siempre la consecuencia de una Filosofía. Nuestra actitud pedagógica es también en este caso producto de lo que consideramos ahora convicción filosófica íntima y viva.

El gran problema de la pedagogía, hemos oído alguna vez a Don José Ortega Gasset, es el de su aproximación a la vida de manera que se reduzca al mínimo posible la distancia entre el momento de la producción vital de una ciencia y el de su exposición. Más aún: hoy se exige de la Pedagogía, que sea un vehículo de aproximación, de aprehensión de la existencia misma. Estamos en un momento sobrecargado de producción cultural y de falsos problemas. Se exige

en todas las disciplinas y más aún en las ciencias del espíritu, una poda y una simplifcación. Es necesario saber encontrar los problemas auténticos enraizados en la propia existencia, eliminando todo lo aparencial sin conexión con la vida y, por tanto, falso. Toda enseñanza se encuentra ahora ante la necesidad de alimentarse de las necesidades de la situación, y sólo así es posible la penetración auténtica del maestro y del discípulo, unidos en la elaboración y reconstrucción de una situación vivida al mismo tiempo por ambos. El objeto de esta actitud pedagógica tiene que ser el hombre en su integridad, en su totalidad, en su relación con todas las capas del Universo que le pertenecen. En este sentido es el hombre en su integralidad y no el hombre como ser intelectual al que debe dirigirse una Pedagogía existencial.

Heinemann ha dicho que la tarea más esencial de esta Pedagogía es "la de atravesar todo lo aparencial para llegar a la existencia y unir ésta con la existencia de la comunidad y del Estado. Lo que se exige del maestro no es que se transforme en una oficina de información, cosa frecuente hoy, sino que penetre en su propia existencia, que elimine todo mero saber, todas las capas superficiales y que entregue sólo lo que esté en íntima, en interna relación con su propia esencia".

A este respecto, la frase corriente de que la enseñanza supone una convivencia entre maestro y discípulo, adquiere su pleno sentido. La convivencia significa fundamentalmente la comunidad en la construcción y en reelaboración de la ciencia. Una vez más se nos aparece Gentile muy próximo a nuestras preocupaciones. Gentile, considerando que el espíritu es siempre un eterno devenir un continuo producirse, expone la relación entre maestro y discípulo

como una participación y colaboración en ese contínuo devenir del espíritu. El maestro no es frente al discípulo ciencia conclusa, el Maestro no es maestro sino que se hace contínuamente. Aprender y enseñar son dos procesos condicionados recíprocamente y nunca conclusos. El maestrosólo enseña y educa si en él se repite la historia del espíritu; dicho de otra forma: la enseñanza sólo es eficaz si el maestro es capaz de identificarse con la historia del espíritu, de tal manera que cada uno de los momentos de su proceso de transforma en actualidad vida.

Como en otras ocasiones, sólo con trasladar la terminología de Gentile a nuestra posición filosófica, encontramos en su teoría pedagógica casi el programa de una Pedagogía existencial.

Esto implica por otra parte una participación en el alumno en idéntica posición espiritual de reconstrucción de la historia de la ciencia. Es necesario que el alumno participe con su espontaneidad e inventiva y encuentre por sí mismo gran parte de las soluciones dadas por una ciencia ante sus problemas más vitales.

La convivencia de maestro y discípulo es, por eso, una participación en una tarea constante de creación y recreación científica. Aceptamos por ello plenamente el concepto de G. Dewey: no hay separación entre maestro y discípulo, entre el que comunica y el que recibe. Se trata de una "chared activity" que aprendiendo enseña y enseñando aprende.

El concepto de la Universidad y la idea de la misión pedagógica del maestro, constituyen el marco en donde insertar el problema más concreto del método de enseñanza de nuestra disciplina. Este está dado desde el primer momento por el carácter que hemos venido sosteniendo tiene la Filoscfía del Derecho: ser, ante todo

y en primer lugar, una disciplina filosófica. Pues bien, la Filosofía exige un modo suyo de enseñanza, una preceptiva de los distintos elementos que entran en esta enseñanza, que son válidos, por consiguiente, para la enseñanza de la Filosofía del Derecho.

