SISTEMA
DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

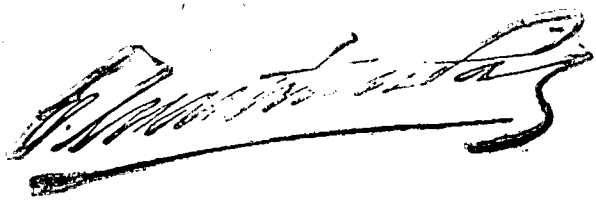
POR

ENRIQUE MARTÍNEZ PAZ
PROFESOR EN LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA

TERCERA EDICIÓN

BUENOS AIRES
Librería y Editorial "EL ATENEO"
1940

Queda hecho el depósito
que marca la Ley.



ADVERTENCIA DE LA TERCERA EDICION

En estos tiempos, en los que el proceso de los acontecimientos se cumple en una vertiginosa carrera de transformaciones, la reimpresión de un libro de filosofía, escrito hace ya más de siete años, y que se propone dar una información sumaria de las corrientes del pensamiento contemporáneo y asentar las bases de un sistema, es empresa arriesgada y hasta temeraria.

El estupor producido en el mundo por los extraordinarios sucesos de nuestros días ha impuesto una paralización de la actividad puramente intelectual, pero estoy cierto que cuando se despierte de esta infernal pesadilla en que nos movemos, ha de volver el pensamiento a retomar el hilo de su proceso natural, dentro de la cultura universal que es ya patrimonio inalienable del hombre; entre tanto no hemos de renunciar al derecho de pensar libremente y al de prolongar en el escrito nuestro diálogo.

El apremio con que ha sido preciso dar de nuevo este libro a la imprenta, para satisfacer las exigencias de los estudiantes, apenas si nos ha permitido agregar algunas informaciones que nos han parecido indispensables, cortar ciertas ramas muertas en el pensamiento contemporáneo y señalar otras llenas de vitalidad, que provocan ingentes sugestiones; hemos debido renunciar a hacer una prolija revisación, como habría sido preciso, porque una tarea semejante nos hubiera impedido satisfacer el propósito que nos mueve.

Córdoba, julio de 1940

ADVERTENCIA DE LA PRIMERA EDICION

"Je conçois dans la joie; j'exécute dans la peine; et je publie toujours, pris d'un vague remords".

Este libro ha nacido de los esfuerzos de la cátedra y ha sido escrito para ella; en sus méritos como en sus defectos, están vivos los rastros de su origen.

Parecería trasuntar una extraña indolencia quien se dedica a la especulación de las cosas universales, insensible a los rumores del grave tumulto de la vida, pero vale advertir que el mejor método, para todo esclarecimiento, aconseja descender hasta la raíz misma de las cosas, plantearse de nuevo los eternos problemas. Los más profundos extravíos de la conciencia, sus más penosas aberraciones, suelen reconocer como origen la falta de un principio universal que imprima unidad y coordine los hechos de la vida.

La capacidad filosófica es un don que se afina y ahonda con los años. A la vejez se dilata el horizonte intelectual; nuestros sentidos comienzan a percibir voces secretas, a descubrir una extraña armonía; acaso fuera más prudente, antes de publicar, esperar que el tiempo depure las ideas; pero ¿quién puede sentirse a cubierto de las sorpresas del destino? **Vestri autem capilli capitis omnes numerati sunt.** Matth. X, 30.

A este "Sistema" deberá seguir una "Doctrina pura del derecho", que se asiente sobre él y lo someta a la prueba de los hechos; entonces, si llega la ocasión, podrá recién decirse justificadamente cuál es el valer práctico de nuestro esfuerzo.

Córdoba, octubre de 1932.

PRELIMINAR

Plan de un curso de Filosofía del Derecho

1 — Objeto del plan. 2 — Materias que comprende un curso. 3 — La introducción: concepto; corrientes filosóficas. 4 — Los problemas fundamentales. — El sistema. 5 — Los fundamentos de la construcción jurídica. 6 — La historia de las ideas jurídico-filosóficas. 7 — Los ejercicios prácticos. 8 — El objetivo final. 9 — Los sistemas y los tiempos presentes.

