Persona y Derecho

Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos

Vol 32 - 1995*

Francisco Carpintero

DOS HORAS DE TEORÍA DEL DERECHO

SERVICIO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE NAVARRA

DOS HORAS DE TEORÍA DEL DERECHO

Francisco Carpintero

Comencé este artículo titulándolo "Una hora de Teoría del Derecho", pero como a veces las cosas se alargan más allá de lo que uno quisiera, he acabado con el rótulo actual por no parecer hombre poco cabal. Los problemas se han ido entrelazando, como las cerezas, que al sacar unas salen dos detrás, y es que si el universitario quiere exponer qué es la teoría del derecho, aludiendo necesariamente a su alta cuna y añade, además, unas notas críticas, la cosa se vuelve muy ajetreada. Porque el tema, en conjunto, dista de estar claro: me parece que, ni siquiera hoy, los estudiosos se ponen de acuerdo sobre qué es la "teoría del derecho", como un saber distinto al de la tradicional "Filosofía del derecho". Desde luego, explicar el tema así, sin más, requeriría de una monografía en condiciones, porque parece que así lo pide un mínimo de decencia. Pero soy poco pudoroso, a Dios gracias, y me ha parecido que, a pesar de todo, puede merecer la pena hacer una presentación escueta de algunos aspectos de nuestra nueva acompañante académica.

Si me preguntan que por qué complico el problema con una exposición histórica, contestaré que lo más acorde con la acribia es plantear una cuestión histórica desde su perspectiva histórica. Porque la teoría del derecho o la filosofía del derecho son difíciles de entender, en su naturaleza misma, o al menos en su función,

si no tenemos en cuenta el contexto histórico que las hizo nacer. Alguien podría decir que es mejor ver el tema con ojos de actualidad y reconocer, simplemente, que existen hoy dos modos de acercarse al derecho, uno expositivo y otro crítico, y que lo más procedente es ver hasta qué punto el uno puede ser meramente crítico, y el otro simplemente expositivo. A mí también me gustan las cosas así, sanotas y claras, pero lo malo es que lo simple derive en simplismo, y me parece que esto me puede ocurrir si no aludo a la génesis histórica, al menos en mi caso, de la "teoría del derecho". Porque la ocupación con la historia tiene varias ventajas; una, que no es la menos importante, es que vuelve entre escéptico y algo cínico al estudioso, que ve cómo lo que ahora se entiende como cosa indiscutida ha tenido unos orígenes poco claros y bastante azarosos. Otra ventaja de averiguar los orígenes de lo que nos ocupa, está en que el investigador trabaja a modo de psiquíatra, que encuentra en problemas de la infancia y de la juventud modos de ser que parecen originados hoy porque se deben –así se piensa– a problemas actuales. No digo yo que nuestros problemas de hoy no pesen sobre el hecho del nacimiento de la nueva disciplina jurídica; pero también quiero indicar que lo que se viene dando por consolidado desde hace casi un siglo tuvo sus razones históricas, y esas razones pueden no ser las de hoy. O quizá sí son también las que damos ahora, y entonces el tema se vuelve más interesante.

Ya me he disculpado lo suficiente por lo que pretendo hacer. Sólo me queda indicar que, de las muchas posibilidades que ofrece el estudio de este tema, he atendido fundamentalmente una, a saber: la de si una teoría del derecho puede dar razón o no de lo que me parece que es el tema central de cualquier reflexión sobre el derecho, esto es, si es capaz de explicar la categoría y la realidad inexcusable del deber jurídico. Todo sea estar a la altura de las circunstancias y proceder conforme lo requiere la importancia del negocio.

I. LA TEORÍA DEL DERECHO COMO PLANTEAMIENTO SENCILLO Y CONVINCENTE

En cierto modo, desde el momento en que alguien afirma que la coacción es necesaria para hablar del derecho, se alinea ya con Austin cuando este inglés escribe que la *general jurisprudence* o *philosophy of positive law* sólo puede tratar del derecho tal como éste necesariamente "es", y no del derecho tal como "debe ser"[1]. Austin, siguiendo los pasos de Bentham[2], se oponía a la "tendencia dominante" que confundía lo que es con lo que debe ser, tanto en el derecho como en la moral, de forma que confundían el derecho positivo con la ciencia de la legislación, y a la moral positiva con la deontología[3]. "La existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito es otra"[4]. Este autor parecía estar preocupado por la confusión metódica entre el *be* y el *ought*, y quizá por este motivo se ocupa reiteradamente en indicarnos que la diferencia efectiva y

1. "Or (changing the phrase) general jurisprudence, or the philosophy of positive law, is concerned with law as it necessarily 'is', rather than which law as it 'ought' to be, with law as it must be, 'be it good or bad', rather than law as it must be, 'if it be good'". Cfr. *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of positive law*. 5 ed. John Murray. London, 1911, Vol. I, pág. 31, nota a pie. Si no indico expresamente lo contrario, las intensidades son del autor citado.

2. Jeremy Bentham ya había distinguido entre la jurisprudencia simplemente expositoria, y la que él llama "censoria". Escribía a este respecto que "To know what is mean by jurisprudence, we must know, for example, what is mean by a book of jurisprudence. A book of jurisprudence can have but one or the other of two objects: 1. To ascertain what the 'law' is. 2. To ascertain what it ought to be. In the former case it may be styled a book of 'expository' jurisprudence; in the latter, a book of 'censorial' jurisprudence; or, in other words, a book of the *art of legislation*". Cfr. *Introduction to the principles of morals and legislation*. London, 1823, Vol. II, pág. 256.

3. "On the prevailing tendence to confond what is with what ought to be law or morality, that is, to confond positive law with the science of legislation, and positive morality with deontology...". Cfr. *Lectures...*, cit., Vol. I, pág. 214.

4. "The existence of law is one thing; its merit or demerit is another". Cfr. *Ibidem*.

real entre el "law" y la moral se corresponde igualmente con la distinción necesaria entre la moral tal como es de hecho, y la moral como debiera ser[5]. Parece que tiene en cuenta las observaciones que ya hiciera Hume en su tratado sobre la naturaleza humana sobre el paso desde el ser al deber ser (aunque no indica esto expresamente: estas consideraciones debían ser patrimonio común de la cultura inglesa de la época), y él se ufana de abordar este problema con el talante y la claridad que han creado el "estilo inglés"[6].

De este modo, la tarea de la ciencia jurídica, sería la de estudiar al derecho "realmente vigente", de forma que el estudioso debe prescindir en su indagación y exposición de valoraciones morales: "La 'ciencia de la jurisprudencia' (o, simple y brevemente, *jurisprudence*), se ocupa con el derecho positivo, que es llamado derecho en sentido estricto, sin considerar su bondad o maldad"[7]. Un ejemplo bastante convincente de la claridad que se alcanza con este modo de proceder nos lo proporciona, años más tarde, Ludwig Knapp cuando explica que a nadie se le ocurriría confundir un ferrocarril simplemente proyectado con uno real[8]. Por ello, la tarea de la ciencia del derecho no puede ser otra que la de digestar

5. "For the name 'Morality' (or 'morals'), when standing unqualified or alone, denots indifferently either of the followings objets: namely, positive morality 'as it is', or without regard to its merit; and positive morality 'as it would be', if it conformed to the law of God, and, were, therefore, deserving of *approbation*". Cfr. *Lectures...*, cit., vol.I, pág. 88.

6. "To reader of the middle classes, and of all the higher classes of the working people, a well made and honest treatise on Moral and Political Philosophy, in his clear, vivid, 'English' style...". Cfr. *Lectures...*, cit., vol. I, pág. 135.

7. "The 'science of jurisprudence' (or, simply and briefly 'jurisprudence') is concerned with positive laws, or with laws strictly so called, as considered withouth regard to their goodnes or badnes". Cfr. *Lectures...*, cit., vol. I, pág. 172.

8. "Fürwahr, Niemanden fällt es bei, eine ausgeführte Eisenbahn mit einer projertirten, oder eine errichtete Bildsäule mit ihren Gegenentwurf zu verwechseln". Cfr. *System der Rechtsphilosophie*. Erlangen, 1857, pág. 205.

y exponer el derecho *wirklich*, creando así seguridad entre los ciudadanos[9]. Knapp nos habla de un "redigieren" del derecho positivo como tarea de la jurisprudencia. Sin embargo, para Austin las cosas no eran tan sencillas: él era un jurista demasiado experimentado para ceder ante tales ilusiones, y reconocía que la labor del juez es siempre necesariamente creadora. Mantuvo una y otra vez que la legislación ocupaba en el derecho un cierto lugar secundario en la medida en que las leyes van a rastras de las decisiones judiciales. Éste es un punto sobre el que volveré más tarde.

Los orígenes primeros de la *jurisprudence* como "teoría del derecho" fue empresa llevada a cabo por ingleses. Los de la isla no tenían gran aprecio por las abundantes obras de *Rechtsphilosophie* o *Naturrecht* alemanas: "De los tratados de 'Derecho natural' que él (se refiere a Markby) denomina *jurisprudencia en el aire* poco hay que esperar"[10]. Rudolph v. Jhering señalaba que "en Alemania, bajo el influjo realista-práctico de los ingleses, diametralmente opuesto a la dirección ideal-especulativa..."[11]. Y es que los alemanes del siglo pasado, se dedicaron por lo general a las teorías sobre la justicia, con un cierto desdén por el derecho legislado, aunque este juicio sería muy matizable[12]. Esta actitud alemana, distinta de la inglesa, la expresa claramente Lightwood: "No lo

9. "Die redigirende und interpretirende, also stets sprachliche Erbringung der Rechtsgewissheit ist die Aufgabe, und denn 'Wortbestimmheit' der Vollzug der Jurisprudenz. Die fehlerlose Präcision in die wörtlichen Feststellung des Sinnes des Rechts ist die fehlerlose juristische Beruferfüllung". Cfr. *System...*, cit., pág. 225.

10. Thomas Erskine Holland escribía que "From treatises upon 'Naturrecht' which may to describe as 'Jurisprudence on the air' he has derived next to nothing". Cfr. *The Elements of Jurisprudence*. 13 ed. Oxford, 1924, pág. VIII.

11. "In Deutschland unter dem Einflusse der der realistische-praktische Richtung der Engländer diametral entgegengesetzten Ideal-spekulativen Richtung ist...". Cfr. *Der Zweck im Recht*. 4 Auf. Leipzig, 1905, vol. II, pág. 133.

12. Vid. mi estudio *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*. Actas, Madrid, 1993, especialmente págs. 97-158.

podemos expresar más distintamente sino diciendo que en Inglaterra la jurisprudencia es, tal como Austin demostró con mucho trabajo, la ciencia del derecho positivo; en Alemania es la ciencia de la justicia"[13]. Francia no tomó parte en esta empresa. Indica Lerminier que "además, en Francia estábamos tan acostumbrados desde el siglo de Luis XIV a la supremacía del pensamiento <francés>, que nunca nos movió la curiosidad a dirigir nuestras miradas más allá del círculo de nuestras glorias"[14]. De hecho, los franceses más próximos a una actitud fenomenista y sensista, y por esto, a la posibilidad de hacer una "teoría del derecho", fueron llamados "anglómanos" por buscar su inspiración en Locke, Newton y en la constitución inglesa[15]. A pesar de la enorme importancia teórica de Condillac para esta dirección, pues su tratado sobre las sensaciones esquematizó, popularizándolas, las bases filosóficas en las que se fundamentó de hecho la nueva *jurisprudence*, los autores franceses parece que se quedaron, salvo excepciones a las que aludiré más tarde, en el plano filosófico más general.

II. ¿QUÉ ES "TEORÍA DEL DERECHO"? PROBLEMAS CONVERGENTES

El problema que más salta a la vista es, como hice notar, que no ha estado nada claro, ni lo sigue estando, qué se quiere indicar cuando se utiliza la expresión "teoría del derecho". Al parecer, el rasgo definitorio más esquemático y definitivo estaría en la actitud

13. "We cannot express this latter than by saying that in England Jurisprudence is, as Austin with so much labour showed, the science of positive law; in Germany is the science of Justice". Cfr. *The nature of positive law*. MacMillan and Co. London, 1883, pág. 70.

14. *Introducción a la historia del derecho*. No consta el traductor. Barcelona, 1840, pág. 12.

15. Vid. Lerminier, *Introducción*..., cit., pág. 38.

no-valorativa de la simple "teoría". Por contra, la Filosofía del derecho se ocuparía en consideraciones *filosóficas* sobre la justicia. Así, una versa sobre la exposición del dato "positivo"; la otra, sobre cómo le parece a cada cual que "deben ser" los asuntos jurídicos.

Los juristas, y autores en general, que se ocuparon de hacer realidad esta consideración, declaran insistentemente que ellos únicamente quieren ocuparse de estudiar y exponer "hechos", llamados frecuentemente *Thatsachen*, también en la *jurisprudence* inglesa, por influencia de Gustav Hugo en la literatura jurídica inglesa. Estos hechos debían ser estudiados inductivamente para lograr un conocimiento legaliforme que hiciera posible conocer el entramado conceptual y, en general, necesario, del fenómeno del derecho. Un estudio así de los "hechos" jurídicos suponía ante todo una metodología determinada, distinta de la del "derecho natural" entonces tradicional, y de la "Filosofía del derecho" que por el mismo tiempo se cultivaba en otras áreas culturales. Este nuevo método debía ser aplicado a un objeto claramente determinado: hacía falta un *corpus* que a fuer de cierto fuera "positivo" y "empírico". O que por provenir exclusivamente de la empiria que se sustentaba sobre el dato positivo, fuera incuestionablemente cierto. Y si había personas que querían un conocimiento así del derecho, esto era porque había unos motivos sociales: el agotamiento del "derecho natural", o el mal estado de la ciencia del derecho inglesa, que llevaba varios siglos en manos exclusivamente de los prácticos del derecho. Una razón decisiva fue, además, la necesidad que apremió a muchos para secularizar el derecho y el tratamiento que se podía hacer de él. Tenemos, pues, toda una serie de motivos convergentes.

A. *Las bases primeras del nuevo método*

La "teoría del derecho" no nace acabada, como la expone hoy

Hans Albert, por ejemplo, sino que más bien nos muestra en sus inicios un *talante* ante el derecho y la ciencia jurídica. Este simple talante común es lo que hace posible que figuren como representantes de la *Rechtstheorie* autores tan distintos como Kelsen o Duguit. Luis Recasens nos advertía que "Para lo más selecto del mundo jurídico de la segunda mitad del siglo XIX, toda postura pulcramente filosófica resultaba sospechosa. El positivismo había invadido todos los campos científicos poniendo el veto radical a cuanto entrañase especulación ultraempírica. Las brillantes conquistas logradas por las ciencias experimentales indujeron a creer –harto ingenuamente– que ellas encarnaban el tipo ideal de conocimiento. La positividad era la única esfera posible para la ciencia. La teoría jurídica sólo podía serlo del derecho positivo. Al lado de su interpretación sólo cabía el estudio de los "hechos sociales" que lo circunscribían: su historia, sus causas eficientes, los fenómenos concomitantes, su efecto en la textura real de las relaciones humanas. Junto a la jurisprudencia empírica no cabía sino la consideración sociológica: y ésta debía desenvolverse tomando como tipo las ciencias biológicas"[16].

Estas consideraciones de Recasens pueden ser matizadas en pequeña medida. Podemos añadir que la tendencia que conducía a aplicar al derecho el "método positivo", con todo lo que ello arrastraba, ya está presente en los finales del siglo XVIII, y llega relativamente madura a la segunda mitad del siglo XIX. Que en su base hay una visión fuertemente historicista-relativista de los principios jurídicos fundamentales. Así cuaja una actitud fenomenista y behaviorista que, mediante la aplicación del principio de causalidad, e induciendo desde los fenómenos observados, conduce al conocimiento de unas leyes muy generales. No se trató de nada nuevo en su momento: estas exigencias no son más que la reiteración de los postulados metódicos de la filosofía más peculiar

16. *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*. Labor. Barcelona-Buenos Aires, 1929, pág. 11.

de la Ilustración. Pero estos postulados se hicieron realidad en la ciencia jurídica a lo largo del siglo siguiente: ésta es la novedad. Sin embargo, la unidad metódica entre los diversos autores deja que desear: unos asumen preferentemente unas exigencias, y otros, otras. Algunos, como John Austin, se contradicen frecuentemente en los temas fundamentales. Quizá el juicio más aproximado al estado de la cuestión fue el de Allen: "Lo que se llama con precisión jurisprudencia 'analítica' en modo alguno lo podemos entender desde la discusiones sobre su naturaleza. La expresión es equívoca en sí misma, porque sugiere un tipo de jurisprudencia que se confina ella misma en el puro análisis de las reglas legales. Y es dudoso que esto haya sido así, o que pueda existir sin más, alguna vez, una jurisprudencia de este tipo. Ciertamente, ésta no es la jurisprudencia de aquellos escritores que son agrupados comúnmente en torno a la *Escuela Analítica*"[17].

El método que hizo posible esta *jurisprudencia* fue desarrollado fundamentalmente por los ingleses: Locke, Newton, Berkeley, Hume. Hoy está asumido que Voltaire fue sólo un vulgarizador de algunas de las ideas básicas de esta mentalidad. Tuvo una gran importancia teórica el "Tratado sobre las sensaciones" de Condillac, porque expone resumida y claramente las aspiraciones de este grupo. Augusto Comte fue el gran ausente: publica tarde, cuando habían aparecido las obras jurídicas más importantes de la nueva tendencia, y no lo veo citado por los juristas hasta comienzos del siglo XX. A su muerte sólo dejó un pequeño y poco influyente grupo de discípulos.

17. "What precisely is meant by 'analytical' jurisprudence it is not at all easy to gather from the many discussions of his nature. In itself, the term is misleading, for it suggest a type of jurisprudence which confines itself to pure analysis of legal rules. It is doubtful wheter has ever been, or ever can be, a jurisprudence of this kind. Certainly it is not the jurisprudence of those writers who are commonly grouped together as the *Analytical School*". Cfr. *Legal duties and other Essays in Jurisprudence*. Clarendon Press. Oxford, 1931, pág. 13.

Podemos considerar que el primer rasgo de la nueva *jurisprudence* es el relativismo práctico. Locke había establecido frente a Descartes y su escuela, que no existen "ideas innatas". Lord Shaftesbury matizó esta tesis indicando que sí existen ideas innatas en la vertiente práctica de la razón, porque el hombre dispone de un *moral sense* que crea su "conciencia" de acuerdo con algunos principios fundamentales. Bentham ironiza sobre este "moral sense": ¿dónde está el órgano propio de tal sentido? Según Bentham no hay nada *per se* bueno o malo. "¿Cómo deben ser entendidas las frases 'deber', 'no deber', bien y mal? Si una acción es *conformable* con el principio de la utilidad, siempre se puede decir bien que es una cosa que debe ser ejecutada, o, en último análisis, que no debe ser realizada. Esto es una acción correcta; *at least that is not a wrong action*"[18]. Sucede que estos autores no reconocen utilidades objetivas: todo interés es una cosa, en definitiva, muy subjetiva, puramente formal porque no se le puede asignar a priori un contenido[19]. Paul Henri Baron d'Holbach, por parte de la cultura de lengua francesa, mantiene que no existen ideas morales innatas ni, por tanto, conciencia[20], y que lo que

18. "*Ought, ought no, right and wrong, how to be understood.* Of an action that is *conformable* to the principle of utility, one may always say either that is one that ought to be done, or at least it is one that ought no to be done; that is right action; at least that is not a wrong action". Cfr. *Introduction...*, cit., vol. I, pág. X.