Pueden distinguirse los ingredientes del método de enseñanza filosófica, en método de exposición y método de ejercitación.

Exposición oral.

El método de exposición distinguido del de ejercitación, no significa que esté huérfano de todo afecto de ejercitación, ya que la aprehensión de lo expuesto oralmente, cuando es conducida por una atención constante, es, por tanto, ya una ejercitación.

La exigencia del método de exposición oral, viene determinada por el carácter intelectual de la materia expuesta. Manheim ha opuesto al sistema oral, como forma racionalista e intelectual el sistema del taller como forma romántica de la enseñanza. La aprehensión de la materia enseñada que supone la actividad del taller por penetración intuitiva en los procedimientos del maestro, que construye o produce la obra ante los discípulos y ayudado por ellos, es imposible en las ciencias del espíritu. Ya veremos de qué manera ha de ser compensada en parte esta necesidad del sistema racionalista de la exposición oral.

Suele ser corriente la distinción de tres formas de exposición otal en la enseñanza universitaria: la lección, el curso mecanográfico y la con erencia para el gran público. Empero, es más corriente la simple subdivisión entre lección y conferencia pública a que responde, por ejemplo el sistema universitario alemán.

Nosotros, enlazando con lo que dijimos eran funciones elementales de la Universidad, consideramos a la división tripartita como la más acertada. En efecto, la lección, como tarea constante de una clase y desarrollando la totalidad de una disciplina a lo largo de todo un curso, corresponde a la función de la Universidad como formadora de profesionales en una materia determinada, que necesitan conocer en su totalidad. La conferencia para el gran público corresponde al papel de la Universidad dentro de la vida espiritual de un país, pues es frecuente, y así debe ser en efecto, que el tema de estas conferencias responde a aquellas cuestiones que aparezcan de mayor interés en un momento determinado para un país. En este sentido constituyen cursillos de contenido mucho más breve, en donde desaparece el aparato científico en la forma necesaria para hacer asequible un problema al mayor número posible de oyentes. El curso monográfico, que es aquel en donde un profesor desarrolla un punto concreto, suponiendo una investigación personal de ese profesor, corresponde a la función formadora de investigadores y de científicos que debe, además, tener la Universidad. Por eso, con relación al curso monográfico, se plantea un problema especial: ?dónde y en qué forma ha de desarrollarse este curso monográfico?.

En nuestra experiencia universitaria -francesa y alemana-, hemos tenido ocasión de asistir a diversos cursos de este tipo. En la Universidad francesa, es la forma corriente en que se desarrollan los cursos del Doctorado; en cambio en la Universidad alemana suelen profesarse en cualquier grado de la enseñanza universitaria.

Pues bien, en Alemania misma hemos podido plantearnos expe-

rimentalmente el problema antes indicado. Una preocupación en el alumnado por la originalidad y la novedad en los cursos de los profesores, reducida a un desarrollo de puntos brevísimos de una materia, conduce en muchos casos a una perturbación de la función más importante de la Universidad, ya que gran parte de los asistentes a esos cursos monográficos, suelen carecer por mucho tiempo de una visión total de la disciplina, sólo adquirida a última hora por necesidades del examen.

Así, pues, ?cómo desarrollar este curso de tipo monográfico? Nos remitimos a las indicaciones que haremos después sobre el funcionamiento de los seminarios, pues, en efecto, debe ser en gran parte el contenido de la actividad de ese seminario.

Ahora bien, no solo hay una preceptiva general que regula la forma de desarrollo de la exposición oral, sino que, como se desprende de lo dicho, debe haber una preceptiva especial para cada una de las formas de exposición oral distinguidas; pero éste es un problema que únicamente podemos apuntar. Se trata de una materia virgen en la que está todo por hacer. Cada una de las tres formas de exposición oral, respondiendo a sus finalidades, exige una construcción especial de la totalidad del discurso, de la exigencia de mayor o menos elementalidad, de mayor o menor fundamentación de sus elementos, inclusive un diferente tipo de estilo en general.