1 — Para recorrer con provecho el largo itinerario que representa un curso de filosofía del derecho, es preciso trazar el plan de la excursión, prevenir de las encrucijadas del camino que puedan extraviarnos, anticipar algo sobre las perspectivas que han de presentarse ante nuestros ojos, e informar, por fin, sobre el término de nuestro trabajoso viaje.

2 — Desde el punto de vista en que estamos colocados, un curso de filosofía del derecho debe comprender cuatro asuntos fundamentales: a) la introducción, que contiene el concepto de la filosofía del derecho y una exposición sucinta de las corrientes principales de esta filosofía en el pensamiento contemporáneo; b) un intento de esclarecimiento y coordinación de los problemas esenciales, presentado bajo la forma de un sistema de filosofía del derecho; c) una elaboración jurídica que sobre el esquema que ofrecen los principios esenciales del sistema, discuta y exponga la manera cómo se manifiestan, en el derecho del presente, las entidades irreductibles, universales, de todo derecho, hasta fundar una doctrina pura del derecho; y, d) una historia sumaria de las ideas jurídico-filosóficas, seguida de los fragmentos escogidos de las obras más características de los autores estudiados, para que sirvan de ejemplo y de justificación de las conclusiones a que arribe la historia.

Los asuntos que abraza el plan, no es necesario que sean expuestos y esclarecidos en las lecciones de un año escolar; una

exigencia semejante comprometería, en obsequio de la extensión, la eficacia de la enseñanza, que para lograrla pide un cierto reposo, que no es posible alcanzar en la precipitada carrera de un vasto programa a recorrer.

3 — La introducción persigue una doble finalidad. Es preciso decir, desde los primeros instantes, qué es para nosotros la filosofía del derecho; y no decirlo entre discusiones y referencias, sino de un modo terminante, hasta dogmático. Esta manera de proceder tiene la ventaja de dirigir firmemente, desde la primera hora, la voluntad de los estudiantes en una colaboración segura, y de infundir confianza ante la firmeza y la claridad de la dirección en que se inician. Si esta introducción se cerrara con este concepto, correría un grave riesgo el iniciado; podría contribuir a hacerle olvidar que hay otros caminos para llegar a la posesión de la verdad y, lo que es más interesante, el que esa verdad se la contempla desde puntos de vista peculiares a nuestro tiempo, con lo cual se informará de la manera cómo se plantean y se resuelven hoy los problemas. Para llenar este objetivo introducimos aquí una consideración sumaria de las corrientes contemporáneas de filosofía del derecho, y no por un vano ensayo de erudición.

4 — Después de la introducción, nos proponemos todos los problemas fundamentales filosóficos que plantea el derecho, siguiendo un orden lógico, a fin de ir ordenando su solución según el principio filosófico que nos guía, para concluir constituyendo un sistema que sostiene, como en un solo cuerpo, todas las soluciones. Aloys Müller —comentando en cierto sentido la sentencia de Platón, que afirma que en el asombrarse está el origen de la filosofía— escribe que la falta de problemas es la enfermedad que padecen los espíritus pequeños. Nada es más eficaz para alentar la vocación filosófica, que poner ante nuestros ojos los problemas fundamentales, para despertar una fecunda inquietud y luego guiar los pasos hacia una verdadera solución. Este asunto se contiene bajo la expresión de sistema de filosofía del derecho.

5 — Sobre la firme base de un sistema es posible levantar una construcción jurídica, con los materiales que ofrece el derecho de nuestro tiempo. Esta construcción no tendrá de universal sino

el esquema, la estructura sobre la que vienen a conformarse los materiales estables, pero no permanentes, de un derecho. Savigny elevó una construcción semejante, pero sobre la base de una filosofía efímera y deleznable; es posible hoy intentar de nuevo esa tarea, ya no por cierto sobre el derecho romano sino sobre nuestro propio derecho. En el sistema de filosofía tratamos de acumular los problemas fundamentales y sus soluciones; en el capítulo de que nos ocupamos, tratamos de hacer vivir el sistema en relación a las soluciones prácticas del derecho. A esto denominamos doctrina pura del derecho.