19. Ludwig Knapp resumía el estado de la cuestión indicando que "Zur Constatirung des sittlichen Processes, das moralischen wir das rechtlichen, kommt es nur auf das Dasein der Factoren, also nur die muskuläre Unterwerfung unter des vorgestellte Gattungsinteresse, nicht aber auf den Inhalt, d.h. die Vernünftigkeit oder Unvernünftigkeit der vermeintlichen Gattungsinteresses an". Cfr. *System...*, cit., pág. 162.

20. "ils ont cru, comme quelques anciens qu'il recevoit de la nature, des idées qu'ils ont appellées "innates", à l'aide desquelles il jugeoit sainement du bien et du mal: ils ont regardé la raison, la vertu, la justice, la bienveillance, la pitié, comme des qualités essentiellement inhérentes à la Nature humaine: selon eux, cette Nature a gravé dans tous les coeurs les verités primitives, l'amour du bien, la haine du mal moral, dont l'homme jugeoit sainement à l'aide d'un sens moral, c'est-à-dire, d'une qualité occulte... En vain le profond

llamamos "conciencia" o "razón" no es sino el resultado de la experiencia sensible[21].

El motivo último de por qué dejaban reducida la razón a un conjunto de leyes psicológicas formadas por los datos de la empiria nos lo resume Ernst Cassirer: "La filosofía francesa e inglesa del siglo XVIII estaba inspirada por el empeño de conformar de tal suerte la totalidad del conocimiento filosófico que, para usar una expresión característica de Locke, no necesitara sostenerse sobre fundamentos prestados o mendigados. Debía sostenerse y justificarse a sí misma. Esta exigencia de autonomía conduce al rechazo de las ideas innatas, porque la apelación a lo innato equivalía a recurrir a una instancia extraña, no venía a ser otra cosa que fundar el conocimiento por el ser y la naturaleza de Dios"[22]. El hombre de la Edad Moderna necesitaba crear su propio mundo, y consecuentemente concebía a la filosofía como creadora, no simplemente como configuradora: *schaffend*, y no *bildend*, por usar la terminología de algunos alemanes del siglo XIX. Cassirer, otra vez, nos

Locke a-t-il prouvé que les idées "innées" n'étoient que des chimeres... Nous ferons voir, d'après des Philosophes plus éclairés, que l'homme ne possede en venant au monde que la facolté de sentir, et que sa façon de sentir est le vrai "Criterium", ou la seule règle de ses jugements, ou de ses sentiments moraux". Cfr. *La Moralle universelle ou les Devoir de l'homme fondées sur sa Nature.* Amsterdam, 1776, pág. VIII.

21. "En Morale, la raison est la connoissance de la vérité appliquée à la conduite de la vie: c'est la facolté de distinguir le bien du mal, l'utile du nuisible, les intérêts réels des intérêts apparents, et de se conduire en conséquence. Quand on dit que "l'homme est un être raisonnable", on ne peut point faire entender par là qu'il apporte en naissant la connoissance de ce que lui est avantegeux ou nuisible; on veut seulement indiquer, qu'il jouit de la facolté de sentir et de distinguer ce qui lui est favorable, de ce qui lui est contraire... D'où l'on est forcé de conclure, que la raison dans l'homme ne peut être que le fruit tardif de l'éxperiénce, de la connaissance du vrai, de la réflexion; ce qui suppose, comme on a vu, une organisation bien constitué, un tempérement modéré, une imagination réglée, un coeur exempt de passions turbulentes". Cfr. *La Moralle...*, cit., Libro I, pág. 46.

22. *La filosofía de la Ilustración.* Trad. de E. Imaz. F.C.E., México, 1984, pág. 145.

informa que "Al rechazar la filosofía empírica esta forma de trascendencia, no le queda otra base para el conocimiento que la experiencia, la 'naturaleza de las cosas'. Pero esta 'naturaleza de las cosas' amenaza la independencia del espíritu desde otro lado, porque el espíritu tiene que ver como tarea propia el actuar como espejo de las cosas, espejo que no hace sino reflejar las imágenes, pero que en modo alguno las produce o configura"[23]. La tarea de la filosofía no será describir en su peculiaridad cosas ajenas o contenidos estáticamente dados al hombre, sino las energías del alma[24]. Era obvio que, para lograr este objetivo, ante todo, resultaba imprescindible negar cualquier contenido moral propio de la "conciencia". Por esta razón, Knapp, más tardíamente, señalaba que, puesto que cualquier pensamiento no es más que la disolución de representaciones sensibles, no existen pensamientos "a priori", fuera de la experiencia, y estas ideas que tiene la gente proceden únicamente de una autoobservación superficial[25]. La razón última está en que el siglo XVIII entendió que "no comprendemos sino a lo que damos origen; se nos escapa completamente qué pueda ser el concepto de lo 'no originado'"[26].

La Ilustración se propuso "desencantar" el mundo. Esto es una idea suficientemente conocida como para no insistir en ella. Las causas finales y, en general, todas las cualidades de los cuerpos que no respondieran a las angostas exigencias de la "res extensa", fueron declaradas inválidas científicamente. La *res extensa* sólo es susceptible de medición geométrica. Los datos que pueden ser medidos cuantitativamente componen las cualidades "primarias", a diferencia de nuestros juicio sobre la belleza, etc., de las cosas,

23. *Ibidem.*

24. Vid. Cassirer, *La filosofía...*, cit., pág. 149.

25. "Da ferner alles Denken nur Auflösung sinnlichen Vorstellungen ist... Es ist daher unwahr dass es unerfahrne s.g. 'aprioristische' Gedanken gäbe, indem sie sogar diese Einbildung selsbt nun aus der Erfahrung, nämlich aus oberflälichen Selbstbeobachtung stammt". Cfr. *System...*, cit., pág. 20.

26. Cassirer, *La filosofía...*, cit., pág. 282.

que serían cualidades secundarias. Por esto, David Hume declaraba que la belleza o la bondad son cualidades "no-científicas", y para hablar de ciencia él propone como ejemplo la geometría de Euclides[27]. Esta mentalidad cala tan hondo incluso en los ámbitos jurídicos que Georg Jellinek rechaza sin mayores reparos lo que él llama "qualitates occultae" de las cosas[28] en el momento de hacer "teoría del derecho".

Hay que elaborar los datos fenoménicos obtenidos de este modo. Pero, ¿cómo operar con ellos? Según Lightwood, el secreto del "positivismo" de Austin ha residido en que ha seguido el método de los economistas que, para simplificar su ciencia, han descartado los efectos de todos los motivos que regulan la conducta humana, excepto uno[29]. Desde luego, la simplicidad metódica que reclamaba la exclusión de las cualidades secundarias, exigía poder admitir sólo una *cuantificabilidad* de los fenómenos, y únicamente es posible sumar[30] datos homogéneos. Con estos

27. Vid. *Una investigación sobre los principios de la moral.* Trad. Dalmacio Negro. C.E.C., Madrid, 1982, pág. 163.

28. "Sie haben es längst aufgegeben, die Veränderung der Materie dem unmittelbaren Eingriffen eine mehr oder mehrerer Gottheiten zuzuschreiben, über den Dingen schwende Begriffe, 'qualitates occultae', aus denen sie die Erscheinungen zu erklären suchen". Cfr. *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe.* Wien, 1878, pág. 4.

29. "He there compare Austin's Method with that of the Economists, who, for the sake of simplifying their science, discard the effect of all the motives which regulate human conduct –except one– the desire to make as much profit as possible". Cfr. *The nature...*, cit., pág. 79.

30. Hobbes había dejado reducido todo razonamiento a cálculo aritmético, y todo cálculo posible sólo podía consistir en una suma o en una resta. Explica que "For the arithmeticians teach to add and subtract in 'numbers'; so the geometricians teach the same in 'lines', 'figures'... the logicians teach the same in 'consequences of words'; adding together two 'names' to make an 'affirmation', and two 'affirmations' to make a 'syllogism'; and many 'syllogisms' to make a 'demonstration'... In sum, in what mater soever there is place for 'addition' and 'substraction', there also is place for reason... For 'reason', in this sense, is nothing but 'reckoning', that is adding and substracting, of the consequences of general names agreed upon the 'marking and 'signifying' of our

datos iguales y cuantificables era preciso proseguir según una regla constante y universal, y sólo según una única regla[31]. Adam Smith ya apuntaba en parte esta solución cuando escribía que "la esencia específica de cada objeto individual no es aquello que le es peculiar en tanto que individual, sino lo que le es común con todos los otros objetos de la misma clase"[32]. Incluso Adam Ferguson, de ordinario tan reacio para admitir las propuestas de los tiempos nuevos, escribía que "reunir una variedad de casos particulares bajo enunciados generales, y reducir esa variedad de actividades a un principio común, es el objeto de la ciencia"[33]. Esta forma de proceder quedó fijada definitivamente cuando Austin estableció que "la conclusión *particular* que trazamos considerando un solo acto, implica una conclusión *general* que comprende todos los actos similares"[34], y así "nuestra conducta será guiada por conclusiones

thoughts". Cfr. *Leviathan, or the matter, form and power of a Commonwealth ecclesiastical and civil*. London, 1839, pág. 30. Las intensidades son de Hobbes. Lo mismo venía a decir, cerrando el ciclo, Ludwig Knapp tres siglos más tarde: "Indem das Gehirn Vorstellungen bildet, so werden dadurch die Empfindungen nicht qualitativ umgeschaffen, sondern –wie man sich aus der Analyse der sublimsten und ünernatürlichtsten Ideen leicht überzeugen kann– nur erinnert und combinirt. Um dieser unzweifelhaften elementaren Gleichheit der Leistungen willen, darf daher das Gehirn nicht als ein specifische Gegensatz des Sinnenervens sondern nur als daran "Centralisation" betrachten werden". Cfr. *System*..., cit., pág. 45.

31. Vid. E. Cassirer, *La filosofía*..., cit., pág. 38.

32. "But the specific essence of each individual object is not that wich is peculiar to it as an individual, but that which is common to it, with all other objects of the same kind". Cfr. *Essays in philosophical subjects*. Editados por W.P.D. Wightman, J.C. Bryce y I.S. Ross. Clarendon Press. Oxford, 1980, pág. 119.

33. *Un ensayo sobre la historia de la sociedad civil*. Trad. J. Rincón. I.E.P. Madrid, 1974, pág. 35.

34. "The 'particular' conclussion which we draw, with regard to the single act, implies a 'general' conclussion embracing all similar acts". Cfr. *Lectures*..., cit., Vol. I, pág. 112.

generales, o, para hablar más exactamente, por 'reglas' inferidas desde estas conclusiones"[35]. Se trata de una propuesta más jurídica, que no responde exactamente al ideal del espíritu de la Ilustración, pero que hace de la inducción generalizadora la regla de oro para proceder en el derecho.

En efecto, los juristas prácticos se quedaron fundamentalmente con esta idea: era preciso inducir desde el material "empírico". James Lorimer explica que todas las escuelas de jurisprudencia, actuales y posibles, partían desde la observación e inducción[36], porque "la ciencia de la Jurisprudencia es una ciencia inductiva, tanto como pueda serlo la química o la psicología"[37]. Allen, con más precisión, explica: "¿Acaso no es precisamente la *jurisprudence* la 'philosophy of law'? En modo alguno. La finalidad de la *jurisprudence* es llegar inductivamente a los principios esenciales del derecho. Esta es tarea suficiente para cualquier ciencia, porque los principios esenciales no están en la superficie; ellos deben ser descubiertos solamente por la penetración a través de una multitud de apariencias despistantes"[38].

No es fácil saber qué proponían como campo de trabajo, materia prima, para el "teórico del derecho" o de la *jurisprudence*. Sin duda alguna, el punto de partida de toda consideración estaba en las "leyes positivas". Pero éstas sólo constituían ese punto de partida,

35. "And our conduct would, therefore, be guided by 'general' conclussions, or (to speak more accurately) by 'rules' inferred from those conclussions". Cfr. *Lectures*...., cit., vol.I, pág. 115.

36. "all the actual, or indeed possible, school of jurisprudence, except in certain aspects the Theological, belong, strictly speaking, to a single class, vic. the inductive or observational". Cfr. *The institutes of law*. Edimburgh, 1880, pág. 45.

37. "the science of jurisprudence is an inductive science, just as much as chemistry or psichology". Cfr. *Ibidem*.

38. "It is not jurisprudence precisely 'the philosophy of law'? Not so. The business of jurisprudence is to arrive inductively at the essential principles of law. That is sufficient task for any science, for essential principles of law do not lie on the surface; they can be discovered only by penetration throught a multitude of distracting appareances" . Cfr. *Legal duties*..., cit., pág. 16.

y nada más. Si dejamos de lado momentáneamente las observaciones de Austin sobre las insuficiencia del "law", por lo general mantuvieron que los *phaenomena* provinientes de la intuición debían agruparse con ayuda de las leyes psicológicas. Cassirer indica que "así como la ciencia natural se emancipó de la teleología por el conocimiento de las leyes mecánicas del acontecer natural, la misma hazaña debía realizarse en el mundo histórico con ayuda de la Psicología"[39]. La psicología parece estar regida por el cálculo matemático. "El análisis, cuya fuerza se demostró hasta ahora en el dominio de los números y de las magnitudes, se aplicará en adelante por un lado al ser 'psíquico' y por otro lado al ser 'social'... Según la concepción dominante en la psicología del siglo XVIII, esta diversidad completa, esta heterogeneidad y fugacidad de los contenidos psíquicos, no es más que apariencia. La mirada aguda reconoce también... el fondo firme, los elementos fundamentales permanentes. Será misión de la 'ciencia' sacar a la luz estos elementos que se sustraen a la visión inmediata... Tampoco aquí se da ninguna multiplicidad y variedad que, en definitiva, no pueda ser reducida a una suma de unidades"[40]. Expresado esto mismo de otra forma, Horkheimer-Adorno indican que "la multiplicidad de las figuras queda reducida a la posición y el ordenamiento, la historia al hecho, las cosas a materia 'psicológica'"[41]. Esta "materia psicológica" no es identificable inmediatamente: se expresa en el lenguage, y por esto, la única realidad práctica, el único campo de trabajo posible del investigador que reconocía Hume era el lenguage[42].

39. *La filosofía...*, cit., pág. 246.
40. Cassirer, *La filosofía...*, cit., págs. 31-32.
41. *La dialéctica del Iluminismo*. Trad. H.A. Murena. Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1987, pág. 19.
42. "El interés de cada hombre le es peculiar a él mismo y no cabe suponer que las aversiones y los deseos que se siguen afecten a los demás en grado parecido. Es por eso que, al formarse el lenguage oral para el uso común, tiene que moldearse según puntos de vista más amplios, debiendo fijar los epítetos de alabanza o censura de conformidad con los sentimientos que surgen de los intereses generales de la comunidad". Cfr. *Una investigación sobre los principios...*, cit., pág. 80.

En definitiva, la *jurisprudence*, que es la traducción inglesa de la expresión *Philosophie des positiven Rechts* de Gustav Hugo, según indica Austin[43], luchó contra el deductivismo, que había sido el alma de la teoría de la ciencia dominante durante el siglo XVII, de la mano del cartesianismo. Aunque la Ilustración reaccionó eficazmente en el plano filosófico más abstracto contra los sistemas deductivistas y metafísicos propuestos en el siglo anterior, faltaba trasladar este talante a la filosofía práctica. Este paso lo dieron colectivamente los juristas en el siglo XIX, aunque Bentham se adelantara aisladamente[44]. Así se formó el método "genuinamente inglés", inductivo y fenoménico[45], que no sólo pareció el único método adecuado, sino un estilo de vida en sí mismo, como indica Lorimer.

43. Este autor indica que "Of all concise expressions which I have turned in my mind, 'the philosophy of positive law' indicates the most significantly the subject and scope of my course. I have borrowed the expression from a treatise by Hugo, a celebrated professor of Jurisprudence in the University of Göttingen... Although the treatise in question is entitled 'the law of nature', its is not concerned with the law of nature in the usual meaning of the term. In the language of the author, it is concerned with 'the law of nature as a philosophy of positive law'". Cfr. *Lectures...*, cit., vol. I, pág. 31, nota a pie.
44. "On advantage over all other methods the subjective method (die Ableitung aus der reinen Vernunf)... But to my mind, the objection just started... seems to be fatal to the exclusive claim of the subjective method, to an extend to it is not, theoretical at last, to the objetive method... relations which might be assumed to include the subject, and thus to posses universal validity; but inasmuch as we could no have security of subjective phaenomena, however exhaustive, could with equal safety be assumed to cover filled of objective existence". Cfr. Lorimer, *The institutes of law*, cit., pág. 47.
45. El mismo Lorimer escribe que "The objective, or sensational School... which for generations has seemed to the common English mind not only to supply the sole legitimate method of inquiry into the rule of life, but furnishing a rule of life in itself...". Cfr. *The institutes...*, cit., pág. 48.

B. *La segunda mitad del siglo XIX*

Escribía Picard que "la escuela *positivista*, denominada a veces y en estos últimos tiempos 'naturalista', porque se esfuerza en considerar y discernir la naturaleza en la verdad de sus manifestaciones corporales o mentales, tomando como base la positividad de los fenómenos..."[46]. Esta cita, que es casi un escrito programático, es completada por Bergbohm cuando afirma que "también la Filosofía del derecho (*Rechtsphilosophie*) es, como toda la jurisprudencia, una ciencia con tres apoyos. Ella está unida, a través de los objetos dados, a las instituciones del derecho positivo; unida, mediante el único método científico, es decir, mediante la abstracción y la generalización, a hechos sólidos, que son las premisas inmediatas para la deducción; finalmente, verifica sus reglas hipotéticas reexaminando toda la serie de abstracciones hasta llegar a los hechos reales jurídicos"[47]. Obviamente, esta nueva ciencia del derecho nada tiene que ver con la "metafísica": éste parecía ser entonces un punto muy importante. Allen aclaraba este tema: "Ha habido períodos en los que la jurisprudencia ha sido deudora substancialmente de la filosofía metafísica; siempre, en todo tiempo, depende de la filosofía moral. Pero queda firmemente establecido que la jurisprudencia es científica en su propósito y substancia, que su método es inductivo, y, en tanto que las instituciones jurídicas se desarrollan empíricamente, ella tiene una

46. *El derecho puro*. Trad. A. Serrano. Madrid, 1911, pág. 366. Las intensidades son de Picard.

47. "Auch die Rechtsphilosophie ist, wie alle Jurisprudenz, ein dreifach gebundene Wissenschaft. Sie ist gebunden durch die gegebenen Objecte: die Institutionen des positiven Rechts; gebunden durch die einzige wissenschaftliche Methode: einerseits stufenweise Abstraktion und Generalisation aus festen Thatsachen empor zu den unmittelbaren Prämissen der Deduktion, andrerseits Verifizierung hypothetische Sätze rückwärts durch die ganze Stufenfolge der Asbtraktion hinab bis auf rechtlichen Thatsachen". Cfr. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*. Leipzig, 1982, págs. 32-33.

misión importante y suficiente de reforma y mejora sin esforzarse por ir detrás de las verdades metafísicas"[48].