Ahora bien, no se basta por sí solo el método expositivo en la enseñanza de una disciplina, en este caso de la Filosofía del Derecho; es necesaria una complementación con el método de ejercitación, fundamental especialmente en Filosofía, donde la finalidad real debe estar en el desarrollo de la actitud mental que

exige el pensamiento filosófico.

Los métodos de ejercitación posibles en Filosofía y, por tanto, en Filosofía del Derecho, son las lecturas, los ejercicios en general y el diálogo. Unas palabras sobre cada uno de los tipos señalados.

L e c t u r a s.

Las lecturas que pueden hacerse en una clase de Filosofía, pueden distinguirse por el momento y función que realicen. En efecto, la lectura, en primer lugar, es la consecuencia de una exposición oral, de las alusiones contenidas en esa exposición; en este caso, c puede ser simple lectura de ilustración o con - firmación de puntos desarrollados o meramente aludidos en la exposición oral, o lectura de justificación y aprobación de una tesis sostenida o de una opinión vertida durante una exposición. Hay otro tipo de lecturas también con relación al método expositivo oral, que es el de las lecturas preparatorias para la comprensión de esa exposición. En efecto, puede señalarse un número mayor o menor de párrafos, de capítulos de la obra u obras que vayan a ser objeto en su día de una exposición, de tal modo, que constituyan un punto de apoyo en el oyente, con lo cual se compensen las ventajas recíprocas de la exposición escrita y de la oral.

Pero el tipo de lectura más importante es el que constituye la base de un ejercicio. En este sentido, la lectura tiene un valor autónomo y ya veremos esto cuando hagamos referencia a las formas y a los tipos de ejercicios.

En Filosofía, para satisfacer esta exigencia de la lectura,

ha surgido un tipo de literatura especial que es la de las antologías filosóficas y el de colecciones de textos que, por su brevedad, sean asequibles al estudiante universitario. Tristemente, no contamos en España con demasiados ejemplares de la literatura aludida, y si no la tenemos en Filosofía general menos aún en Filosofía del Derecho. Precisamente ahora empieza a publicarse una colección de textos filosóficos que responde a esa finalidad; textos que, significando obras breves de un autor o bien fragmentos de alguna obra con valor de comprensión por sí mismos, inicien al estudiante en el manejo de la literatura filosófica. Sería de desear que pudiera esto hacerse alguna vez extensivo a la Filosofía del Derecho.

La lectura plantea, empero, el problema del comentario. Aunque el texto leído sea fácilmente asequible, toda obra de un autor y más si es un fragmento, requiere ser puesto en relación con la totalidad, primero, del conjunto de la obra del autor y después con la totalidad de la situación espiritual de que la obra procede. En efecto, estas son las líneas generales del procedimiento que realiza toda interpretación o comentario de textos. Ahora bien, no puede decirse a priori el grado de concentración e intensidad de esta interpretación, pues dependerá siempre del momento que ésta se exija. Aquí, como en todo problema de enseñanza, hay una escala extensísima entre lo elemental y lo más profundo e intenso. Sólo la circunstancia de cada momento en su relación con la finalidad que se persigue y con el material humano que se ofrezca el profesor, puede determinarse el grado de mayor o menos profundidad exigido por la interpretación de la lectura.

E j e r c i c i o s.

Ya hemos dicho antes que la lectura puede ser la base de un ejercicio. En efecto, los ejercicios en general en materia filosófica, pueden ser o sobre textos o ejercicios independientes. Con relación a los ejercicios sobre textos, apoyados en una lectura, hay también una gran diversidad de posibilidades. Sin embargo, dos son los ejercicios sobre textos, típicos y fundamentales: el primero y que es el más elemental, consiste en el análisis, resumen y exposición de un texto determinado, efectuados por el alumno, a lo que sigue después, o pueden seguir, las aclaraciones y comentarios dados por el profesor. El segundo es el de la disertación apoyada en un texto determinado: es ya el tipo corriente de las disertaciones del bachillerato francés y de los ejercicios también del bachillerato alemán. La finalidad perseguida, siempre que un profesor se atenga rigurosamente a ella, es la de estimular y patentizar la personalidad del alumno. Por eso han de ser hechos con alguna libertad y eliminando todo posible apoyo.