6 — La historia de las ideas jurídicas resultaría un vano pasatiempo, un ejercicio de erudición, si nos limitáramos al inventario, más o menos prolijo y copioso, de los autores y de las obras de alguna autoridad; este suele ser el sentido de ese capítulo histórico, preliminar con que se adornan ciertos manuales. Nosotros pretendemos hacer de la historia un tema complementario del sistema; queremos contrastar nuestras soluciones con las que nos presentan, en el tiempo, las mayores autoridades. La historia, como tema de introducción, carece de verdadera autoridad; de nada vale recordar el pensamiento ajeno, si no se tienen los elementos de juicio suficientes para apreciarlo; habríamos de pasar junto a la fecunda verdad sin advertirlo. Lo que se afirme sobre los sistemas históricos, debe ser comprobado con los fragmentos escogidos de las obras de los autores que los exponen; a semejanza de lo que hizo Fouillée, con su conocido manual "Extrait des Grands Philosophes" (1), para la filosofía en general, es preciso hacerlo para la filosofía del derecho.

(1) Pueden recordarse, como ejemplo, las antologías citadas por Müller, pág. 298, y los "Classici del Pensiero" de Aliotta. Otros, como Stammler, "Praktikum", se sirven de fragmentos de filósofos o de simples literatos de fama, para proponer a la solución, los problemas filosóficos que cada fragmento plantea. El profesor Kava repite en sus "Lezioni" de 1934: "Mejor que en los manuales y en los cursos de lecciones, la filosofía del derecho se estudia leyendo y meditando las obras que grandes autores de todos los tiempos nos han dejado, en torno a sus fundamentales problemas". T. I, pág. 203. Por nuestra parte, creemos que, para que esa lectura pueda resultar eficaz, es preciso comparar constantemente las conclusiones de las obras leídas con las soluciones que ofrece la cátedra a los mismos problemas. Para que la crítica pueda ser fecunda es preciso referir siempre las conclusiones que se descubren en las lecturas a las de un sistema conocido. Otro método semejante es el aplicado en la Universidad de Roma, bajo la inspiración del profesor del Vecchio. "Indagación histórica, junto a la investigación doctrinal; ejercicios de método, junto a la libre manifestación de la orientación espiritual de las generaciones que salen". "Rivista I. de Filosofia del Diritto", Maggio-Giugno, 1938. Guido Gonella, "Le esercitazioni di filosofia del diritto", pág. 323.

7 — Ninguna enseñanza ha de quedar completa, si no se cuenta con un procedimiento adecuado de comunicación personal con los oyentes. En filosofía no es posible arbitrar un medio de ejercicios prácticos en que se adiestre al principiante en una técnica propia, sencillamente porque la filosofía carece de esa técnica. La función capital del filósofo consiste en pensar, para lo que se precisa menos su ejercicio que la aptitud natural, que es posible desarrollar, pero que difícilmente se adquiere. A este propósito nada encontramos más adecuado que la lectura y comentario, dirigido por el maestro, de obras de valer indiscutible. Creemos que revela una falsa presunción la opinión que aconseja poner libremente en manos de los principiantes las obras maestras, impulsarlos a beber por sí en las mismas fuentes. ¿Qué descubriría un principiante común en el "Fausto" de Goethe, que no fuera una insípida fábula? El profesor debe señalar el sentido de los pensamientos, relacionarlos con su propio sistema, para corregirlo o consolidarlo, y darse la ocasión de oir a sus discípulos y estimularlos. Los cursos de lectura que se han organizado ya en algunas universidades pueden servir de modelo. (2)

Hemos escogido además, con el mismo fin, otro tipo de ejercicio: los ejercicios bibliográficos, que en otra ocasión explicaremos debidamente. Propuesta una clasificación bibliográfica, asentada sobre el mismo fundamento de que nos servimos para ordenar los problemas de la filosofía del derecho, se entregan a los estudiantes obras que ellos deben clasificar conforme a las bases propuestas; esta operación no podría realizarse si no se posee exactamente el dominio de todos los temas de la filosofía del derecho, en los que se va penetrando a medida que se avanza en la clasificación. Este ejercicio asegura un doble provecho: el conocimiento de libros y de autores, material indispensable para emprender cualquier trabajo personal y, por la misma vía, el dominio completo del esquema sustancial de nuestra disciplina.