Quizá por influencia de la filosofía kantiana, incluso los autores ingleses, habitualmente tan reacios a las expresiones abstractas, usan una terminología asombrosa en ellos. Así Holland explica que la jurisprudencia no es la ciencia que estudia "a priori" las relaciones jurídicas, sino que su contenido es abstraído "a posteriori" de tales relaciones, esto es, del derecho positivo[49]. En modo alguno se la puede considerar como un saber creativo: dado que su método es inductivo, que comienza con la observación de *separate things*, es decir, de eventos, *phaenomena*, y llega hasta los principios generales que ya estaban en ellos, su materia está siempre bajo su propio control[50].

El mismo Allen insiste en que la *jurisprudence* no puede quedar en un simple aglomerado de reglas concretas o "particulares", aunque sean observadas universalmente. "Lo que está en cuestión –explica este autor– es el cuerpo general o el sistema de principios que reside en el derecho en tanto que fenómeno de la vida humana social"[51]. Esta orientación que se dibuja presenta, al menos en un principio, dos exigencias distintas. Una, que la *jurisprudence* parece que posee una naturaleza más bien formal: "Un esquema tal

48. *Legal duties...*, cit., págs. 17-18.

49. "In the next place, it must be sufficient at present merely to state, without further explanation, that jurisprudence is not a science of legal relations 'a priori', as they might habe been, or should have been, but is abstracted 'a posteriori' from such relations as have been clothed with a legal character in actual systems, that is to say from the law which has actually been imposed, or positive law". Cfr. *The Elements...*, cit., pág. 9.

50. "Its Method is inductive. It begins with the observation of separate things, events, phaenomena, and, bringing then into a rational concatenation, arrives at some general principle which they exhibit. It is not creative: its material is beyond its own choice or control". Cfr. Allen, *Legal duties...*, cit., pág. 3.

51. "What is in question is the general body or system of principles which reside in law as a phaenomena of human social life". Cfr. *Legal duties...*, cit., pág. 3.

sería la ciencia formal del derecho; presenta varias analogías con la gramática, pues es la ciencia de estas ideas de relación que, en mayor o menor perfección, son expresadas en todos los lenguajes de la humanidad"[52]. La otra exigencia, que parece íntimamente conectada con la anterior, hasta llegar a ser inseparables, es la necesidad de crear un *sistema* con los principios jurídicos formales que se obtienen mediante la inducción. Un poco de todo nos ofrece Ludwig Knapp cuando escribe que "Resulta de la naturaleza del pensamiento que él, por sí mismo, tiende a la unidad, porque todo el proceso de pensar no es sino unificación. De modo que únicamente pueden ser verdaderas aquellas representaciones mentales que concuerden con la realidad, es decir, aquellas cuyo principio sea el espejo fiel del estado de hechos empírico; pues el método absoluto del pensamiento consiste en la 'pureza' del conocimiento empírico"[53].

La realización efectiva del sistema en el derecho les preocupaba. Las enseñanzas universitarias al uso en Inglaterra consistían en adiestrar al futuro juez en la memorización y aplicaciones posibles de una serie de *rules*. A los abogados no se les concedía mucha importancia: hasta muy finales del siglo XIX, la mayor parte de las Universidades no se ocupaban de su formación, que quedaba encomendada a la práctica de los bufetes. A estos universitarios les desesperaba intuir que las muchas y diversas reglas, en parte *laws*, en parte contenidas en sentencias judiciales, contradictorias con frecuencia y siempre en número excesivo como para conocerlas

52. "Such a schema would be a formal science of law; presenting many analogies to Grammar, the science of those ideas of relation which, in greather or less perfection, are exposed in all the langages of mankind". Cfr. Holland, *The Elements*..., cit., pág. 7.

53. "Es ergiebt sich also aus der Natur des Denkens einmal, dass es von selbst zur Einheit strebt, weil alle Denkprocess Vereinfachung ist; sodann, das nur derjenige Denken mit der Wirklichkeit übereinstimmt, d.h. wahr sein kan, dessen Princip das getreue spiegeln sinnlichen Thatsachen ist, dass also in der 'Reinheit' der sinnlichen Erkenntniss die absolute Methode des Denkens besteht...". Cfr. *System*..., cit., págs. 12-13.

eficazmente, podían ser reducidas a pocos principios generales que podían ser reconducidos, finalmente, a un orden armónico. Este orden final sistemático que ellos barruntaban unificaría supuestamente las reglas y principios, haría del derecho un estudio ordenado y, sobre todo, la cientificidad así adquirida daría prestigio a los estudios con el derecho. No creo que se hicieran muchas ilusiones sobre una posible mayor eficacia: su empeño, al menos entre los anglosajones, era fundamentalmente teórico. Ellos, como juristas prácticos que eran, confiaban más en la competencia de sus jueces individuales –"los mejores juristas del mundo"[54]– que no en la virtualidad práctica de un *sistema*.

Así pues, echaban en falta una enseñanza universitaria más acorde con los tiempos científicos que corrían. William Markby expresaba sus inquietudes explicando que "la única preparación y fundamento que la universidad es capaz de dar o, supongo, estaría deseosa de dar, es el derecho considerado como una ciencia. Si esto no fuera posible, deberíamos considerar al derecho como una colección de principios capaz de ser expuestos sistemáticamente, fundamentados no en una autoridad vacía, sino en una deducción lógica estricta: todos los puntos de partida, en los sistemas existentes, deberían ser señalados y explicados"[55]. Carleton Kemp Allen, proponía, más pretenciosamente, de una forma que casi recuerda a Ahrens o Trendelenburg, que aceptáramos que "la

54. Allen escribía que "What other jurisprudence, he asks, does anybody want that the vast learning of the Common Law? Our judges or our jurists!... And he will undoubtely find it. English and American judges are, or have the opportunity of being, jurists in a degree which is quite impossible for judges in most other parts of the world". Cfr. *Legal duties*..., cit., págs. 25 y 26.

55. "But the only preparation and grounding as a University is either able, or, I suppose, would be desirous to give, is law considered as a science; at last, if that is not yet possible, in law considered as a collection of principles capable of being systematically arranged, and resting, no on bare authority, but on sound logical deduction; all departures from which, in the existing systems, must be marked and explained". Cfr. *Elements of law considered with reference to principles of General Jurisprudence*. 6 ed. Clarendon Press. Oxford, 1905, pág. X.

ciencia es un 'sistema' de conocimientos. La mera acumulación de conocimientos no tiene valor por sí misma... La información es estéril hasta que no es colocada sistemáticamente en relación con otras partes del sentido general de la existencia. La finalidad de la ciencia es alcanzar el más alto grado de generalización que se puede fundar sobre el conocimiento de los fenómenos"[56]. Parece que "conocer" y, en general, pensar, en este contexto de inquietudes, significa producir un orden unitario de conceptos; las leyes lógicas instaurarían las relaciones más generales de este orden, y todas estas leyes pivotarían sobre las necesidades de la concordancia y las exigencias del principio de no-contradicción. Así, al identificarse al conocimiento con el juicio sistemático, todo lo particular queda referido necesariamente al sistema. Por esta razón, todo pensamiento que carezca de dirección precisa, es arbitrario. La razón humana, en su vertiente "lógica", proporciona solamente la idea de la unidad sistemática[57].

No estaban muy convencidos de la posibilidad de descubrir verdades eternas. Las "verdades eternas" deben quedar para los teólogos, explicaba Allen, porque ésta no es la feliz posición de los científicos, especialmente después de la llegada de Einstein[58]. "Holland llama muy justamente a la jurisprudencia una ciencia 'progresiva'... él no ha añadido realmente nada a su descripción como ciencia: pues todas las ciencias, o son progresivas, o no son

56. "A science is a 'system' of knowledge. The mere accumulation of knowledge is valuesless by itself... Information is barren until is brought systematically in the relationship with some part of the general science of existence. The object of a science is 'to reach the highest point of a generalisation founded upon the acquitance mit phaenomena'". Cfr. *Legal duties...*, cit., págs. 2 y 3.

57. Sobre este tema, vid., por ejemplo, a Horhkeimer-Adorno, *La dialéctica...*, cit., págs. 102-103.

58. "*Eternal Verities* must be felt to the theologians... Such is not the happy position of scientists, specially since the come of Einstein". Cfr. *Legal duties...*, cit., pág. 3.

nada"[59]. El siempre radical Harrison remachaba la tesis indicando que la *jurisprudence* no puede ser más que una relación de reglas establecida según las conveniencias prácticas. Tratar de fundamentar el sistema jurídico en principios psicológicos o en teorías de la lógica abstracta, parece empresa arbitraria y bastante ilusoria. *Practical convenience is the source of law*, por lo que tratar de dar precisión metafísica a un cuerpo de reglas técnicas no es más que una forma perjudicial de pedantería[60]. La "filosofía" no es un saber que nos proporcione conocimientos acabados, o un cuerpo consolidado de verdades. No es nada "specifisch Geartetes", indicaba Knapp, sino que es solamente un pensamiento correcto, fuerte, pleno[61].

Los juristas ingleses nunca parecieron muy preocupados por explicitar el aparato epistemológico subyacente a su método observacional e inductivo. Los alemanes, como es lógico, sí se ocuparon del tema. Entre los autores más conocidos de la segunda mitad del siglo pasado, Knapp explicó que el único conocimiento posible era el empírico[62]. Un conocimiento empírico, ¿de qué cosas? Austin había tenido la deferencia de haber dejado sentado,

59. "Holland rightly calls jurisprudence a 'progresive' science... he has really added nothing to description of it as science: for all sciences are progresive, or they are nothing". Cfr. Allen. *Legal duties...*, pág. 3.

60. "Jurisprudence can be placed no higher than a systematic arrangement of rules stablished by practical convenience; and the attempt to base it on psichological principles, or theories of abstract logic, seems arbitrary and quite ilusory. Practical convenience is the source of law. The attempt to force metaphysical precision on a body of technical rules be a mischievous form of pedantry". Cfr. *On Jurisprudence and the conflicts of law*. Oxford, 1919, pág. 63.

61. "Es ist unwahr, dass das philosophische Denken etwas *specifisch Geartetes*, gleichsam etwas Riesenmässiges sei, dann es ist nur richtiges, starkes, ganzes Denken und steht daher in offener allseitigen Zugänglichkeit". Cfr. *System...*, cit., pág. 20. Las intensidades son de Knapp.

62. "Der vorliegende Versuch geht von den naturforschenden Methode, d.h. von der Alleinherrschaft der sinnlichen Erkenntnis...". Cfr. *System...*, cit., pág. 1.

a finales del primer tercio de siglo, que todo derecho es una orden o *command*: "Todo *law* o regla (tomados con la significación más amplia que se puede dar al término hablando con propiedad) es un *command*. O bien, yendo más allá, el derecho o las reglas, tomados con propiedad, son *especies* de 'commands'... Y, desde el momento en que esto es la 'llave' de la ciencia de la jurisprudencia y de la moral, su significado respectivo debe ser analizado con precisión"[63]. Knapp aclara que "la concepción filosófica del derecho comienza con la figuración según la cual <el derecho> es un mandato sin un sujeto real"[64]. Knapp habla de "figuraciones" porque el último motivo que le mueve a escribir es mostrar que todo aquello que exceda de las percepciones sensibles, como sucede con los sistemas filosóficos, morales, jurídicos o religiosos, son creaciones falsas de la mente humana, sin correspondencia en la realidad[65]. El propone en lugar de estas figuraciones un "naturwissenschaftliches Materialismus", un materialismo científico-natural[66]. Volviendo al tema más estrictamente epistemológico, Jellinek ve la llave que todo lo explica en la ley de causalidad[67], de modo que buscando la causalidad última

63. "Every 'law' or 'rule' (taken with the largest signification which can be given to the term 'properly') is a 'command'. Or rather, law or rules, properly so called, are 'species' of commands... And, since it is the 'key to the sciences of jurisprudence and morals', its meaning should be analysed with precision". Cfr. *Lectures*..., cit., vol. I, pág. 88.

64. "die philosophische Erfassung des Rechts beginnt daher damit, dass ein Gebot ohne wirkliches Subject Einbildung ist". Cfr. *System*..., cit., pág. 43.

65. Según él, la única tarea de la filosofía es destruir errores: "*Der Ausgangspunkt der Philosophie*. Da die Philosophie als Erhellung des principiellen Irrthums ist.... Die Philosophie aber ist nur Vergehen des Vergänglichen; sie blüht in den Irrgarten, worin die Menschheit ihre Jugend verspielt". Cfr. *System*..., cit., págs. 35 y 39, entre otros lugares.

66. Vid. *System*..., cit., págs. 10-11.

67. "dass wir überall die alles verknüpfende Causalität finden werden, dass nicht in der Erscheinungswelt so hoch oder so niedrig stehe, das sie ihre Allgewalt entziehen könnte...". Cfr. *Die sozialethische*..., cit., pág. 9.

podremos reducir la complejidad de los fenómenos a una sola ley[68].

Estas explicaciones deben ser entendidas en su contexto universitario. Es bien conocido que el siglo XIX no fue campo fecundo para la filosofía. Hubo grandes analistas de la realidad, como Hegel, pero el hegelianismo degeneró en "sistemas extraños" más propios de la escuela de Tübingen que no del Hegel histórico. Y la filosofía, en general, asumió una dirección psicologista, como reconocemos en las recomposiciones que intenta hacer Husserl a finales de siglo para salir del caos; y esto, cuando el filosofar no se presentó como un saber un tanto esotérico. Hoy nos parece natural hablar de Comte para referirnos a la dirección filosófica más representativa del siglo pasado. Pero Comte pasó bastante desapercibido en su momento. Era lógico que estos universitarios a los que aludo no encontraran un cuerpo filosófico definido en el que pudieran apoyarse, como reconocemos en tantas declaraciones confusas y, a veces, contradictorias. La "teoría del derecho" o *jurisprudence* fue posible porque se hicieron guiar por una mentalidad difusa, a la que ellos llamaban "positivista", y que no era otra cosa que la herencia que había quedado de las ideas filosóficas, ya algo desdibujadas, de la Ilustración. Precisamente en esta conciencia de la miseria humanista (por así decirlo) de los tiempos que les ha tocado vivir se enraíza buena parte de su actitud un tanto radical contra el pasado. Pribram historió esta mentalidad de derrota y de pesimismo en el área de cultura alemana[69], y por lo que hace a los anglosajones es representativo que Coleridge opine por estos años que Europa sufrió un retroceso cultural con la Reforma protestante del que aun no se ha repuesto[70]. El juicio de

68. Vid. *Die sozialethische*..., cit., pág. 9.

69. Vid. *Die Entstehung der individualistischen Socialphilosophie*. Leipzig, 1861.

70. Lorimer escribía, refiriéndose a la Reforma, que "I am quite of Coleridge opinion that civilisation in Europe received a check from which it has never recovered". Cfr. *The institutes*..., cit., pág. 273.

Lorimer es también bastante expresivo: "Ante la ausencia de filosofía, es ampliamente reconocido que <el Catolicismo> es el único refugio frente al escepticismo que, comenzando por la religión, se ha extendido a toda la moral"[71]. En la zona francófona, Lerminier solía hacer referencias frecuentes al "triste abandono en que ha venido a caer la verdadera jurisprudencia en nuestros días"[72].

Pueden resultar defraudantes estas ligeras digresiones sobre la actitud metódica de los pioneros de la "teoría del derecho". Efectivamente, en parte son muy parcas, y en parte se refieren más a problemas personales que no a sistemas filosóficos. Pero es que, además de las dificultades ya apuntadas, los juristas nunca han sido muy aficionados a estudiar Filosofía.

C. *Un objeto cierto y verificable*

El método postulado exigía un *corpus certum* sobre el que recaer. Objeto y método se condicionaban mutuamente: era posible un método nuevo porque había un objeto también nuevo: el derecho "positivo", que sería estudiado por primera vez en las Universidades porque el método ceñiría el estudio, por definición, al derecho *realmente* operante en la sociedad. Habían pasado los tiempos del derecho romano, del *ius commune*, y de las consideraciones "filosóficas" sobre la justicia. En su lugar entraba la necesidad de construir el Estado, que reclamaba, ante todo, unidad jurídica: a partir de ahora sólo será considerado como "derecho" la voluntad del Estado. Austin dejó establecido que todo *law* es un *command*, y los autores del siglo pasado postularon que

71. "Now, however, in the absence of philosophy, it is a widely accepted (se refiere al Catolicismo) as the only refuge against scepticism, which, beginning with religion, has extended to morality". Cfr. *The institutes...*, cit., pág. 40.

72. *Introducción...*, cit., pág. 8.

toda orden emitida por el Estado constituía derecho "real" o eficaz, *wirklich*[73].

Austin precisó más, adelantándose años a la reflexión alemana o francesa: sólo puede ser derecho el orden social verdaderamente eficaz. Eficacia o vigencia, y el *postulado* según el cual toda orden del Soberano es eficaz, van de la mano en Austin, sin descuidar uno u otro aspecto. En este sentido, escribe que "La superioridad que es llamada soberanía, y la sociedad política independiente que implica la soberanía, se distingue de otras superioridades, y de otras sociedades, por las siguientes caracteres: 1. La mayor parte (*bulk*) de la población de una sociedad determinada posee un *hábito* de obediencia o sumisión respecto a un *determinado* y *común* superior"[74].

Estas reflexiones de Austin animaron, por así decir, el entusiasmo por el estudio del derecho "positivo" en varias generaciones. La obediencia efectiva a las órdenes del jefe del Estado o del Parlamento garantizaba la existencia de un objeto firme y sólido sobre el que estudiar. Pero, fuera del ámbito de la cultura inglesa, la inteligencia doctrinal de la *realidad* del derecho positivo tomó un camino posiblemente insospechado para Austin. José D'Aguanno explicaba que "La indagación filosófica del derecho no puede, pues, concebirse como la indagación abstracta de un principio absoluto... sino como la indagación de la génesis y evolución del derecho mismo, según los datos de las ciencias antropológicas e histórico-sociales; supuesto que el derecho es, como hemos dicho, *un fenómeno de la vida psicológica* y de la vida social. De este

73. Bergbohm escribía sobre este punto que: "Um den Begriff dessen zu finden, was da 'ist', muss man von den Einzelnen ausgehen, die da 'sind'. Um also den Rechtsbegriff zu erfassen, darf man nur von dem Recht ausgehen, das *wirklich* ist". Cfr. *Jurisprudenz...*, cit., pág. 79.