La otra forma de los ejercicios, dijimos que era independiente de una lectura como base. Se trata de temas generales puestos por el profesor y de los cuales, en muchos libros de enseñanza, se encuentra ya un repertorio de ellos. Además de los ejemplos clásicos en materia de lógica, empieza a ser ahora más frecuente la existencia de libros que formulan algunos de estos ejercicios, por ejemplo, la "Introducción a la Filosofía" de Müller, que citamos por ser bien conocida entre nosotros. En los Estados Unidos es muy frecuente la existencia de este tipo de ejercicios

en muchos manuales pertenecientes a distintas disciplinas. Para tomar un ejemplo próximo a nosotros, recordemos el manual de Sociología, clásico ya, de Parck y Burges, donde, al final de cada capítulo, trae una larga lista de "questions for discussion". No hay por que decir que este sistema es perfectamente aplicable a la Filosofía del Derecho.

S e m i n a r i o.

El Seminario significa para nosotros el punto de confluencia de varios momentos necesarios de la enseñanza universitaria. Ya dijimos antes que el curso monográfico era aquí donde tenía su lugar más adecuado; ahora bien, entendido éste como el desarrollo de una investigación del profesor, en la que, en cierta manera, participan determinados alumnos. Es, en cierto modo, la sustitución dentro de las ciencias del espíritu, de la pedagogía del taller. Significa, para decirlo metafóricamente, realizar una investigación a la vista de los alumnos. Por eso responde a la función universitaria de creación de posibles investigadores y científicos. Deben ponerse al descubierto todos los procedimientos empleados en cualquier investigación desde sus supuestos psíquicos hasta la forma del acopio de material y elementos bibliográficos. En este sentido, la labor del seminario ha de quedar reducida a un corto número de alumnos, pues sólo deben participar en él aquellos en que apunte una vocación de investigación y creación científicas. Pero, además, el seminario es, más que la clase en general, el órgano del diálogo como forma de enseñanza.

Si aceptamos la clasificación de Kriek entre la educación funcional y la educación técnica, vemos en el diálogo el ins -

trumento más adecuado para llevar a cabo el tipo de educación funcional. Por eso, aunque dijimos que en el seminario se reconcentraba la posibilidad de mejor desarrollo del diálogo, no debe éste suprimirse nunca de la enseñanza. El diálogo, en efecto, realiza con sus funciones inventiva, formativa y de convivencia, el instrumento de la educación funcional, el instrumento de la pedagogía recreativa y existencial. En el diálogo no se forma el profesional sino el hombre y mediante él se llega a la pentración humana entre maestro y discípulo, a la transmisión de los problemas auténticos y existenciales de uno y otros. Empero, éste es el momento en donde toda preceptiva se para. Nada cabe decir respecto a las formas y al modo de desarrollar el diálogo como instrumento pedagógico. Queda, pura y exclusivamente a la personalidad del maestro. Seguramente es instrumento que puede irse adquiriendo y perfeccionando por la experiencia pedagógica. En todo caso, no será nunca maestro auténtico quien no se haya hecho programa de su labor pedagógica el cultivo y perfeccionamiento de su instrumento más vivo, difícil e importante.

x

x x

El programa está concebido con todo rigor como programa de un curso. Nos hemos, además, atenido en su elaboración a las convicciones desarrolladas a lo largo de esta Memoria. De tal manera que su fundamentación creemos nos ha sido dada por el juego

interno mismo de esa convicción. De un modo esquemático, pueden exponerse de esta manera sus fundamentos:

a) - La perspectiva filosófica general determina su sentido.

b) - Lo afirmado como problema filosófico central determina su construcción.

c) - La convicción pedagógica adoptada determina su estructura; y

d) - Los motivos prácticos de la duración de un curso, determinan su extensión.

---oooOOOooo---