8 — El término final a que aspiramos, no ha de ser por cierto hacer de cada estudiante un filósofo; acaso una aspiración semejante, además de irracional, no fuera ni siquiera legítima; no esperamos tampoco, aunque lo deseamos con vehemencia, descubrir un discípulo en cada escolar que viene a sentarse en

(2) En las sucesivas ediciones de las "Lezioni" de Rava, se hallarán preciosos antecedentes — Véase, p. e., la del curso 1920-1923, pág. 188.

nuestras aulas; pero nos sentiríamos defraudados si no alcanzáramos a despertar en cada uno alguna inquietud que lo incite a seguir pensando por su cuenta. La filosofía, además de crear una aptitud intelectual, da fundamento a una ética social, que debe guiar en la vida; la firme creencia en la justicia, el fundamento de la autoridad, por ejemplo, ¿pueden dejar de actuar sobre la conducta de los hombres? Hubo en un tiempo una filosofía que, a fuerza de colocarse tan alto, olvidó todos los menesteres del mundo, y la vemos pasar junto a nosotros como un suave rumor que nos adormece, pero cuya finalidad no alcanzamos a comprender; no puede perderse el acento vital en toda filosofía, para que sea siempre disciplina y enseñanza a la vez.

9 — Podría aparecer como contradictorio el que a pesar de los cambios operados en el tono de la vida social, continuemos insistiendo con la exposición de un sistema de filosofía del derecho.

No contradice al espíritu de universalidad que caracteriza a la filosofía, la afirmación de que los sistemas filosóficos son hijos de su tiempo. Los problemas son siempre los mismos y en las soluciones de cada época se encuentra expresado algo de las verdades eternas, pero no es difícil descubrir en cada sistema el elemento temporal que le han introducido la representación propia de las relaciones de la vida, el orden de las avaluaciones humanas, que hacen plantear los problemas de un modo diferente y que los sitúan en un ambiente transitorio y peculiar del tiempo. Nuestros sistemas corresponden a una imagen burguesa de la vida; dan satisfacción a sus anhelos, pero no alcanza a apaciguar las inquietudes del hombre de nuestros días. En el propio campo filosófico, dentro de las orientaciones del criticismo kantiano, los más próximos a Kant, como Kelsen, parecen volver a las vías del realismo, y los más lejanos, que proceden de la corriente que tiene su origen en Husserl o Heidegger, como Kaufmann o Schreier, tratan de alargar el criticismo, para satisfacer la sed de absoluto que parece dominar ciertos ambientes de la vida contemporánea. Pero el aspecto más grave de la crisis de los sistemas no viene del campo de la filosofía sino de la actividad práctica, del destino político de los pueblos que requieren a la filosofía una justificación del tono nuevo de la vida social. Es verdad que en nuestro tiempo se han cambiado algunos de los elementos que

formaban la representación de vida y que, en consecuencia, sería injustificado todo esfuerzo que tienda a mantener inmutable los anteriores sistemas; pero es indispensable determinar en qué medida una voluntad sensual de dominación es conciliable con los principios eternos.