74. "The superiority which is styled sovereignty, and the independiente political society which sovereingty implies, is distingues from other superiority, and from other society, by the following marks of characters – 1. The *bulk* of the given society are in a *habit* of obedience or submission to a 'determinate' and 'common' superior...". Cfr. *Lectures...*, cit., vol. I, pág. 220.

modo es posible indagar las leyes que gobiernan el fenómeno jurídico, por cuanto se tienen las relaciones de antecedente y consiguiente, de causa y efecto del fenómeno mismo"[75]. Me he animado a transcribir esta cita extensa porque nos pone sobre la pista del *pedigree* psicologista que tomó la teoría del derecho, de la mano de las exigencias universitarias entonces dominantes. Había que encontrar un objeto "sólido" que se dejara estudiar *positivistamente*. Pero una "orden" es algo inmaterial, como lo es también el "hábito de obediencia". ¿Cual es, entonces, la consistencia o materialidad del "fenómeno" jurídico? Pareció evidente que el derecho sólo podía ser, en última instancia, un fenómeno psicológico. En su defensa del "positivismo" jurídico, Picard nos indica también que "Parte de la observación de las realidades, no admite otro método. Se liga a la vida, pero hace notar que ésta es no sólo externa y materialmente visible, como dice la Escuela Histórica, sino también interna, bajo la forma inteligibilidades psíquicas"[76]. El ambiente ya maduro sobre este punto, a finales de siglo, hizo que Bergbohm, por ejemplo, pudiera escribir con toda naturalidad, sin necesidad de dar explicaciones, que el derecho abarca la esencia psico-física del hombre, en la medida en que se refiere a las acciones en el mundo exterior[77].

En la "realidad psico-física" a que ellos aluden está implícita una fuerte referencia a la vigencia sociológica de las leyes: éstas serán derecho real en la medida en que se encastren en las mentes de los hombres. De todos modos, no parece claro el alcance exacto de la naturaleza psicologista que atribuyen al "derecho". Podemos considerar que tienen a la vista la naturaleza psicológica del derecho para no incurrir en "idealidades": sólo puede ser considerado como derecho lo que verdaderamente, *wirklich*, funciona como tal en la sociedad, mediante el hábito de obediencia (una realidad psíquica) a que aludía Austin. Si las leyes no logran ahormar eficazmente las mentes de los ciudadanos, nunca llegarán a constituir derecho. Pero también llama la atención la ausencia de propuestas de estudios propiamente sociológicos sobre el derecho, que sólo se inician a raíz de la actitud entre airada y beligerante de Eugen Ehrlich. Porque si el derecho es un fenómeno psicológico, es fácil medir sociológicamente su grado de efectividad, esto es, de existencia. Quizá esta ausencia de tales estudios sociológicos, que hubieran sido tan fáciles de entender desde los presupuestos de la joven "teoría del derecho", se debe más que a nada a que los autores del siglo XIX, al mismo tiempo que tienen presente las consideraciones anteriores, siguen bajo la influencia de las exigencias metódicas o epistemológicas que había entonces en los mercados universitarios, que no eran sino restos sin perfiles precisos de la filosofía fenomenista y sensista del siglo XVIII. Buscan a tientas. Desde Condillac o Hume ellos postulan un asociacionismo psicologista intuído pero no explicado con precisión. Una explicación radical de su actitud es la que proporcionan Horkheimer-Adorno cuando escriben que "La razón es... el agente químico que absorbe en sí la substancia específica de las cosas y las disuelve en la pura autonomía de la razón misma"[78]. Me parece que esta exigencia estaba de algún modo implícita en la mayor parte de las propuestas metódicas del positivismo jurídico decimonónico; pero no creo que agote las explicaciones que estos autores proporcionaron acerca del "fenómeno" jurídico. La disolución de la realidad, de la "naturaleza de las cosas", en las puras exigencias racionales fue una tarea que sólo llevó adelante conscientemente el positivismo lógico del siglo XX. Y estos teóricos del derecho –me parece que esto sí se puede afirmar– prepararon el terreno para el

75. *La reforma integral de la legislación civil*. Trad. P. Dorado. la España Moderna, Madrid, s/f, pág. 27, Las intensidades son mías.

76. *El derecho puro*, cit., pág. 308.

77. "Er wird also das psycho-physische Wesen des Menschen, sofern es in Handlungen an die Aussenwelt tritt, greifen". Cfr. *Jurisprudenz...*, cit., pág. 417.

78. *La dialéctica...*, cit., pág. 112.

tratamiento que recibió el derecho y la justicia en manos del neopositivismo de nuestro tiempo.

D. *Problemas humanos*

El talante rupturista con la cultura anterior propio de la Modernidad, y especialmente de la Ilustración, tuvo una manifestación tan acusada en el campo de la reflexión jurídica, que es lícito preguntarnos por los motivos más específicamente humanos que movieron, personalmente, a tomar actitudes tan radicales. Porque los hombres no nos movemos simplemente con las exigencias de las ideas puras, como si solamente fuéramos "esencias racionales" (*Vernünftige Wesen*), como solían llamarnos los discípulos de Kant. Hago estas reflexiones porque más bien observo crispación allí donde debiera haber análisis crítico.

Esta crispación a que aludo se puede observar ejemplarmente en la obra del antiyusnaturalista más conocido hoy por nosotros, Karl Bergbohm. Para él, la historia de la *Rechtsphilosophie* sólo muestra un registro de luminosas vaciedades que únicamente han conducido a aberraciones[79]. Ciertamente, éste no ha sido un tema pacífico desde que se desataron las antipatías, en el siglo XVI[80], pero en la Modernidad, y especialmente en el siglo XVIII, parece ser algo más que una discusión simplemente científica. Los insultos frecuentes en las obras de Bentham y de Hume parecen reforzar esta intuición. El ambiente tenso provoca ironías contra Bentham incluso por personas que se saben no aludidas por sus

79. "Als nun die Geschichte der Rechtsphilosophie wirklich nicht böte, denn ein Register von lauter Wahngebilden, aus dem füglich nur Irrtum und Verirrung zu holen wäre!". Cfr. *Jurisprudenz...*, cit., pág. 27.

80. Vid. mi artículo *"Mos italicus", "mos gallicus" y el Humanismo racionalista*, en "Ius Commune" VI (1977), págs. 121 y ss.

críticas[81]. Bergbohm, en quien ejemplifico el problema por razones de economía intelectual, entiende que toda la reflexión sobre el derecho ha estado mal hecha durante más de dos mil años[82], y cuando nos indica que, hasta que no haya sido eliminado el último átomo del veneno del derecho natural, no podremos hacer un desarrollo científico de los fundamentos de la teoría del derecho[83], parece que habla más un hombre con problemas personales que no un universitario competente. La actitud más radical imaginable fue la de Ludwig Knapp, para quien la misión del filosofar (él no puede hablar de Filosofía, a la que rechaza) es la explicación de las *figuraciones*, de modo que la filosofía se convierta en la "policía suprema" del saber y de la forma de pensar, pero en modo alguno "el templo de la belleza y de la certeza". "Este concepto 'del filosofar', concluye Knapp, es enteramente nuevo"[84].

Es posible que detrás de las críticas de Hume y Bentham, tras los radicalismos de Knapp y de Bergbohm se muevan diversos intereses. Y uno de ellos, quizá de los más importantes, era el problema de la secularización de la filosofía práctica.

81. Lerminier, por ejemplo, escribía que "Tenemos, pues, que hasta Jeremías Bentham la humanidad ha vivido en el error; hasta entonces había distinguido siempre la inteligencia de los sentidos, lo moral de lo físico, lo bueno de lo agradable, lo justo de lo útil. Pero después ha podido desengañarse: no deja de ser ésta una revelación importante". Cfr. *Introducción...*, cit., pág. 307.

82. "Thätsalich ist nämlich der Rechtsbegriff zweispältig seit der Zeit, bis in welche die Geschichte unserer Wissenschaft zurückreicht, also mit mehr als zweitausend Jahren". Cfr. *Jurisprudenz...*, cit., pág. 109.

83. "Ehe sie nicht das naturrechtlichen Gift bis auf das letzte Atom ausgestossen hat, kann die philosophische Rechtslehre die Grundlagen einer wissenchaflichen Entwicklung nimmer finden". Cfr. *Jurisprudenz...*, cit., pág. 231.

84. "... und setzt die Aufgabe des Philosophirens in die 'Erklärung der Einbildung', so dass die Philosophie als die hohe Polizei des Wissens fasst, unter deren Aufsicht nur die Herbergen der gewöhnheitsmässigen Friedbrecher der Denkmethode, aber nicht die Tempel der Schönheit und Gewissheit.... Dieser Begriff ist als solcher zwar neu". Cfr. *System...*, cit., pág. 1.

D. a) *La lucha por la secularización del derecho*

La polémica se manifestó públicamente, de un modo escandaloso, con la oposición que mostró Bentham contra la tesis de Blakstone, expresada en sus "Comentarios" sobre el derecho inglés, según la cual una ley o sentencia que se oponga al derecho natural, no es ley o no tiene vigor jurídico. Anteriormente, éste no había sido un tema pacífico, pero al menos había quedado más encerrado en los libros universitarios.

Naturalmente, el problema se puede plantear hoy según un modo analítico, con categorías actuales, o tal como discurrió históricamente: porque la marcha de la historia no siempre responde a las demandas de la lógica. Quizá sea más correcto seguir el decurso histórico, que nos muestra la discusión que hubo acerca de la conciencia moral. Y aunque parezca momentáneamente que el tema de la conciencia poco tiene que ver con el de la vinculatoriedad de las leyes injustas, lo cierto es que uno y otro fueron de la mano. Efectivamente, Lord Kames indicaba que el iusnaturalismo de la Edad Moderna había dejado de lado la conciencia[85]. En este sentido, puedo hacer notar que en Pufendorf y su escuela sólo podemos observar un racionalismo constructivista, que parte desde la "utilidad" que representa para el hombre aislado e independiente el reunirse con otros hombres bajo un poder político, a fin de conservar mejor sus "derechos naturales". La noción de conciencia como facultad innata o *natural* en los hombres, que nos permite conocer las reglas fundamentales de lo bueno y malo moralmente, es algo ausente; hacia este punto de partida tendía ya la obra de Grocio, aunque el holandés es todavía un autor muy de transición entre la reflexión ética de naturaleza teológica que partía desde los *prima principia* de la conciencia y la jurisprudencia secularizada

85. "This is a term which has been little attended to by those who given us systems of natural law". Cfr. *Essays on the principles of morality and natural religion*. London, 1758, pág. 57.

que Pufendorf ya manifiesta[86]. El racionalismo constructivista moderno sólo podía ser posible en su misma existencia si se dejaba de lado (se negaba implícitamente) la existencia de la conciencia. De admitir las normas fundamentales de la conciencia hubiera sobrado tanta demostración, tantos pasos argumentativos, tanta figura heurística extraña, como el estado de naturaleza o el contrato social. Lo que pretendieron los modernos no fue un derecho "natural" que sirviera para todos los hombres *qua* hombres, y no *qua* cristianos. Porque también un cristiano y un turco poseen conciencia moral. El iusnaturalismo moderno tendió, ante todo, a la secularización de la filosofía práctica, empresa de todo punto imposible de reconocer la existencia de la conciencia con sus contenidos normativos.

Mientras esta discusión se mantuvo anclada en Centroeuropa, los universitarios jugaron a un juego poco claro. De un lado, Pufendorf y sus discípulos mantenían, del mismo modo que Grocio, que existe una "ley" natural, es decir, dada por Dios, que nos inclina hacia la sociabilidad. De esta forma, contradictoria con su pensamiento, salvaban las formas. Los autores alemanes posteriores, en el siglo XVIII, hacían apelaciones (más bien declamatorias) a la Divinidad en tanto que garante última de la vinculatoriedad de los sistemas de derecho natural que cada cual proponía[87]. Así, el problema de la secularización interna del razonamiento *iusnaturalista* no salía a la luz. Pero el problema se hace urgente expresamente, por vez primera, con la publicación del "Tratado del entendimiento humano" de John Locke, porque este inglés niega la existencia de cualquier tipo de ideas innatas. Consecuentemente, no pueden existir esos primeros principios

86. Es difícil hacer juicios rotundos sobre este autor. Además de las contradicciones internas que muestra su obra más conocida, el *De iure naturae et gentium*, su *De oficiis hominis et civis*, es un libro enormemente distinto, desde el punto de vista del pensamiento secularizado, del anterior.

87. Vid. mi estudio *La cómoda función de Dios en el iusnaturalismo otoñal*, en el libro homenaje a J.M. Rojo, ahora en prensa.

innatos de la conciencia y, en general, no puede existir la conciencia misma, al menos en el sentido tradicional del término.

Lord Shaftesbury reaccionó ante las consecuencias de la filosofía de Locke afirmando que los hombres poseemos un *moral sense* que nos hace percibir en la esencia divina lo que es bueno o malo[88]. Me parece que Shaftesbury hizo un flaco favor a la causa de la conciencia, o de los primeros principios de la razón práctica, porque, en lugar de alegar que cualquier hombre conoce *naturalmente* en su conciencia que asesinar es malo, por ejemplo, introdujo a la Etica por un camino innecesariamente problemático, al añadir a la constitución humana un sentido nuevo. "¿Dónde está el órgano que hace posible ese sentido especial?", preguntaron a coro, irónicamente, los detractores de la filosofía tradicional. De todos modos, el siglo XVIII inglés es consciente de lo que está en juego y, en la práctica, las expresiones *moral sense*, conciencia y "primeros principios de la actuación humana", vinieron a significar lo mismo.

Harrington, en su miscelánea *Oceana*, había sentado, seguramente a la vista del escepticismo creciente, que la prudencia humana proviene de Dios[89], porque, en definitiva, del mismo modo que la sangre que corre por un turco y un cristiano es igual, ambos portan la misma imagen de Dios, que es su razón[90]. También Adam Smith compartía la tesis del origen divino de la

88. James Lorimer indicaba que "In Shaftesbury's mind is arose as a potest against the moral escepticism which had resalted from Locke's objection of a theory of innate ideas". Cfr. *The institutes...*, cit., pág. 189.

89. "Human prudence is originally a nature of God, and, with respect to its existence, as ancient as human nature". Cfr. *The Oceana and other works.* London, 1711, pág. 372.

90. "If this rule holds as well in Shelding the blood of a Turk as of Christian, then, that wherin, man is the image of God is reason". Cfr. *Oceana...*, cit., pág. 217.

sabiduría humana[91]. Ambos eran conscientes de que estaban tomando parte abiertamente en una polémica ya desatada, porque, situado en la mitad del siglo, Francis Hutcheson, el moralista inglés más conocido hasta Bentham, escribía que en todos nosotros "está ínsito aquel sentido divinísimo por el que discernimos lo decoroso, lo bello y lo honesto"[92]. Porque en esta fábrica humana nuestra, sigue explicando Hutcheson, se contienen claramente indicios de la voluntad de Dios, que hace obligatorias unas acciones de los hombres, y prohíbe otras[93]. Obviamente, ni unos ni otros hubieran hecho estas declaraciones apologéticas si no hubiesen estado ya las espadas en alto.

El tema se planteó en los libros de Etica y de Derecho algo indirecta y tardíamente. Locke, en su afán anticartesiano, adelantó a su tiempo histórico los términos más precisos de la discusión. Normalmente, los ingleses y franceses del siglo XVIII suelen hacer largas declaraciones, de tono muy retórico, sobre "los preceptos deprimentes de una moral austera y salvaje que parece insinuar que una vida bien reglada debe ser triste y melancólica"[94]. Estas son palabras relativamente pacatas, al menos si las comparamos con las de Bentham o Hume sobre el mismo tema. El planteamiento usual fue éste, el indicado: hacer ver que la moral cristiana implica necesariamente una vida triste y unas privaciones

91. "and to imagine that to be the wisdom of man, which in reality is the wisdom of God". Cfr. *The theorie of moral sentiments.* Clarendon Press. Oxford, 1979 (1759), pág. 87.

92. "insitus est omnium divinissimus ille sensus, decorum, pulchrum et honestum, in animi ipsius motibus, consiliis, dictis, factisque cernens". Cfr. *Philosophia moralis institutio compendiaria, libris III.* Glasgow, 1745, pág. 18.

93. "Altius vero repetendi patebit, hanc naturae nostrae fabricam, clara continere indicia voluntatis Dei, alias hominum actiones jubentis, alia vetantes". Cfr. *Philosophia moralis...*, cit., pág. 115.

94. "Nonobstant les préceptes affligeants d'une Morale austere et sauvage, qui semble vouloir insinuer qu'une vie bien réglée doit etre triste et mélancolique". Así se expresaba d'Holbach. Cfr. *La Moralle universelle...*, cit., Libro III, pág. 189.

innecesarias[95]. Markby, además, rechaza, como tantos otros, la existencia de esa "facultad especial" que sería la propia del *moral sense*[96], según la terminología de Shaftesbury.

El primero que afrontó el tema en toda su radicalidad fue Bentham, quien mantuvo que no existe ningún principio moral innato al hombre, o de validez universal. Centra su atención en la regla "pacta sunt servanda", y mantiene que la *evidencia* que creemos encontrar en ella solamente proviene de la persuasión que tenemos de hecho acerca de su validez[97]. Sería farragoso aludir a todas las negaciones de la conciencia, del *moral sense*, o de los primeros principios de la actuación práctica, que he encontrado en estos autores. La mayor radicalidad (si es que se puede superar a Bentham) se puede encontrar en Bergbohm ¿Por qué condenamos el asesinato?, se pregunta el alemán. "Es un modo de hablar necesario", responde[98]. Más adelante en su *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, mantiene que nadie siente o piensa igual ante los aparentes preceptos universales de la conciencia, tales como cumplir las promesas, castigar a los malhechores o respetar los bienes ajenos. "Nadie, absolutamente nadie, siente igual"[99]. Por

95. Una visión de conjunto de esta vertiente del problema, en Cassirer, *Filosofía...*, cit., págs. 156-221.

96. Vid. *Elements...*, cit., pág. 74.

97. "En ocasiones tales, las expresiones usuales eran: lo exige la 'justicia' o la 'Razón', u otras semejantes; todas ellas no son sino medios para indicar que un hombre está firmemente persuadido de la verdad de algunas proposiciones morales, sin que crea 'necesario' preguntarse 'por qué'". Cfr. *Fragmento sobre el gobierno*. Trad. J. Larios. SARPE, Madrid, 1985, pág. 107. Las intensidades son de Bentham.

98. "Es kann heissen: gewisse Verhältnisse und Handlungen kommen eben immer und überall wirklich vor und in Beziehung auf diese ist eine und dieselbe rechtliche Beurteilung unvermeidlich... In diesem und noch manchen anderen Sinne, den nächlässige Sprauchweise dem Worten geben mag...". Cfr. *Jurisprudenz...*, cit., págs. 431-432.

99. "Sie fragen uns, ob wir es denn nicht 'fühlten', das Versprechen gehalten, fremdes Gut respektieren, Uebelthäter bestraft werden müssten und dlg... Niemand, schlechthin niemand 'fühlt' dergleichen". Cfr. *op. cit.*, pág. 467.

esta razón no pueden existir unos contenidos necesarios del derecho, explica[100], como si quisiera contradecir expresamente a Jellinek.

James Beattie centró con precisión los términos de lo que estaba en juego: "En lo que respecta a la religión cristiana, en tanto que afectada por este tema, podemos observar que un fatalista estricto nos urge a aceptar la doctrina de la necesidad, ya sea en favor del ateísmo, o contra la maldad del vicio... Es notable que algunos de los más distinguidos abogados de los que sólo he hecho mención, tales como Spinoza, Hobbes, Collins, Hume y Voltaire, son enemigos de nuestra fe"[101]. Si concedemos una cosa así, prosigue Beattie, se sigue que si yo ciego mis ojos, se aniquila todo el universo visible junto con mi facultad de ver. Pero en estos últimos treinta años, los principios que conducen a esta conclusión han sido admirados como la muestra de una profunda y maravillosa filosofía. Y el uso que les han dado algunos, especialmente uno (se refiere a Hume), ha sido el de vindicar el ateísmo[102].

David Fordyce explicó muy matizadamente que la razón es únicamente una facultad instrumental que nos lleva a apreciar la adecuación de nuestra conducta con alguna finalidad; pero, al margen de algún sentido o *Affection*, nosotros no podríamos

100. "Nirgend ein Beharren in einem allörtlich und allmenschlich Einförmigen...". Cfr. *Jurisprudenz...*, cit., pág. 417.

101. "With respect to the Christian Religion, as concerned in this matter; it may be observed, that one strenous fatalist urges the doctrine of necessity, as an argument, either in favour of atheism, or against the turpitude of vice... Yet it is remarkable, that some of its most distinguished advocates, of whom I shall only mention, Spinoza, Hobbes, Collins, Hume and Voltaire, are enemies to our faith". Cfr. *Elements of Moral Philosophy*. Edimburgo, 1790, vol. I, parágrafo 254, pág. 206.

102. "Which being granted; it follows that I, by shutting my eyelids, annihilate the whole visible universe, as well as my faculty of seeing it... But, within these thirthy years, the principle that lead to this conclussion were admired, as profound and wonderful philosophy; and the use to which there were applied by some, by 'one' at least... was to vindicate atheism". Cfr. *Elements...*, cit., vol. II, parágrafo 1018, pág. 674.

conocer ningún fin, y sin fin al que tender, no hay voluntad para la acción[103]. Porque "¿acaso puede la razón, la simple razón, sin ningún grado de *Affection*, incitarnos a una caridad bien entendida?"[104]. Esta fue la solución que acabó adoptando finalmente, a pesar de sus muchas vacilaciones, John Austin[105].

Algo más tardíamente, James Lorimer reprochaba a Shaftesbury haber enturbiado innecesariamente el problema porque el *moral sense* que él propuso, no es exactamente la misma realidad que la ley natural a la que se refieren san Pablo, los estoicos o Cicerón[106]. Según Lorimer, lo que propusieron estas personas no es más que la conciencia moral, según la entiende el lenguaje usual[107]. Es decir, ley natural o conciencia son la misma cosa. Lorimer piensa que, dado que todo el hombre está fundado en la

103. "*Reason* may perceive a 'Fitness', or Appetite to certain End, but without some sense or Affection we cannot propose, or indeed have any Idea of any End, and without an End we cannot conceive any Inducement to Action". Cfr. *The Elements...*, cit., pág. 62. La intensidad es de Fordyce.

104. "... but will Reason, mere reason, without degree of Affection, prompt him to such a well-pleaced charity?". Cfr. *Elements...*, cit., pág. 60.

105. La reflexión de Austin sobre este tema es francamente compleja, por contradictoria. En algunos momentos parece indicar que el "principio de utilidad" no puede constituir la única guía –"index"– de la actuación del ser humano, porque la utilidad sin principios es ciega. Vid., en este sentido, *Lectures...*, cit., vol. I, pág. 153. Parece dar a entender que la "utilidad" es únicamente la guía *próxima* o "inmediata" de nuestra actuación. Vid. op. cit., vol. I, pág. 156. Otras reflexiones distintas las encontramos en la *Lecture* XXXII, en vol. II, pág. 571.

106. Vid. *The institutes...*, cit., págs. 190-191. Shaftesbury, que debía estar influído por el peculiar idealismo propio de la filosofía inglesa de la época, mantuvo que el hombre conocía la ley natural en Dios directamente, no "en" su naturaleza humana.

107. "Lord Shaftesbury's theory has not been anticipated by St. Paul and the Stoics, not yet by such writter as Cicero 'por los motivos expuestos', who uses the word 'conscience' in the sense which always has been attached to it in the popular speech". Cfr. *The institutes...*, cit., pág. 187.

idea de humanidad, y esta idea se origina en Dios, los sentimientos de la conciencia necesariamente se remontan a Dios[108].

Por razones que no podría explicar con precisión, la conciencia, con su inevitable trasfondo teológico, no suscitó grandes polémicas durante el siglo XVII y la mayor parte del siglo XVIII. Pero pertenecía a la entraña de la ciencia destinada a sustituir a la "filosofía del derecho" prescindir de este residuo teológico que hacía imposible una consideración avalorativa del derecho: la "teoría del derecho" supone negar la objetividad de cualquier valoración y, consecuentemente, de la conciencia en el sentido usual. Para pensar el derecho como "hecho" puro, como *fenómeno* que simplemente aflora desde otros estratos humanos, molestaba una instancia que reclamara la objetividad de las valoraciones morales básicas.

D. b) *La fe en el progreso*

Este es un motivo sobre el que no es preciso insistir mucho: todos sabemos que el complejo de superioridad típicamente ilustrado, que se continúa durante el siglo XIX, está impulsado ante todo por la creencia en que el género humano caminaba desde hacía un siglo empujado por un progreso perenne e irreversible. Ya son varias las monografías que se han publicado sobre la historia de la "idea del progreso".

Como no es cuestión de reiterar lo ya expuesto por otros, me limito a dejar constancia de que en el ámbito de la filosofía práctica, y especialmente en el de la reflexión hecha por los juristas, esta fe en el avance fue llevada de la mano por la confianza en el método científico-experimental. Por este motivo escribía David Hume que

108. "Humanity... is always divined illuminated... Moreover, as the whole man is founded in the idea of humanity, and this idea originates with God, the feelings of conscience necessarily remount, in the own proper train, to the relation with the Divine". Cfr. *The institutes...*, cit., pág. 196.

"como ésta es una cuestión de hecho, no de ciencia abstracta, sólo podemos esperar éxito si seguimos el método experimental"[109]. Este método había dado entonces muy buenos resultados en las ciencias físicas, y comenzaba a ser aplicado a la química; pero una cosa es la investigación del mundo material, y otra la del campo propiamente humano. Pero la mentalidad era de afirmación y de fe en el progreso colectivo: toda conquista en las ciencias era interpretada como un avance humano, moral, y así lo expresa Bentham: "la época en la que vivimos es una época activa, en la que los conocimientos avanzan rápidamente hacia la perfección... Los descubrimientos y progresos en el mundo natural corresponden en el mundo moral a la *reforma*"[110]. El mismo Austin mantenía el necesario progreso moral: "La *difusión* y el *avance* de la verdad moral está, ciertamente, impedido por grandes y peculiares obstáculos. Pero estos obstáculos –estoy firmemente convencido– desaparecerán gradualmente"[111].

A pesar de la conciencia de derrota humanística que existe en la primera mitad del siglo XIX, el optimismo superó estos obstáculos. Lo reconocemos en Lerminier: "Para qué disimularlo: la teoría de la ciencia se haya en Francia muy distante de haber llegado a la altura de nuestra civilización e inteligencia"[112]. Los problemas eran entendidos como un simple alto en el camino progresivo. "¿Y podrá la ciencia del derecho permanecer indiferente a tanto progreso? ¿no debe, al contrario, tomarlo como punto de partida? Y los que la cultivan, aplicando las lecciones y ejemplos que reciben de sus contemporáneos y de sus maestros,

109. *Una investigación sobre los principios de la moral*, cit., pág. 10.
110. *Fragmento...*, cit., pág. 25.
111. "The 'diffusion' and the 'advancement' of ethical truth are certainly prevented or obstructed by great and peculiar obstacles. But the obstacles, I am firmly convinced, will gradually disappear". Cfr. *Lectures...*, cit., vol. I, pág. 127.
112. *Introducción...*, cit., pág. 8.

historiadores y filósofos, ¿no emprenderán serios y nuevos estudios?"[113].

El *método científico* garantizaba la creación casi de un nuevo género humano: no existía ningún peligro serio que no pudiera ser superado. Esta forma de pensar la observamos en Bergbohm, quien mantiene que la teoría del derecho ofrecerá, en el futuro, un sistema que compendie las verdades éticas fundamentales. Nuestros esfuerzos del presente están plenos de sentido, porque conjuntamente ofreceremos el diseño de un cuadro completo que nos conducirá al verdadero sentido de todas estas manifestaciones jurídicas para todos los tiempos[114]. El método que ha de ser seguido, el garante de nuestras esperanzas, es la *Naturforschung*, como indica Jellinek[115].

E. *Un resultado inesperado*

El siglo XIX combatió la idea del "derecho natural". Esto no fue cosa fácil, porque no existía una "idea" comúnmente compartida del derecho natural a la que pudieran atacar unívocamente. De hecho, el iusnaturalismo de la Modernidad tuvo más de "Rechspolitik" que no de verdadero "derecho natural", según reconocía el propio Bergbohm[116]. Las ideas sobre el *ius naturale* propias de la

113. Lerminier, *Introducción...*, cit., pág. 10.
114. "Sie wird endlich auch die Zusammenfassung der juristischen Fundamentalethik zu Gesammtdarstellung herbeiführen, welche in Zukunft unsere rechtsphilosophische Systeme sein oder weniger dieselbe vertreten werden. Denn schliesslich hat ja dieser einzelnen Bemühungen nur die Bedeutung, mit den vielen anderen zusammen uns von dem Recht ein volles Bild zu entwerfen, das uns der wahre Sinn dieser Erscheinung nach allen Zeiten ausdeutet". Cfr. *Jurisprudenz...*, cit., pág. 101.
115. "Mit diesen Grundsätzen hat die Naturforschung seit geraumen Zeit unverliebare Besitzthümer angesammelt und täglich sehen wir sie an der Hand der eben erwähten Principien neue Höhe ersteigen, die unsere Blick ungeahnte Aussichten eröfnen". *Die sozialethische...*, cit., pág. 4.
116. Vid. *Jurisprudenz...*, cit., pág. 128.

Baja Edad Media y del siglo XVI se habían perdido a estas alturas: cualquiera de nuestros abuelos se hubiera quedado sorprendido de habérsele preguntado si él estimaba que el verdadero derecho natural se ceñía a los *primeros principios* de la razón práctica, o si también abarcaba las instituciones "introducidas" por el Derecho de gentes. Las viejas historias sobre las que teorizaron Tomás de Aquino, los hermanos Bolognettus, Joaquín Hopper o Francisco Connanus habían sido olvidadas, desbordadas por los libros de Grocio, Pufendorf, Thomasius, Gundling y, finalmente, los discípulos de Kant.

La reacción romántica contra el individualismo de las teorías jurídico-políticas de la Edad Moderna, que quedaron representadas en Kant y en algunos de sus seguidores más conocidos, como Wilhelm Traugott Krug, ya se habían producido. El iusnaturalismo anterior a la Edad Moderna era entonces desconocido. ¿Qué quedaba para atacar en nombre del método científico-natural? Porque no tenía mucho sentido seguir sermoneando contra la "razón abstracta" de tipo kantiano: también en este punto se produjo un cierto cansancio, resultado del ejercicio demasiado repetido. Como no existía un enemigo al que responder, el siglo XIX lo inventó: era la "idea eterna" del derecho natural, es decir, el derecho natural como un ordenamiento superior y paralelo a los derechos "positivos" realmente existentes, de modo que el derecho natural, así entendido, sirviera de modelo perenne para cualquier disposición "positiva".

¿Ha existido alguna vez en la historia una teoría así del derecho natural? Indiqué antes que el mismo Pufendorf muestra talantes muy contradictorios según estudiemos su "De iure naturae et gentium" o el *De Oficiis*. Porque mientras aquel libro trata más bien de "Rechtspolitik" según el contractualismo moderno, este último, en cambio, es más bien un recetario de principios éticos conocidos *ex sola ratione*, sin mucha argumentación o discurso. Quizá la corriente que arranca de Christian Wolf, que a medias es escolástico aún, y también a medias es moderno, pudo haber

diseñado algo parecido a la "idea eterna" del derecho natural. Los ocho volúmenes del *Ius naturale et gentium* de Wolf parecen proponer un ordenamiento jurídico completo extraído de la sola razón natural. Esta línea blanda y moderada, que se prolonga a través de Filangeri, Burlamachi, etc. pudo haber representado la quimera eterna del "derecho natural", normalmente amparada a lo largo de la Ilustración bajo el prestigio de Hugo Grocio, al que reeditan beligerantemente incluso en el siglo XVIII. Es un tema que no lo tengo claro, y será cuestión de abordarlo debidamente en otro estudio. De todos modos, la corriente triunfante en la Modernidad, la que se inicia con Pufendorf y se prolonga mediante Thomasius, Gundling, Koehler, Achenwall, etc., hasta acabar en los epígonos de Kant[117], poco tuvo que ver con esta otra línea. Lo que sí está claro es que el siglo XIX necesitó crear una imagen del "derecho natural" que fuera accesible a sus ataques en nombre del fenomenismo, relativismo ético, historicismo, etc. Porque toda creación científica se hace odiando, dando patadas a lo que se detesta; el arte se desarrolla amando, mediante la imitación de aquello que se quiere. Locke o Newton escribieron sus libros *contra* Descartes y su escuela. Delacroix, en cambio, tenía demasiadas cosas que admirar como para perder el tiempo ejerciendo una crítica así.

De este modo, uno de los grandes inventos del siglo XIX fue el de la idea del derecho natural perenne. Lerminier indicaba ya muy pronto que "El primer elemento que es preciso reconocer en el derecho positivo es el elemento filosófico. Las ideas absolutas de lo justo y de lo verdadero constituyen su fondo y su esencia, profesadas por todos, se hallan en el derecho de todas las naciones. Estas son las ideas que el género humano nunca ha dejado de honrar y practicar con el nombre de 'derecho natural'. Si reinasen solas, puras y sin mezcla, en todos los pueblos; no

117. Al pensamiento jurídico-político de estos autores dediqué la monografía *La Cabeza de Jano*. Universidad de Cádiz, 1989.

existirían el derecho positivo y las legislaciones particulares, y el imperio del mundo pertenecería a la filosofía"[118]. Lerminier representa un pensamiento en cierto modo ecléctico, del tipo del "mínimum ético" que propugnó Jellinek algo después: en la base de todo derecho positivo existe un núcleo de verdades necesarias, que garantizan la relativa justicia de los ordenamientos positivos concretos[119].

Pero esta tesis más matizada se pierde en la segunda mitad del siglo XIX. Entonces, los seguidores del método físico-natural hablan sin reparos de un "derecho natural" completo y sin lagunas: "Todo derecho ideal es necesariamente completo (*lückenlos*), porque no puede ser de otra forma"[120]. Las tres cualidades que Bergbohm adscribe a cualquier derecho natural son: "eterno, universal y absoluto"[121]. Así ha de ser todo "derecho en sí", *Recht an sich*. Estas expresiones, "derecho en sí", o "justicia en sí", no las encuentro en la jurisprudencia anterior a la decimonónica. Es posible que sean formas de expresarse acuñadas en el área de cultura alemana bajo la influencia de la terminología kantiana, que tantas referencias hacía a la *Ding an sich*. Ya a comienzos del siglo XX esta terminología está consagrada, y Picard puede permitirse escribir sin necesidad de mayores aclaraciones que "Ahora llego a un punto de poderoso interés: el del 'derecho natural' o filosófico... No es punto que en la práctica tenga una seria importancia. El derecho positivo o 'realista' ocupa, ciertamente, todo el sitio"[122]. La idea de "ocupar todo el sitio" no deja de ser una

118. *Introducción...*, cit., pág. 36.

119. Vid., por ejemplo, mi estudio *Nuestros prejuicios acerca del llamado "derecho natural"*, en "Persona y Derecho", 27 (1992) págs. 21-200, o *Historia y justicia según los juristas de formación prudencial*, en "Anuario de Filosofía del Derecho", 9 (1992), págs. 351-394.

120. Así opinaba Bergbohm: "Wenn jedes ideelles Recht in sich lückenlos ist, weil es nichts anders sein kann..." Cfr. *Jurisprudenz...*, cit., pág. 396.

121. "ewiges, universelles, absolutes oder Recht an sich ausgedrückt". Cfr. *Jurisprudenz...*, cit., pág. 410.

122. *El derecho puro*, cit., pág. 135.

interesante transposición de categorías físicas o geométricas (la ubicuidad) a la realidad humana.

III. *¿Una ética sin deberes?*

Un hecho, que es aquello que no aporta la razón de su comparecencia ante nuestra vida, "es", y no se puede decir mucho más sobre su existencia. Pero el derecho o la moral no son simples hechos: son proyectos normativos que intentan someter la vida humana a normas, de acuerdo con unos bienes que consideramos que es *obligatorio* obtener. Estamos ante el imperativo categórico kantiano.

La razón puede mostrarnos determinadas conductas como aconsejables, recomendables, útiles por cualquier motivo, etc. Estaríamos ante el imperativo hipotético, según Kant. Aunque en nuestra vida cotidiana no podemos distinguir tan claramente entre lo categórico y lo hipotético, porque lo que puede parecer simplemente como "útil" suele ser a veces el criterio mayor de la justicia, y en general de la moral. En cualquier caso, el estudio de lo útil suele ser imprescindible para aplicar los principios a la situación existencial concreta: de este modo la *ratio* se pone al servicio del *intellectus*. Lo que no sería admisible es conceder autonomía total a la "razón" (*ratio*), porque este instrumento, al que Wittgenstein llamaba "a box of tools", no sabe qué hacer consigo mismo. La razón sin intelecto es ciega.

Lord Kames reparaba en este problema, y lo explicitaba en este sentido, oponiéndose a Bentham. Según nuestro aristocrático interlocutor "La verdad sobre este tema es que el término 'adecuado' (*fitness*) o 'inadecuado' (*unfitness*) en su significación presente, depende enteramente del *moral sense*"[123]. Es decir,

123. "For the truth of the matter is, that the term 'fitness' and 'unfitness', in their present signification, depends entirely upon the moral sense". Cfr. *Essays...*, cit., pág. 71.

aquella conducta que la razón presenta como *adecuada* depende, en su moralidad, del principio ético que intente hacer realidad. De suyo, la razón no puede hacer más, porque la calificación de *fitness* y *unfitness* son cualidades de la acción que se obtienen por la experiencia[124], es decir, aplicando la razón a la consideración de los hechos. Pero si pasamos del plano simplemente hipotético al categórico, prosigue nuestro Lord, es decir, si la *adecuación* o no de la acción implica un "right" o "wrong" porque se refieren a un "deber hacer" (*as denoting that we ought to do*), entonces estamos yendo más allá de la simple *fitness*[125]. "El error de este doctor es bastante frecuente, concluye Kames, y consiste en tratar de poner la razón en lugar del sentimiento"[126]. Kames explica lúcidamente que no puede surgir un *deber* desde consideraciones simplemente utilitarias.