El espíritu burgués practicaba una fe intelectualista, confiaba en su razón, en los poderes de la inteligencia para esclarecer y resolver los problemas, y aspiraba, libertado de toda inquietud, alcanzar una seguridad que veía realizada en el orden; el burgués era por excelencia, un sujeto confiado, apacible, fino, celoso de su libertad, expresión de las más altas calidades de la cultura. No es fácil definir al hombre de nuestros días, pero puede afirmarse sin hesitar, que si fuera preciso caracterizarlo lo habríamos de definir por sus rasgos opuestos al tipo burgués. El hombre moderno vive despreocupado de la verdad, no le interesa saber si lo que afirma está o no justificado o, más bien dicho, todo aquello que quiere intensamente y realiza con celeridad es justificado como acto en sí. El burgués vivía según sistemas de razón, el hombre moderno extrae, de los mismos hechos cambiantes y variables, la imagen que ha de colmar su necesidad espiritual. El burgués amaba el orden y vivía dispuesto a sacrificarle sus impulsos más caros; el hombre moderno lo ve en la lucha, en la destrucción, en la dominación, en el imperio de la fuerza, factores todos de desintegración; ve el término en el proceso, en la revolución y no en el orden; el equilibrio en el movimiento, no en el reposo y en la paz. No es preciso insistir para que se comprenda que un sistema racional, cuidadosamente elaborado, no puede satisfacer al espíritu moderno. Pero volvemos a preguntarnos hasta dónde puede tenerse esta representación como una imagen humana de vida; ¿no será acaso una aberración circunstancial, un mal epidémico engendrado entre las miasmas que emanan de los escombros de la gran guerra? La crisis del pensamiento occidental afecta también, naturalmente, a la filosofía del derecho y hiere en su corriente, en primer término a los monumentos más altos, a los más imponentes, a los sistemas más completos y definitivos. En la filosofía del derecho se advierte cierto retorno hacia el hegelianismo, que se puede explicar, porque es adaptable para justificar los hechos de la vida política, sirve para reconciliar a la filosofía con el poder.

No sabemos si las exigencias de la nueva representación de

vida han de imponernos, como al ilustre profesor Binder, pasar sin violencia, como en un salto de trampolín, de la posición criticista a la escuela hegeliana moderna, pero nos parece difícil abrazar en este estado de la cultura, una doctrina que nos exige creer en entidades románticas, productos de una efusión del sentimiento; renunciar a la razón, débil e insuficiente candela, como observaba Poincaré, pero la única de que podemos disponer para alumbrar nuestro entendimiento, y degradar nuestra personalidad conquistada en tantos siglos de civilización cristiana.

No estamos dispuestos a sostener a pie juntillo la intangibilidad de los sistemas, pero se ha de advertir que no hemos de contribuir a que se los destruya en un momento de desvarío.

INTRODUCCIÓN
LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

PARTE PRIMERA

Concepto de la Filosofía del Derecho

GENERALIDADES

1 — Plan para la determinación del concepto.

1 — Para determinar el concepto de una disciplina científica o de un cierto saber filosófico, se hace indispensable fijar, con la mayor exactitud posible, cuál es el objeto que esa disciplina conoce o aspira a conocer, porque las peculiaridades y la naturaleza de éste deben lógicamente determinar la naturaleza de la disciplina que se ocupa de su conocimiento; objeto y saber se encuentran en tan inmediata y estrecha correspondencia, que determinado aquél queda determinado, a un tiempo, el carácter particular de la disciplina que se dirige a conocerlo. Discernido el objeto, puede aspirarse aún a una mayor precisión en el concepto que se busca; si fijamos con exactitud cuál es la tarea a cumplir, qué es lo que concretamente aspiramos a conocer del objeto, cuáles son los interrogantes y los problemas que se ofrecen a la meditación, habremos definido mejor el objeto, en relación a la disciplina cuyo concepto pretendemos esclarecer. Todavía es posible acentuar más las líneas de esta determinación, si señalado el objeto y sus problemas podemos explicar de qué modo ha de ser conocido, cuáles son los procedimientos legítimos para su esclarecimiento. Discernir el objeto; establecer la tarea, obra o trabajo que es preciso cumplir; fijar el modo y los procedimientos con que se ha de conocer, constituyen, en su conjunto, las operaciones precisas para la determinación del concepto, que admite además como complemento, el que sea fijado en una fórmula gramatical, contenido en una definición y resumido en una sola expresión, que

es el título o denominación de la materia. Objeto, tarea, método, definición, denominación: he ahí los términos del proceso para dar fundamento al concepto de la filosofía del derecho (1).