Hoy es preciso plantear otra vez este problema, porque o bien se dice que el derecho "obliga" pero no origina un deber, como hace Scarpelli, o bien se mantiene como un *postulado* que las "normas existen" como tales, es decir, formando un cuerpo *normativo* en virtud de algunas característica suyas que nada tienen que ver con el deber. Yo pienso que opinar así supone erigir un nuevo altar *deo ignoto* que, en este caso, sería el talante normativista que caló tan hondo en los siglos XVIII y XIX, y que nosotros hemos heredado a trancas y barrancas. Un dios menor, al fin y al cabo. Porque si prescindimos de la categoría del deber, podrá haber forzamiento de la voluntad, doblegamiento mediante la fuerza, persuasión a través de la conciencia socialmente compartida, y muchas cosas más. Pero en ninguno de estos casos es

124. Lord Kames: "*Fitness* and *unfitness*, with regard to a certain end or purpose, are qualities of action which may be gathered from experience". Cfr. *Ibidem.*

125. "But *fitness* or *unfitness* of actions, as importing "right" or "wrong" as denoting that we ought to do, or abstain from, have truly no meaninng...". Cfr. *Essays...*, pág. 72.

126. "The doctor's error therefore is a common one, that he endeavours to substitute reason in place of sentiments". Cfr. *Ibidem.*

lícito hablar de ordenamientos *normativos*. Hart captó este problema, y propuso una solución pretendidamente objetiva o equilibrada: la "norma" existiría ante la conciencia social e individual, objetivamente, sin necesidad de recurrir a explicaciones psicologistas; aunque después de tantas trifulcas del mismo Hart con Alf Ross sobre este tema, esto tendría que ser más matizado.

No pienso, sin embargo, que haya necesidad de entrar en mayores detalles sobre el planteamiento de este tema, porque parece que una cosa es la explicación sociológica, psicológica, etc. de la obediencia, y otro asunto distinto es la justificación de su *obligatoriedad*, como indica Cotta[127]. Sin la noción específica de "deber" puede haber infracciones de la validez de las normas (como diría Bobbio), o inobservancias de un hábito de obediencia, como tendencialmente parece proponer Austin, o irregularidades, es decir, desviaciones de conductas socialmente aceptadas, como explicaría cualquier norteamericano behaviorista o un empirista de Uppsala. Pero, a menos que vaciemos la palabra *norma* del contenido que le dieron algunos sofistas y Platón, nunca podrá haber deber sin norma, y viceversa.

Si una norma no nace con la vocación de generar un deber, sería ir contra el mismo uso lingüístico decir que eso "constituye una norma". Sobre este problema, los positivistas clásicos, como Kelsen, Ross, Hart, etc., parece que van quedando muy lejos en la historia. Por esto, apenas me referiré a ellos (excepto a Kelsen) para ejemplificar las opiniones sobre las relaciones entre sanción y deber. Una persona conocida hoy gracias a la amplificación de su pensamiento que hace E. Garzón Valdés, es Norbert Hoerster, quien mantiene, pese a quien pese, que una cosa es la obligación y

127. "Ma il problema, anzichè risolto, è eluso. Infatti la pressione psicologica e l'abitudine spiegano (e, si se vuole, giustificano) l'obbedienza all'ordinamento, ma non la sua obligatorietà". Cfr. *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*. Giuffrè. Milano, 1981, pág. 42.

otra el deber de obedecer la norma[128]. Pero esta postura de Hoerster me parece que es propia de quien ya no hace pie, próxima a una obstinación que no atiende a razones. Y es que este tipo de "positivismo jurídico", hoy, después de una experiencia de casi doscientos años, o se mantiene dogmáticamente, o no se sostiene.

A. *No se entendieron sobre lo que era el deber jurídico*

Si propongo ahora hacer una referencia superficial a este tema, tal como lo planteamos unos y otros actualmente, parece que estilamos como tres modos de abordar la cuestión.

Una primera forma sería la de Nawiaski, por ejemplo, quien escribe que "la norma de derecho prescribe a las personas a las que se dirige, los destinatarios jurídicos, un determinado comportamiento externo bajo sanción coactiva. Así nace para ellos una necesidad de conducta asegurada mediante la amenaza de una sanción; más exactamente, de este modo se les impone esa necesidad de conducta. Necesidad de conducta es lo mismo que deber de una conducta necesaria coactivamente asegurada, e igual que deber coactivo o deber jurídico"[129].

Si el lector examina despacio esta impresionante cita, verá que, en definitiva, no dice nada distinto de lo que Kelsen había dejado establecido sobre el tema. Pero la actitud retórica de Nawiaski merece un lugar aparte: identifica expresamente forzamiento y deber, y se expresa de una forma lo suficientemente complicada como para ganar fama de pensador o expositor profundo.

Una segunda posibilidad sería la usual de todos los autores que no creen en la objetividad de la verdad práctica: decir lo mismo que Nawiaski, pero con más simplismo, a saber: que existe "deber"

128. Vid. *En defensa del positivismo jurídico*. Trad. J. Malem Seña. GEDISA, Barcelona, 1992, pág. 135.

129. *Teoría General del Derecho*. Trad. J. Zafra. Editora Nacional. México, 1980, pág. 214.

desde el momento en que está prevista una sanción para un comportamiento. Este fue el camino por el que se encaminó colectivamente el iusnaturalismo del siglo XVIII[130], hasta que la mayor finura del análisis kantiano lo desmoronó, de forma que buena parte del siglo XIX alemán hubo de crear la teoría de la *Selbstanerkennung*[131], para llegar finalmente a un callejón sin salida.

Jeremy Bentham dejó las cosas muy claras en este tema: "Definición de delito en general. Un delito es un acto prohibido o, lo que es lo mismo, un acto cuyo contrario está ordenado por la ley"[132]. Bentham usa todavía términos algo misteriosos, como el de "prohibido". Su pensamiento queda más claro cuando afirma que "Toda ley coercitiva crea un delito, esto es, convierte un acto de cierto tipo en delito. Es lo mismo decir 'impone una obligación' que 'produce coerción'"[133]. John Austin siempre matiza más, aunque en este tipo de cuestiones matizar quiere decir incurrir en contradicciones. De un lado, establece que estar "obligado" (*bound* o *obliged*) es lo mismo que tener una "obligación" (*duty*), y que ésta consiste sólo en la posibilidad de sufrir una sanción[134]. De

130. Vid. mi estudio *Deber y Fuerza: la Modernidad y el tema del deber jurídico*, en "Obligatoriedad y Derecho". XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. Universidad de Oviedo, 1991, págs. 151-182. Un estudio que cubre un arco histórico más amplio es el Hans-Ludwig Schreiber, *Der Begriff der Rechtspflicht. Quellenstudien zu seiner Geschichte*. Walter de Gruyter. Berlin, 1966. Sobre la Edad Moderna, vid. págs. 10-52.

131. Vid. H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtstheorien*. Tübingen, 1923, XI Kapitel, págs. 311 y ss.

132. "So much for the definition of offences in general. Now an offence is an act prohibited, or (what comes the same thing) an act which the contrary is commanded by a law". Cfr. *Introduction...*, cit., vol. II, pág. 232.

133. "Every coercitive law creates an offence, that is, converts an art of some sort into a offence. It is only so doing than it can 'impose obligation', that it can 'produce coercion'". Cfr. *Introduction...*, cit., vol. II, pág. 268.

134. "Being liable to evil from you if I comply not with a wish which you signify, I am 'bound' or 'obliged' by your command, or I lie under a duty to obey it". Cfr, *Lectures...*, cit., Vol. I, págs. 89. Poco más adelante indica

otra parte, se ocupa muy extensamente de la noción romanista de "officium" y "persona", y establece que un *officium* "es una obligación moral en el más amplio sentido"[135]. El tiene a la vista la noción romanista de la "necessitas", en cierto modo a la vez moral y jurídica, y el conjunto de su explicación del derecho apunta a que el principio de utilidad debe estar guiado por el *moral sense*, como ya quedó indicado. No se puede afirmar inmatizadamente que Austin deja reducida la noción de deber a la de aplicación de una sanción, aunque algunos textos suyos así lo afirmen expresamente.

Algunos autores ingleses reaccionaron, ya en el siglo XVIII contra esta noción del "deber" dominante en toda Europa. Adam Ferguson, por ejemplo, dedicó palabras duras a esta reducción, según él indebida: "Cuando el miedo se sugiere como la única causa del deber, cada corazón se hace rapaz y mezquino, y esta medicina, si se aplica a un cuerpo sano, producirá el mal que en otros estaba destinado a curar"[136]. Lord Kames insistió en la misma idea[137]. Esta explicación debió quedar en la Universidad inglesa, porque Allen explicaba bastante más tarde, con extremada precisión, que el deber no puede ser reforzado sino por la conciencia individual. Si nosotros hablamos del refuerzo legal de una obligación jurídica, nos referimos más bien a la operación que prescribe una pena legal para el no-cumplimiento de cierta orden o prohibición expresa. Esta pena impuesta extrínsecamente para la desobediencia no es lo mismo que el reforzamiento de la obligación[138]. Porque una cosa es el acto de fuerza implícito en toda

que "But is only by the chance of incurring 'evil', that I am 'bound' or 'obliged' to compliance". Cfr. *op. cit.*, pág. 91. Las intensidades son de Austin.

135. "*Officium* is the moral duty or obligation in the largest sense". Cfr. *Lectures...*, cit., vol. II, pág. 926.

136. *Un ensayo...*, cit., pág. 304.

137. Vid. *Essays...*, cit., pág. 133.

138. "Duty cannot be enforced by anything but individual conscience. When we speak of the legal enforcement of legal duties, we mean rather then the operation of prescribed legal penalty for non-compliance with certain express commands or prohibition. This extrinsecally-imposed penalty for

sanción, y otra el deber o *duty* que se expresa mediante el término *ought*.

La reacción más furibunda contra esta matización vino de la mano de Frederic Harrison, en plena polémica con Allen. Según Harrison, en el derecho el poder lo es todo, y la razón de la cosa, o su posibilidad filosófica, no es nada[139]. Austin había dejado establecido que el Estado es *legibus solutus*, porque no reconoce ni puede reconocer superior. Esta tesis la exaspera Harrison, que indica reiteradamente que el Estado es omnipotente ante los juristas[140], aunque no para los moralistas, políticos o teólogos, que siempre tienen libertad para criticar su actuación[141]. Vuelve sobre el tema y declara que el derecho consiste únicamente en fuerza. "*Jurídicamente* hablando, se queda en fuerza, y en fuerza sólo"[142]. Consecuentemente, en el derecho todo es cuestión de "necesidad": nunca existe el "debe" (*ought*), sino siempre el "tener que" (*but always must*), y en este sentido se dice que siempre y en todas partes es *imperativo*[143].

Kelsen fue, en cierto modo, más habilidoso. No se desinteresó del tema, como sí hicieron la mayor parte de los filósofos del derecho y juristas alemanes de la segunda mitad del siglo XIX. Reconoce que desde el momento en que existe el concepto de norma jurídica, independiente del de norma moral, ha de haber la

disobedience is not the same thing as the enforcement of the duty". Cfr. *Legal duties...*, cit., pág. 197.

139. "Now in *law* authority is everything, and the reason of the thing, or philosophical probability, is nothing". Cfr. *Jurisprudence and the conflicts of law*, cit., pág. 19. La intensidad es de Harrison.

140. Vid. *Jurisprudence...*, cit., págs. 20 a 26.

141. Vid. *Jurisprudence...*, cit., pág. 30.

142. "Political socially speaking, law rest on something more than force. *Juristically* speaking, it is on force, and force alone". Cfr. *Jurisprudence...*, cit., pág. 31. La intensidad es de Harrison.

143. "The proposition is the most useful in drawing attention to this: That law is always a matter of necessity – it is never *ought*, but always *must*; in that sense it is always and everywhere *imperative*. Cfr. *Jurisprudence...*, cit., pág. 37. La intensidades son de Harrison.

posibilidad de hablar de un deber jurídico que sea distinto del deber moral. Me parece que estamos ante otro juego didáctico de la imaginación geométrica-espacial aplicada a los problemas humanos. Este juego consistiría en afirmar que si existe X, es decir, el deber moral, ha de existir Y, esto es, el deber jurídico, porque toda "norma" desencadena un deber como correlato necesario suyo. Me parece que el problema está en llamar "normas" a los *commands* jurídicos: Austin fue más pulcro en la elección de la terminología.

Pero esta posible objección no desanimaría a Kelsen, quien continuaría afirmando que el deber jurídico será tal por su carácter formal, independientemente de su contenido, y este carácter formal deriva de la misma naturaleza de la norma jurídica[144]. Esto fue lo que expresó Nawiaski: que el "deber jurídico" no es más que la norma jurídica vista desde el punto de vista de su destinatario[145]. No olvidemos que en estos autores, y en el momento histórico en que ellos viven, el prototipo de norma jurídica es la norma penal, por lo que la sanción anexa al derecho saltó al primer plano de cualquier definición del derecho.

Pero, por lo general, este problema queda difuminado en Kelsen, diluído tras la división entre "ser" y "deber ser". Es decir, él se suele desinteresar de este tema, y en su lugar, en cierto modo, sitúa el *Sollen*, una categoría a priori de la razón, que nada tiene que ver con deberes metajurídicos o morales. Podría decir con poca precisión, la que permite Kelsen, que el deber jurídico es un *Faktum*, aunque no empírico. En esa especie de "Analítica trascendental" de la que se apropiaron indebidamente los neokantianos, el "deber" o *Sollen* es aquel a priori de la razón que nos permite conocer lo que específicamente es normativo. Por este motivo, la obligatoriedad de una norma es ya un concepto analítico: produce un deber u obligación desde el momento en que es captada

144. Vid. *Reine Rechtslehre*. 2 ed. Franz Deuticke. Wien, 1960, págs. 60-72 y 346-349.

145. Vid. *Teoría General...*, cit., pág. 214.

o entendida por la razón como una "norma"[146]. Si Kelsen entendió o no entendió a Kant, ésta fue una cuestión ampliamente debatida en la primera mitad de este siglo.

B. *Validez y vigencia jurídicas: asignaturas pendientes*

El problema al que acabo de aludir fue un problema real, e indico esto no sólo porque históricamente se ha producido y expresado, sino porque es cuestión que todo investigador debe plantearse, ya que cualquier ser humano está en el derecho de exigir aclaración sobre él. Siempre que aparece una directriz obligatoria, toda persona está facultada para preguntar: "¿Por qué he de *obedecer* yo las órdenes que tú me dictas?".

El punto de partida de la teoría del derecho *realista*, *naturalista* o *positivista* estaba claro: "mostrar" objetivamente el derecho realmente existente, creando seguridad. Postulaban que las leyes "están ahí", con un contenido gramatical-semántico que no es distinto al de las palabras del habla usual. El tema lo sitúa claramente Bentham y, especialmente, Austin: si sólo podemos conocer el contenido de las normas jurídicas una vez que el juez ha dictado su sentencia, se trata de un derecho –explica Austin– sólo cognoscible *ex post facto*[147]. Pero así no puede existir seguridad jurídica: los ciudadanos deben conocer el derecho antes de su "aplicación", o del litigio. En consecuencia, toda la época exige una ciencia expositiva de las normas jurídicas y de sus contenidos que sea anterior a la aplicación del derecho.

Pero esta exigencia conlleva algunos problemas. Cualquiera puede entender que es derecho "real" aquellas normas jurídicas que son *realmente* aplicadas por las instancias administrativas,

146. Incluso Legaz siguió esta singular explicación. Vid. *Filosofía del derecho*. 3 ed. Bosch, Barcelona, 1972, págs. 434 y ss.

147. Vid., por ejemplo, las *Lectures* XXXVII y XXXVIII, contenidas en el vol. II de sus *Lectures...*, cit., págs. 628-645.

judiciales, etc. Es decir, que toda norma debería pasar un *test* para poder decir de ella que está "realmente vigente". Pero entonces se cae de lleno en el reproche del derecho como realidad *ex post facto*. El único modo de evitar este problema estaba en *postular* que las normas jurídicas existían ya antes de sus posibles aplicaciones concretas. La peculiar forma de existir de una norma jurídica, al margen de la comprobación real de su eficacia, fue llamada *validez*: toda norma que hubiera cumplido unos determinados requisitos en su creación es una norma "válida", y por tanto aplicable. Esto suscitó un problema de bastante monta: ¿qué quiere decir "aplicable"? Ya veremos que Austin, por ejemplo, se separa notablemente de lo que ha pretendido históricamente el positivismo estrictamente normativista.

La inteligencia de las normas jurídicas como un cosmos autónomo de existencia (*postulaban* que toda norma jurídica válida "existía", y sólo existían las normas jurídicas que fueran *válidas*) requirió de un aparato epistemológico especial para poder explicar esta extraña forma de vida. Este positivismo, llamado usualmente *legalista* para diferenciarlo del positivismo judicialista y el sociologista, *postula* en cierto modo que toda norma jurídica válida es una norma "obligatoria" o *vigente*, sin necesidad de pasar ningún *test* especial. Norma obligatoria, norma vigente, norma aplicable: un juego de palabras muy delicado. Un representante actual de la "teoría del derecho" diría que la proposición "una norma jurídica es válida", sólo quiere decir que tal norma *tiene que* aplicarse, lo que en modo alguna prejuzga la bondad o maldad de su contenido material[148], y, por lo tanto, la posibilidad o no de su aplicación

148. Los epígonos actuales de la "Teoría del derecho" siguen lo que en su día constituyó la escandalosa explicación de Kelsen, al que se le acusó de estar influído excesivamente por el *Freirecht*. Porque Kelsen distinguía entre ordenamientos normativos "estáticos" y "dinámicos". Aquellos serían los morales, en los que el contenido de la norma "superior" determina el contenido de la norma "inferior". En los ordenamientos "dinámicos", en cambio, como es el derecho según Kelsen, la norma superior sólo determina la forma como debe ser producida la norma inferior, pero en modo alguno su contenido. Vid. *Reine Rechtslehre*, cit., págs. 238 y ss. y 346 y ss. La distinción entre ordenamientos "dinámicos" y "estáticos" la encontramos en la pág. 72.

efectiva. Pero esto choca con la exigencia de la seguridad jurídica: estamos otra vez, en esta ocasión de la mano de la teoría del derecho, ante la solución jurídica "ex post facto". No servía esta interpretación del alcance de la validez jurídica. El positivismo que representaban Harrison o Knapp, por ejemplo, mantenía que la validez jurídica conllevaba necesariamente la vigencia social de la norma, su efectividad sin más. De ahí el empeño de Knapp o de Jellinek por dar con el orden jurídico verdaderamente "real", *wirklich*. Esta ha sido históricamente la pretensión de la teoría del derecho naturalista, científica o positivista: mostrar a todos los contenidos jurídicos *reales*.

Este planteamiento arrastra otros problemas. ¿Qué es la vigencia de las normas del derecho? Obviamente, estos autores no podían referirse a la simple eficacia sociológica. Aunque ellos rastrearan en un primer momento las normatividades sociales para encontrar el orden normativo verdaderamente eficaz[149], una vez hallado, este orden era específicamente *normativo*, esto es, era capaz de *exigir* obediencia. ¿Exigir obediencia por la fuerza, o por el deber? La salida fácil, ya aludida, estaba al alcance de cualquiera: identificar deber y coercibilidad. Pero, resuelto así el problema, más bien queda como una asignatura perennemente pendiente: cada norma jurídica no puede ser reconducida a simple y escueta fuerza, aunque el fundamento último de la existencia del derecho sea de tipo sociológico. Si se afirmara esto, cualquier orden jurídico perdería todo su prestigio. Además, las cosas no son exactamente así. ¿Qué decir?