CAPITULO PRIMERO

Objeto de la Filosofía del Derecho

1 — Definición preliminar. 2 — Noción de filosofía; su objeto. 3 — Filosofía particular. 4 — Filosofía práctica. 5 — Objeto de la Filosofía del Derecho.

1 — Podemos partir de la definición elemental, que dice que la filosofía del derecho es aquella filosofía que tiene por objeto el derecho; que no es otra cosa que el desarrollo en palabras, de la propia denominación. Si nos proponemos dar precisión a estas expresiones, y reconocemos que nuestra materia es una filosofía, debemos preguntarnos qué entendemos por filosofía y de qué manera el derecho puede ser objeto de su conocimiento.

2 — Si observamos el principio de nuestros conocimientos, podremos constatar fácilmente que todos ellos nacen o se originan bajo la influencia del mundo exterior. Entre las cosas que se ofrecen a nuestros sentidos podemos distinguir un aspecto material, que es el que nos impresiona directamente y nos presenta cada cosa en su individualidad, mostrándose como un ser o una existencia particular; a poco que se ahonde la reflexión, se descubre que este ser o existencia se nos presenta haciendo parte de un orden universal de seres, como expresión de un género, fundido en una totalidad. En nuestros conocimientos está entonces presente, junto a lo particular, junto al individuo, al ser que vive en un espacio y en un tiempo dado, una sustancia de la que participa, atemporal, permanente y de la que los individuos aparecen como una manifestación. Lo individual, los seres nos rodean por todas partes, son los únicos elementos dados inmediatamente a nuestra observación, pero el conocimiento carecería de sentido y

(1) Naville — "Definition de la philosophie", pág. 142.

unidad si no se reconociera la existencia de la sustancia permanente que sostiene la multitud de los seres y les impone una unidad, mostrándolos como expresiones o manifestaciones de un todo, de una universalidad. Toda constatación individual echa de menos, para ser completa, el lazo que la une a lo universal; conocer es siempre referir lo particular a un tipo universal, cuya existencia revelan las mismas cosas, pero que jamás lo encontramos presente en ellas; se revela más bien por el vacío que deja todo conocimiento particular, por la necesidad natural de que sea colmado. La filosofía se ocupa precisamente de lo universal, de esos conocimientos esenciales y permanentes que sostienen el conocimiento de lo particular, que lo hacen posible. En este sentido puede decirse que la filosofía es el saber que se dirige a conocer la esencia de todo cuanto existe y del universo en su totalidad.

3 — El jurista, sujeto en quien se desenvuelve un estricto sentido práctico, suele preguntarse sobre la utilidad de la filosofía, y es natural que el filósofo, obligado a justificarse, eche mano a todos los argumentos que puedan servir para demostrar su utilidad. Sin duda que todo saber, grave o sutil, ha de tener algún efecto en la vida, se ha de prestar a su utilización. Ser útil es servir para un fin, que existe fuera del ser útil y que podemos querer o no, indiferentes. Filosofar no aparece en ningún grado con ese carácter de utilidad; en todo acto de conocer se contiene la actitud filosófica, le es inmanente. Desde este punto de vista no es posible decir que es primero vivir y luego filosofar, porque el vivir humano es conocer, relacionar, entender, al mismo tiempo que desarrollar el *principio vital interno*. Los que niegan la utilidad de la filosofía suelen identificarla con esos sistemas filosóficos, a los que en verdad puede aplicárseles la amarga sentencia de Hegel, que los compara al buho de Minerva que alza su vuelo en el crepúsculo. (1)

Si todo acto de conocimiento supone referir lo particular a lo universal —porque, de otro modo, las cosas individuales que nos ofrece la experiencia perderían todo sentido, y nos sería imposible alcanzar esa visión de totalidad, de universo en la que

(1) Wenn die Philosophie ihr Grau in Grau mahlt, dann ist eine Gestalt des Lebens alt geworden, und mit Grau in Grau laesst sie sich nicht verjüngern, sondern nur erkennen; die Eule der Minerva beginnt erst mit der einbrechenden Daemmerung ihren Flug. "Grundlinien", pág. 21.