149. Escribe Cotta, muy a la vista de la doctrina de Kelsen, que "Impostati in questo termini, il problema dell'obbligatorietà delle norme si risolve in quello dell'efficacia della più generale e 'immensa' pressione psicologica esercitata dall'intero ordinamento". Cfr. *Giustificazione...*, cit., pág. 41. En las páginas 49-60 de la segunda edición (1960) de su *Reine Rechtslehre*, Kelsen destaca la "conexión esencial" que ha de existir entre la validez o vigencia y la eficacia real (Wirksamkeit) de la norma jurídica.

Quizá no exagero si digo que estamos ante un problema que es insoluble desde las premisas de la "teoría del derecho": sus condiciones de origen lo conducen hacia un círculo vicioso. Como no puede ser estudiado "desde dentro", porque iríamos a la aporía constante que acaba en la identificación de deber y fuerza, Kelsen se zafó de él elegantemente: el derecho es un ordenamiento normativo, lo que quiere decir que existe en tanto él constituye un "deber ser". Bentham, Harrison o Knapp, hubieran quedados atrapados en su "investigación científico-natural", *Naturforschung*, en este problema. Pero Kelsen propuso un método *filosófico* que le permitía evadirse de la aporía continua. Porque, en la medida en que el deber ser es simple y pura analiticidad, su existencia viene fundamentada por un postulado de la razón práctica. Y en este mundo olímpico ideado bajo el patrón de la Analítica trascendental kantiana, las contradicciones vitales, humanas, no cuentan para las formas puras: este mundo está muy por encima de nosotros, los hombres empíricos. Además, esta forma pura del conocimiento, el *Sollen*, se refiere únicamente a la forma de la normatividad: en modo alguno condiciona el contenido de cada norma. De la mano de Kelsen nos introducimos en un universo de ideas o categorías puras que, temo, poco se relaciona con los problemas de nosotros, los hombres que tenemos que vivir el día a día.

El talante kelseniano, el único que puede "salvar las formas" (si se me permite este juego de palabras) de la teoría del derecho, ha quedado entre nosotros en la medida en que diversos autores pretenden mantener el dogma central del positivismo. Así, Albert, por ejemplo, nos dice que "Aquí investigaremos prescindiendo de criterios iusnaturalistas y sociológicos al derecho 'positivo' en tanto que lo entendemos como un 'cosmos autónomo' de 'normas vigentes', que debe ser estudiado por una disciplina no-empírica, la 'jurisprudencia pura', entendiéndolo 'cognitivamente'"[150]. Tantas intensidades y comillas, puestas por el mismo autor, producen la impresión de estar ante un discurso muy forzado.

150. "Hier wird offenbar versucht, unter Abstraktion von naturrechtlichen wie von soziologischen Gesichtspukten das 'positive' Rechts als einen 'autonomen Kosmos' von 'geltenden Normen' aufzufassen, der von einer als nichtempirische Disziplin aufgefassten reinen Jurisprudenz 'kognitiv erfasst' werden soll". Cfr. *Erkenntis und Recht. Die Jurisprudenz im Lichte des Kritizismus*, en "Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie", ed. por G. Roellecke. Wiss. Buchges. Darmstad, 1988, pág. 301.

C. *Problemas de la racionalidad instantánea*

No constituye ninguna originalidad volver sobre el tema de la etapa hermeneútica necesaria que media entre el texto jurídico y el resultado que se quiere obtener con su aplicación. Pero tampoco será una pérdida de tiempo aludir al tema. Austin y Bentham se propusieron que todos distinguiéramos entre el derecho que es, y el derecho ideal o que debe ser. Una empresa a veces muy sensata, porque con bastante frecuencia un caso queda atrapado inequívocamente por una norma, y entonces la solución jurídica existente cumple con los requisitos que el positivismo lanzó al derecho: es ésa, se puede conocer con precisión y anticipadamente, y no hay otra. Ante esta comprobación patente naufraga cualquier iusnaturalismo naïf. No en vano Stahl indicaba, hace ya muchos años, que puede haber exigencias racionales dirigidas al derecho, pero que no existe ningún derecho racional[151].

Pero no todo el derecho sigue unos pasos tan simples. Austin, que era un gran jurista, intentó clarificar esta realidad, pero respetando la complejidad real: en él no vemos alusiones a un "cosmos autónomo" de normas que es conocido "cognitivamente", etc. En su explicación teórica encontramos más bien un entrelazamiento de leyes jurídicas generales y derecho judicial, recognoscibles al filo de datos sociológicos, como el hábito de

151. "Es giebt daher wohl Vernunfforderungen an das Recht, aber es giebt kein Vernunfrecht". Cfr. *Die Philosophie des Rechts*. 5 ed. Tübingen, 1878, vol. II, pág. 221.

obediencia, por ejemplo. Austin no se hizo ilusiones sobre la "racionalidad instantánea" que encarnaría cualquier cuerpo de normas jurídicas: reitera que la sentencia judicial no es pura aplicación de un derecho preexistente[152], sino que en el tribunal se produce un proceso de "corrección legislativa" que deja la inteligencia de las leyes generales en manos de lo que él llamaba la *arbitrary disposition* de los jueces[153]. Los tribunales, por tanto, producen verdadero y nuevo derecho[154], y cualquier código no puede aspirar más que a ser un suplemento del derecho judicial[155]. La codificación no puede ser más que una re-expresión del derecho que ya existe, normalmente creado por los jueces[156].

Efectivamente, cuando abandonamos los campos difusos de los *científicos* del derecho propios de Ludwig Knapp, por ejemplo, ya no existe esa claridad que produce la simplificación de la complejidad de los problemas. James Lorimer, por ejemplo, afirmaba bastantes años más tarde que sólo existe un tipo de justicia, por lo que la justicia legal y la equidad judicial son la

152. "And here I will briefly remark, that, when I speak of a rule made by a judicial decision, I mean, of course, such a judicial decision as is not a mere application of previously existing law". Cfr. *Lectures*..., cit., Vol. II, pág. 628.

153. "This, however, is not 'interpretation', but a process of legislative amendment, or a process of legislative correction, which lays all statute law at the arbitrary disposition of the tribunals". Cfr. *Lectures*..., cit., vol. II, pág. 629. La intensidad es de Austin.

154. Vid. *Lectures*..., cit., Vol. II, pág. 621 y 521-534.

155. "Wherever, therefore, much of the law consist in a judiciary law, the statute law is not of itself complet, but is merely a partial and irregular supplement to that judiciary law which is mass and bulk of system". Cfr. *Lectures*..., cit., vol. II, pág. 639.

156. "For codification is the re-expression of existing law". Cfr. *Lectures*..., vol. II, pág. 664. En vol. II, pág. 659 escribe que "The statute law is not a whole of itself, but is formed or fashioned on the judiciary law, and tacitly refers throught to those leading terms and principles which are expounded by the judiciary".

misma cosa[157]. La equidad judicial no es justicia en un sentido especial, sino que constituye la justicia ordinaria del caso, y no hay otra[158]. Obviamente, estas comprobaciones que hacen Austin y Lorimer no encajan en la teoría decimonónica del derecho .

Karl Bergbohm no quiso o no supo ver nada de esta complejidad. Por este motivo, él se quejaba de que hoy se sigue confundiendo la "Filosofía del derecho" (*Rechtsphilosophie*) con la Ciencia del derecho, *Rechtswissenschaft*[159]. Actualmente, en el siglo XX, no encontramos quejas tan ingenuas como las de Bergbohm. En su lugar, muchos *postulan* que el ordenamiento jurídico posee un sentido único, inevitable, y que las posibles antinomias o lagunas se pueden resolver científicamente mediante el uso adecuado de algunas normas hermeneúticas. Así se explican Bobbio y Gavazzi, entre otros, con sus tablas sencillas para resolver antinomias y lagunas. Hart, más comedido, "reconoce" que muchas normas jurídicas no poseen un ámbito de aplicación estrictamente definido en todos los casos: entonces habla de la "textura abierta" del derecho. Me parece que Bergbohm, Bobbio o Hart comparten la misma actitud ideológica. Hablo de actitud "ideológica" por su lejanía de la realidad. Porque la vida es vagamente como es, y ningún teórico puede abandonar la nebulosa de lo real en nombre de la claridad ideal, a menos que intente influir sobre el público haciendo creer que el gobernante configura eficazmente la realidad social mediante las leyes que él dicta. Así contribuye el ideólogo a consolidar una mentalidad favorable al acatamiento. Históricamente, en el siglo XIX y XX, han sido sobre todo los autores socialistas (pensemos en Bobbio), o liberales, los que han pretendido tal eficacia de las normas jurídicas generales. Unos por mor de la edificación del socialismo, y otros

157. "There is but one kind of Justice; and legal justice and equity... are identical". Cfr. *The institutes*..., cit., pág. 280.

158. "and this not Justice in any special sense... but the ordinary Justice of the case". Cfr. *Ibidem*.

159. Cfr. *Jurisprudenz*..., cit., pág. 114.

por el ansia de seguridad que origina la desazón ante la libertad. No deja de ser interesante la actitud de Hart, que parece proponernos que reconozcamos que una parte o sector del ordenamiento jurídico tiene un contenido semántico "claro" (*interpretatio cessat in claris*) y, a veces, otras partes o sectores del ordenamiento jurídico no están tan claras. "Partes", "sectores", o tantos por ciento: todo parece indicar lo mismo en la solución clara y diáfana de la "textura abierta" de las normas jurídicas. De este modo se entiende el Derecho como una relación *de toto quo ad totum et de parte quo ad partem*, una relación que indicaba Bellapertica, en el siglo XIII, "que no vale ni lo que se da como limosna"[160]. Nuestros positivistas no parecen entender que todo puede estar muy claro en un momento, y ser por tanto aplicable, y eso mismo puede estar muy poco claro en otro momento; y que, a pesar de esto, siempre permanecen, y deben permanecer, las mismas normas y los mismos principios.

La otra explicación histórica del positivismo, ha sido la de Kelsen, y ha consistido en marginar este problema: la norma superior sólo prejuzga la forma o procedimiento por el que ha de ser creada la norma inferior. Pero no se refiere para nada a su contenido. Me parece que a Kelsen se le pueden hacer las mismas objecciones que se han hecho a la corriente del *Freirecht*. No es lícito sucumbir ante la complejidad de lo real afirmando que todo es irracional.

Históricamente, el talante propio de la teoría del derecho hizo una primera concesión a esta pretensión de conocer acabadamente el derecho antes de su "aplicación", al separar la validez normativa de la vigencia social de las normas jurídicas. Así reconoció, muy a pesar suyo, que no toda norma jurídica existente, "sirve". Supuso una incongruencia fuerte dentro de este normativismo legalista. Porque tal normativismo –reitero la idea– postulaba por definición

160. Vid. *Lectura super Institutionum*, cualquier edición, comentario número 65 a I, 2, 11.

que toda norma válida ha de ser eficaz. Si no, ¿qué hacemos con la validez jurídica?

Momentáneamente se salvaron las formas explicando confusamente que junto a la Dogmática jurídica o teoría del derecho, existía una disciplina nueva que venía a enriquecer la comprensión del fenómeno jurídico, y que esta disciplina no era otra que la "Sociología del derecho". Esta Sociología enseñaba que un cierto porcentaje de normas válidas no eran eficaces, o no lo eran en el sentido pensado por el legislador. Es decir, el positivismo mismo reconoció que el legislador "lanza" normas con la esperanza de que puedan llegar a ser eficaces. Se produjo un fenómeno similar, y a veces hasta paralelo, al de la teoría de la ciencia. En un primer momento el método científico habló de "verificación"; pero como la aplicación a rajatabla de este requisito hubiera mandado a la basura la mayor parte de los libros de Física, el lenguaje de los integrantes del Círculo de Viena se fue volviendo más cauteloso, y por los años 30 de este siglo ya habían sustituído la imposible verificación por el criterio de la *verificabilidad*, que era mucho más débil. Sin embargo, los problemas reales siguieron presionando a los teóricos de la ciencia: como no siempre es posible encontrar el procedimiento que haga posible la débil verificabilidad, el refugio científico colectivo fue la *falsabilidad* popperiana, que poco tiene que ver con la exigencia inicial de la "verificación".

De forma paralela, el normativismo abandonó la pretensión de vigencia o validez absoluta de las normas jurídicas y, según parece, propuso que considerásemos que las normas jurídicas válidas debían ser eficaces "en principio". Podríamos reconocer, algo imprecisamente, que nos piden que postulemos que la validez es un primer requisito para considerar que un texto es una norma jurídica. Aunque después de las consideraciones de Esser, parece que tampoco es un requisito necesario: en todo ordenamiento jurídico viven muchos principios, que no ha visto el legislador, ni puede (por que no es capaz, excede sus fuerzas) contemplarlos en su integridad, que actúan cotidianamente de forma imprevisible en

manos de los juristas y jueces, informando materialmente una solución, o seleccionando las normas aplicables al problema.

Temo que el positivismo "normativista" ha cedido en demasiadas cosas, más o menos como la teoría sencilla del "método científico". Todos tenemos derecho a poseer una identidad, pero siempre y cuando respondamos a un solo nombre. Pero la mentalidad que encarna la teoría del derecho no quiere renunciar a ningún nombre: pretende poseer una identidad universal, existir siempre y en todas partes. En principio, bastaba la validez jurídica; y si ésta no es suficiente para explicar el fenómeno jurídico (y ya es difícil comprender como una noción analítica puede prescindir de sí misma, es decir, de su presupuesto fundamental), la teoría del derecho tendrá en cuenta la vigencia social o efectiva de la norma.

Esto, ¿es posible? Me parece que es difícil pretender "conocer" a priori el derecho, esto es, el contenido del derecho y, al mismo tiempo, reconocer el núcleo de verdad que expusieron en su día los representantes más conocidos de la hermeneútica jurídica, Arthur Kaufmann especialmente. Porque ya no existen unas "normas" de contenido claro y preciso habitualmente, que sólo pueden ser entendidas de acuerdo, ocasional o excepcionalmente, con una interpretación gramatical, lógica, histórica o sistemática, cuando así lo requiera la complejidad de un caso.

Es posible que no le falte razón a quien mantenga que no comprende cómo es posible separar la validez de la vigencia. Se entiende muy intuitivamente que incurriría en una contradicción vital el legislador que dijera: "Te voy a dar una norma, pero que no debes cumplir si la consideras mala". Si éste es el mundo jurídico, entonces tendría razón Cotta cuando escribe: "¿Por qué no dejar ahora libertad de desenvolverse a todos los actos y comportamientos posibles? Esto restituiría a la llamada transgresión a su naturaleza propia de 'posible' y, por tanto, de acto de libertad respecto de la pretendida norma, la cual no sería otra cosa que una limitación innatural y puramente represiva del libre expanderse de

la posibilidad"[161]. Porque un lector que presume de sensato no puede por menos de percibir que una cosa son las reglas de un juego, que si fallan siempre pueden enmendarse, y otra esa vertiente de mi humanidad que exige que se me trate con justicia.

Por tanto, el lector de libros de filosofía del derecho no entiende bien a Hart cuando pretende apropiarse de los dos términos del dilema: una norma jurídica es válida y en principio debe ejercer los efectos propios de toda norma jurídica válida, pero no ejercerá tales efectos si se enfrenta a un principio moral importante, a pesar de lo cual seguirá siendo una norma jurídica, porque es válida. Si seguimos una lógica muy simple parece que se puede decir, como hace Hart, que: "esto es una norma jurídica, pero es demasiado inicua como para ser obedecida". Pero si nos situamos en el campo de lo específicamente humano, la conducta que se nos impone debe ser algo más que una simple posibilidad. Quizá fuera más adherido a la realidad humana decir, sencillamente, como si estuviéramos en la Baja Edad Media, que esa norma jurídica ha nacido ya muerta, que nunca ha sido una "norma", aunque lo pareciera. O que poseyó validez y vigencia en otro tiempo, pero que hoy ya no "existe". Pero el lector de estos libros universitarios se queda admirado cuando percibe los grandes milagros lógicos que hace el afán de seguridad.

Porque lo lógico sería, en cierto modo, hacer el recorrido en sentido inverso: "aquí hay un problema: ¿qué normas debo aplicar para resolverlo de acuerdo con mi sentimiento de la justicia, o con nuestro sentimiento de la justicia?" No se trata de que el problema aparezca primero, y las normas se seleccionen en un segundo momento: pensado así seguiríamos presos de esa geometría intelectual que enturbia las cosas con su claridad engañosa. Más bien sucede que a la vista de las normas y del problema, el operario jurídico conforma el caso *uno actu*. Un tema demasiado conocido para insistir en él. De esta forma, el estudiante de derecho y el

161. Cfr. *Giustificazione...*, cit., pág. 24.

jurista son, antes que nada, analistas de la realidad humana. Las normas existentes ayudan mucho en el momento de analizar la realidad: orientan, porque ellas mismas ya analizan situaciones y proporcionan esquemas estereotipados gracias a los cuales el estudioso puede *medir*. Por esto, el lector piensa que el estudio o el conocimiento de las normas debe ir *pari passu* con el aprendizaje en el análisis de la realidad. Que el derecho es ante todo cuestión de experiencia, aunque esto lo negara Hobbes en su tiempo[162], y lo nieguen hoy las filosofías constructivistas que siguen los pasos de Hobbes. Que no existe una "materia indolente", como decía Stammler, siempre pasiva, a la que hubiera que aplicar cada norma. Porque la *materia* aparentemente pasiva tiene tanto peso en el momento de estudiar el derecho como las normas y los principios. Tiene que entender, en una palabra, que la intuición cartesiana de la "res extensa", como materia amorfa sólo susceptible de medición por la razón, es una tesis que poco tiene nada que ver con la realidad existencial y práctica del hombre. No deja de ser chocante (como diría un inglés), que un tomista como Anselmo Desing reclamara indignado en el siglo XVIII, que la realidad humana es práctica o jurisprudencial, no metafísica o lógica[163]. Y aun no acabamos de entender esta vertiente de nuestra humanidad.

Comentaba antes que lo "lógico" sería comenzar por el final, hacer el recorrido en el sentido inverso: primero existe un deber, captamos la existencia de una normatividad. Y en un segundo momento, el jurista o el moralista ha de preguntarse por la norma (general) en la que puede apoyarse ese deber. Porque él necesita *justificar* su decisión, y nada más adecuado a este fin que presentar una norma general como garante de la obligatoriedad impuesta.

162. Hobbes dedicó mucha atención a este tema: de admitir que la experiencia es un factor decisivo en el derecho, no hubiera tenido razón de ser su método axiomático-deductivo. Vid. *Leviathan*..., cit., págs. 35-37.

163. Desing dedicó muchos folios a este tema. Vid., por ejemplo, los capítulos IV y V de su *Iuris naturae larva detracta*. Monachii, 1753.

Algo de esto se esto se refleja en los brocardos "ex facto oritur ius", o "primero es la vida, después la norma".

Kelsen, siempre rotundo, afirmó que se puede determinar la relación entre un comportamiento y una norma sin tomar una posición personal de tipo emocional[164]. Esto es cierto siempre que consideramos una norma muy concreta en su aplicación efectiva y realmente usual. Pero el autor de la distinción entre "Estática Jurídica" y "Dinámica Jurídica" parece que ha quedado demasiado atrapado por la "estática" que él supone en las normas, que es un tema que nunca explicita debidamente. Desde este punto de vista "estático", las normas jurídicas existirían listas ya, como los libros que están alineados y numerados en las bibliotecas. A Kelsen le es ajena, en cierto modo, la consideración de que la mayor parte de las normas no *existen* "ya" acabadamente, sólo a la espera de ser *aplicadas* mediante una subsunción a una materia amorfa, una "materia" a la que las normas darían forma. La mentalidad que representa Kelsen parece no acabar de entender que la vigencia, validez, etc. de una norma jurídica –es decir, su alcance efectivo– sólo se puede conocer en el curso de su vida real, cuando estas normas y principios son reclamados por el jurista que trata el caso, o excluídos por él: nadie "sabe" qué son, cómo funcionan o hasta donde alcanzan las normas jurídicas fuera del contexto de los casos en los que son reclamadas. No existe un universo nouménico platónico en el que las "normas" vivan su vida *fuera* de los problemas reales.

Este problema es quizá más complicado de lo que parece a primera vista. Kelsen intentó salvarse de la posible acusación de naïf explicando que el contenido material de las normas superiores no determina en modo alguno el contenido de las normas

164. "Man kann die Beziehung eines bestimmten menschlichen Verhaltens zu einer normativen Ordnung festellen, das heisst aussagen, dass dieses Verhalten entspricht oder nicht entspricht, ohne dabei selbst zu dieser normativen Ordnung emotional, das heisst billigend oder missbilligend, Stellung zu nehmen". Cfr. *Reine Rechtslehre*, cit., I, 4, e, pág. 22.

inferiores. Que la relación normativa superior-inferior se limita a la forma o el procedimiento de creación. Por este camino cayó en el irracionalismo propio del *Freirecht*: de este modo, todos los ciudadanos estaríamos en manos de la discrección, o del arbitrio, de los jueces, y ésta es una solución que tampoco convence al que entiende de derecho, que sabe y ve que en cierto modo y hasta cierto punto, las normas superiores sí determinan el alcance y contenido de las normas jurídicas inferiores. Que el derecho no es un juego de "todo o nada", ni tampoco una *quaestio pro amico* en nombre de la hermeneútica jurídica.

Sucede más bien que algunas personas se hacen la ilusión de que ya conocen las normas antes de estudiar el problema, de modo que estaríamos como ante dos realidades: el "corpus" de normas, y su aplicación. Pero se trata normalmente de una ilusión, frecuente por cierto en todos aquellos temas en los que entra en juego la imaginación propia de los problemas geométrico-espaciales, aplicada a un problema humano: "antes" estarían o existirían las normas, y "después", los problemas a los que deben ser aplicadas. Esto es así y no es así. Efectivamente, un estudioso del derecho puede conocer las "normas" estudiando la legislación. Pero debe ser consciente, en tal caso, de que se está ocupando con unas realidades bastante extrañas, un tanto delicuescentes, a las que, si quiere, puede dar el nombre de "normas", porque algún nombre han de recibir. Debe ser consciente entonces, de que el "derecho", la Ciencia jurídica o, simplemente, la *realidad jurídica*, es cosa distinta, porque el derecho es un *hacer* continuo (los antiguos hablaban de un "arte") en el que las normas y principios no tienen asignado un lugar claro y definitivo: unas veces suben, otras bajan, en ocasiones predominan, o son desconocidas, según lo requiere el que tiene que resolver el problema, o el problema mismo: un buen jurista suele ser bastante pasivo en cierto modo. De esta forma, la norma es importante, y por esto no es admisible el sesgo de *Freirecht* que Kelsen intenta imprimir a la ciencia jurídica. Pero

igual de importante es el análisis del problema, que reclama "lo suyo".

Nuestro método de la enseñanza del derecho, que consiste en que el alumno memorice miles de normas jurídicas a lo largo de los estudios de la licenciatura, no favorece este modo de ver las cosas: estudiar "normas" sin aprender a analizar problemas sólo es lícito en la medida en que el análisis de la realidad que ya operan las normas enseñe al estudiante de "derecho" lo que es la realidad jurídica. En una persona dotada para el derecho, esta última faceta de la actividad jurídica, el análisis de los casos, suele ser aprendida de una forma muy intuitiva, excesivamente poco reflexiva. Y ello oculta una de las dos piernas del hombre que consideramos. Aprender normas abstractas es fácil; lo difícil es saber analizar las cuestiones. Quizá por este hecho, mi amigo Odofredo, jurista del siglo XIII, indicaba que *in dividendo tota est difficultas*.

Es decir, las normas jurídicas no "existen" del modo que quiere el positivismo normativista, ni su "aplicación" es algo así como aplicar el molde duro a la masa maleable de las magdalenas. En un plano muy simplista, si alguien sigue a Kelsen y a la mentalidad que él representa, siempre puede decir (y lo dice correctamente) que adopta una actitud emocionalmente, o valorativamente, neutra ante el artículo X del Código penal. Pero esa actitud sólo la puede adoptar *ahora*, cuando no está llamado a aplicar ese artículo a un caso concreto. Si estuviera en este último supuesto, calificando la idoneidad de esa norma para conformar un acto humano, nadie puede prescindir de actitudes valorativas fundamentales que le orientan tanto y simultáneamente en la elección de las normas como en la configuración de la "naturaleza jurídica" del problema: si realmente prescindiera de los principios jurídicos valorativos básicos, en muchos casos no sabría ni el sector del ordenamiento jurídico en el que debería buscar.

D. *Ninguna norma se crea "gratis"*

A tenor de lo visto, podríamos decir que toda norma jurídica, en principio, es algo así como una "pretensión de vigencia", que sería casi lo mismo que decir que es una pretensión de obediencia. Cualquiera puede intuir, aunque sea algo confusamente, que en el planteamiento de Austin hay algo que no va: Austin explicaba que cuando existe un hábito de obediencia en la mayor parte (*bulk*) de la población... reconocemos la existencia de una "norma". Sergio Cotta, en cambio, sugiere que podemos ser inducidos a obedecer por diversos motivos: miedo o prudencia, gregarismo o sentido de la tradición, utilidad o sentido de la disciplina, etc. En suma, que si es verdad que la justificación de una norma es ya ella misma una justificación de la obediencia exigible, "l'inverso non è vero"[165].

En otras palabras, ese "proyecto de vigencia" que es cada norma, ha de ser "un proyecto de crear un deber". Y el deber no se crea gratis: o hay razones suficientes para hacerse obedecer, y entonces sí existirá un deber aunque alguno discrepe; o faltan esas razones, o son tan débiles, que no se puede hablar de "deber" ni, por ello, de obediencia.

Ciertamente, existen muchas situaciones en las que no se puede hablar con esta radicalidad. Por ejemplo, muchas veces se necesita simplemente una reglamentación de delimite las competencias, deberes o derechos de cada cual de una forma funcional, y esta reglamentación no tiene por qué ser especialmente "justa": basta con que cumpla las exigencias básicas de no-discriminación, no amargar innecesariamente la vida a alguien o a un sector de personas, no derrochar el dinero, etc. La justicia es, aquí, un bien a alcanzar, del mismo modo que otro cualquiera: en muchos sectores de la conducta humana, que no son propiamente jurídicos, hay que atender también a las exigencias de la justicia.

165. Cfr. *Giustificazione...*, cit., pág. 22.

Pero siempre que nos situamos en el plano estrictamente normativo, cuando partimos desde el *deber*, las cosas se vuelven más complejas. Para acercarnos al problema, propongo considerar una primera manifestación del deber: la que se produce cuando el derecho reproduce directamente una exigencia moral elemental, como la prohibición del asesinato. Es lo que Lon F. Fuller llama la "moral de pecado", para referirse al derecho, y sobre lo que Allen afirma que la Moral no deja de ser tal porque sea necesaria[166]. A algunos nos resulta evidente que si asesinar está prohibido por el derecho, la moral no es ajena a esta prohibición.

Un segundo modo de acercarse al problema es considerar que no todas las normas jurídicas se fundamentan en un mandato moral. Allen nos indica aquí que "Es imposible ver todas las leyes contemporáneas como fundamentadas en una base moral... el hecho innegable de que amplias zonas del derecho no puedan ser juzgadas, sin fantasía, por criterios puramente morales, y que bastantes leyes... estén inspiradas simplemente en exigencias de utilidad..."[167]. Desde luego esto es así, porque a veces una norma jurídica está impulsada directamente por una exigencia moral, de forma que la moral es previa al derecho, pero en otras ocasiones es la norma jurídica la que crea el criterio moral. Este tema lo estudié con más detenimiento en "Derecho y ontología jurídica"[168], aludiendo a las virtualidades del antiguo criterio de la *utilitas*, que poco tiene que ver con el utilitarismo benthamiano, por ejemplo.

166. Allen, en polémica con Lundstedt, explica que "There is here a profond fallacy, one which has always been the vulnerable point of positivism as a system of philosophy and has witheld from it any general acceptance. A moral principle does not cease to be moral because it is necessary". Cfr. *Legal duties...*, cit., pág. 173.

167. "It is impossible to regard all contemporary law as resting upon a moral basis... But the indeniable fact that large portions of law cannot, withouth phantasy, be judged by purely ethical standard, and what some laws... are imposed simply by exigencies of utility...". Cfr. *Legal duties...*, cit., págs. 178-179.

168. Vid. *op. cit.* Actas. Madrid, 1993, págs. 121-142.

Porque una de las manifestaciones máximas de la moral en la vida nuestra es el fomento público de todo lo que es útil, hasta el punto de que Giambattista Vico llegaba a decir, "¿Qué es la justicia sino la comunicación de la utilidad?"[169]. El gobernante crea lo justo, lo *bueno* socialmente, siguiendo normalmente el criterio del "utile", supuesto el *honestum*. Entonces se cumple lo que indica Cotta cuando escribe que "desde esta perspectiva, es evidente que el derecho recupera en lo interno su categoría moral, aunque teóricamente se la fundamente en argumentaciones diferentes"[170]. Porque los hombres, o recurrimos a la conciencia, o atendemos a la experiencia: dos fuentes de moralidad distintas y complementarias.

Otra forma de calar en la almendrilla de la cuestión sería considerar rápidamente una pequeña faceta de las teorías utilitaristas. El interés es a veces mala cosa, y más si es compartido por mucha gente: la mayoría jamás se equivoca, siempre persigue indefectiblemente su propio interés. Pero vista así la cosa, como la veía Bentham, entonces estamos ante el campo de la fuerza, y hay quien mantiene que la fuerza es aquella realidad a la que precisamente está llamado a combatir la justicia, el deber, el derecho, o como queramos llamarlo. Ya Harrington observaba, hace más de doscientos años, que si prescindimos de la categoría del deber, ya no se puede hablar de "razón" humana, sino sólo de "interés"[171]. Haciendo en cierto modo un juego de palabras, se podría decir que no hay razón suficiente para hacer del interés la razón suprema de la razón humana: el hombre exige frecuentemente ser medido por algo más que por lo que, a veces, no son más que caprichos

169. Vico escribía: "Quid est justitia? constans communis utilitatis cura. Quid jurisprudentia? optimo regni notitia. Quis ius? ars tuendae publicae utilitatis. Quis ius sive iustum? utile". Cfr. *De nostri temporis studiorum ratione*. Mondadori, Milano, 1990, págs. 188-190.

170. *El derecho en la existencia humana*. Trad. de I. Peidró. EUNSA, Pamplona, 1987, pág. 236.

171. Vid. *The Oceana...*, cit., pág. 43.

interesados. La razón no posee por sí ninguna especial fuerza moral: ella no se salva a sí misma. Lord Kames observaba sobre este punto que las acciones humanas no solamente pueden ser agradables o desagradables, bellas o deformes, sino que, yendo más allá en nuestra percepción de ellas, las vemos como "adecuadas" (*fit*), "justas" (*right*), y "encontramos" que deben ser realizadas[172]. "*Encontramos* que deben ser realizadas": un buen aviso para quien vea en la realidad una "materia indolente" que debe ser moldeada según las exigencia del Ideal o de la "razón".

E. *El deber no se casa con la teoría del derecho*

Demos las vueltas que demos, normalmente de la mano de la crítica a una *teoría* determinada, siempre vamos a parar al mismo sitio: el deber está de por medio, si es que pretendemos que una conducta sea exigible y no meramente impuesta. Nadie ha sabido explicarse de otra forma: el "deber" es una percepción primaria, o simple, y por este motivo indefinible, porque la definición supone analizar la cosa en sus partes integrantes, y lo que es simple no puede ser analizado. Así lo entendieron Fordyce, Lord Kames y Allen[173], en forma algo beligerante contra el excesivo racionalismo de origen benthamiano. La normatividad o deber es esa dimensión de una realidad que hace que una conducta se muestre en el plano

172. "Human actions are not only agreable or disagreable, beautiful or deformed, but are further distinguished in our perception of them, as 'fit', 'right', and 'meet' to be done". Cfr. *Essays...*, cit., pág. 34.

173. "If we asked after all, 'How we come by the idea of Moral Obligation?, or 'Duty'? We may answer, that we come by in the same way as by our other 'original' and 'primary' Perceptions. We receive then all from Nature... For this Idea of Moral Obligation is not a creature of the mind, or dependend on any previous act of Volition, but arises on certain ocassions... as necessarily, instantaneously, and unavoidably". Cfr. James Fordyce, *The Elements...*, cit., pág. 45. La misma tesis en Kames, *Essays...*, cit., pág. 34, y en Allen, *Legal duties...*, cit., pág. 71.

estrictamente normativo, abandonando una existencia meramente de hecho, sociológica. Para conocer qué "es" el deber sólo podemos mostrarlo, describiendo aquellas situaciones en las que nos encontramos una normatividad. Pero no podemos analizarlo, porque los hombres no llegamos a tanto. August Thon ya hacía ver que, en plena época de la gestación de la teoría del derecho, que el derecho es indefinible: sólo se *reconoce* por sus consecuencias[174].

La Modernidad quizá confió demasiado en las fuerzas de la razón, y tal vez por esto los modernos pretendieron *definir* el deber. Puestos a mantener que el hombre no puede comprender sino lo que él mismo ha construído (uno de los lemas de la Modernidad), era preciso reducir deber a coercibilidad, porque no quedaba otra posibilidad lógica. Pero esto no convence.

Tampoco tiene por qué preocupar a nadie que no lo podamos definir. Joseph Charmont nos previene que "el conflicto es todavía insoluble, bien que en la vida hay muchos conflictos de esta naturaleza que la lógica de los conceptos no resuelve, pero a los cuales es necesario, cueste lo que cueste, darles una solución... Y tal como lo ha dicho M. Boutroux, 'hay una lógica distinta de la lógica propiamente dicha, o sea, la de los conceptos, y es la lógica de la vida, de la realidad, de la naturaleza y de la razón en el sentido pleno y concreto de la palabra. Mientras que la dialéctica demuestra con la fácil claridad de su lenguage especial, la impenetrabilidad recíproca de lo uno y lo múltiple, la naturaleza se complace en reunirlas en sus creaciones'"[175].

Si la razón lógica es un obstáculo para seguir avanzando en el conocimiento de la vida, es preferible ser menos racionalista. Este racionalismo desmesurado llevó a algunos antropólogos del siglo pasado a pretender explicar la génesis "natural" del lenguage. Pero,

174. "So einbrit nur, das unterscheidende Moment in der Rechtsfolgen zu suchen, welche die Uebertretung der Norm nach sie zielt". Cfr. *Rechtsnorm und subjektives Recht*. Weimar, 1878, pág. 120.

175. *El renacimiento del derecho natural*. Trad. J.D. Moscote. Panamá, s/f, pág. 147.

replica Cassirer, ¿cómo entender que el grito se convierta en palabra? Porque una sola oración, por sencilla que sea, presupone todas las reglas gramaticales[176].

Es decir, consideremos un problema humano como queramos, siempre iremos a parar a la pregunta que formula Allen: "El principio básico permanece, o cae todo el edificio. Por muy tenazmente que uno consulte el 'catálogo' de delitos, más pronto o más tarde se verá forzado a preguntar: '¿Cual es la regla fundamental de responsabilidad que debe ser aplicada a este caso?'"[177]. Un hombre que considere que cualquier contenido pretendidamente racional constituye derecho, puede ser llamado un "iusnaturalista" terco; pero el hombre que considere que el derecho no es más que la administración de la fuerza social, porque el dato discriminante último entre los jurídico y lo no-jurídico sólo puede ser la sanción, esto es, la coacción, ése es un hombre que desconoce tozudamente algunas dimensiones fundamentales del ser humano.

Siempre podría pensarse que una cosa es el positivismo jurídico, con su dogma central de la separación entre derecho y moral, y otra cosa es la exposición no valorativa del derecho existente. Me parece que han ido saliendo datos sueltos que pueden hacernos pensar que es muy difícil, o realmente no es posible habitualmente tal exposición avalorativa, aunque en los estudios jurídicos se produzca habitualmente tal espejismo. Porque la "ciencia jurídica" continuamente discrimina e interpreta, porque valora: en tal caso se suele decir, que Fulano y Mengano mantienen posturas diferentes sobre el alcance de tal artículo, discriminando y aceptando facetas de la realidad de acuerdo con las normas que aparecen como "aplicables" en este segundo momento. No veo

176. Vid. *Las ciencias de la cultura*. Trad. W. Roces. FCE, México, 1955, pág. 149.

177. "Nevertheless, the basic principle remains, or the whole edifice falls to the ground. However tenaciously one may cling to the 'catalogue' view of torts, sooner or later one will be forced to ask: 'What is the fundamental rule of liability to be applied to this case'?". Cfr. *Legal duties*..., cit., pág. 113.

clara la posibilidad de un saber jurídico que no tenga en cuenta las valoraciones, para explicarlas, esto es, para enseñar a analizar la realidad, a componer el caso con la vista puesta al mismo tiempo en las normas y en los problemas. El *casus* y sus exigencias son el punto de partida necesario, ya se trate de un problema de solución muy sencilla, porque queda resuelto unívocamente por una norma, ya sea un problema que exige razonar, anteponer unas normas a otras y razonar por qué se hace esto así. Cuando el jurista oculta sus preferencias y valoraciones remitiéndose directamente a un precepto legal ("esto es así porque así lo establece tal disposición") normalmente oculta las valoraciones que él ha realizado para optar por esa disposición. Estamos ante la típica opacidad propia de todo juridicismo.

Si la "teoría del derecho" no es lo mismo que la "ciencia jurídica", sino que por tal se entiende una reflexión más abstracta sobre el derecho, pero que deja a un lado las figuraciones "incomprobables" porque ella pretende estar más adherida a la realidad, no está claro cómo puede admitirse una reflexión que elimina a priori, por las limitaciones de sus propios condicionantes epistemológicos, lo que es el tema central de aquello sobre lo que reflexiona: la formación del deber. Me parece que no podemos entender las dimensiones fundamentales del hombre –y una de ellas es el derecho– sin dar cuenta del deber. Por esto creo que a esa presentación abstracta del "positivismo" jurídico que es la teoría del derecho, se le puede aplicar muy bien las palabras que recoge De Bonald: "Mon empire est détruit si l'homme est reconnu"[178].

178. *Essai analitique sur les lois naturelles de l'ordre social, ou du pouvoir, du ministre et du sujet dans la societé*. 4 ed. París, 1840, pág. 100.