miramos las cosas— es indudable que filosofar no es útil para el conocimiento, sino necesario; no se puede conocer filosóficamente o no; vivir es conocer y conocer es filosofar, luego filosofar resulta de la esencia de la vida; tiene el fin en sí mismo, le es inmanente, no cabe sobre el particular otra alternativa, lo que sí, es posible filosofar en la inconsciencia, entre contradicciones o abrazar con fe y consciencia la causa del saber. La filosofía se refiere entonces a un conocimiento universal y necesario. (2)

4 — Hemos dicho que la filosofía del derecho es aquella filosofía que tiene por objeto el derecho. A este respecto puede sobrevenir una dificultad: ¿podrá entenderse que hablamos de una filosofía particular, por referirse al derecho que es una manifestación particular del espíritu?

La filosofía, hemos expresado, es un saber de lo universal; lo particular no puede ser objeto de la filosofía, no cabe una filosofía de lo particular. Si se mira el derecho objetivamente, desde el punto de vista de las leyes y de los principios positivos, no es posible llegar a una filosofía; el jurista no puede penetrar en el campo filosófico sin perder su propio carácter, su objetividad. La unidad de la filosofía viene impuesta por la unidad del espíritu, es su consecuencia. Los problemas de la filosofía del derecho son, en el fondo, problemas filosóficos, no jurídicos; para su solución poco importan los principios positivos del derecho, ella ha de venir de los fundamentos universales de la filosofía. Si bien se observa, puede advertirse que en cada solución están contenidos los principios universales de la filosofía.

Las escuelas positivistas se han formado una errónea representación de la filosofía, que ha determinado la afirmación de la posibilidad de las filosofías particulares. Vanni ha definido la filosofía del derecho "como la ciencia que integra las ciencias jurídicas en la unidad de sus principios más generales". Es decir, como la ciencia de las ciencias jurídicas; integrar viene a ser así algo como restablecer la unidad destruída por las ciencias especiales del derecho, pero como éstas no pueden considerar otro derecho que el positivo de un cierto tiempo y lugar, sus principios no son válidos sino en relación a él y el proceso de generalización de estos principios relativos no puede alcanzar nunca la

(2) Terán, "Aproximaciones", pág. 352. Cita de Valery.

altura de lo universal, tiene que conservar su propio carácter originario de elemento condicionado. Y esto sin contar que el proceso de integración viene a ser, en el fondo, un proceso de abstracción de segundo grado: de los hechos a los principios particulares de las ciencias jurídicas, y por integración de estos a los principios generales de la filosofía positivista; abstracción tanto más legítima cuanto más distante se halla de los hechos, de los que saca su autoridad y su poder No es posible una filosofía de lo particular; todo problema filosófico es tema o preocupación del filósofo que ahonda en su especulación propia, cuando contempla el modo como se ofrecen en cada manifestación del espíritu, en cada saber particular, los eternos problemas universales.

No es posible, ante esta determinación, confundir la filosofía con las ciencias jurídicas particulares ni aun con las ciencias jurídicas generales. Las ciencias jurídicas tienen por objeto los hechos, los datos positivos del derecho, sean mirados en un espacio o en la sucesión del tiempo; los estudian en su individualidad tales como se expresan, positivamente. El derecho positivo está en ellas siempre presente; para el filósofo los hechos valen sólo como muestras de lo universal, ni pretende disciplinarlos ni conocerlos, deja esta preocupación para las ciencias cuyas constataciones aprovecha.

5 — Sentado ya que la filosofía es el saber de lo universal, incondicionado, unitario y necesario, resulta claro que el objeto de la filosofía del derecho no es otro que lo universal del derecho.

CAPITULO SEGUNDO

Tarea de la Filosofía del Derecho

1 — De la tarea en general. 2 — Funciones. 3 — Problemas. 4 — Plan de nuestros problemas; la tarea. 5 — El derecho como realidad. 6 — El derecho en su unidad. 7 — El derecho como conocimiento. 8 — El derecho como realización práctica. 9 — El sistema. 10 — La doctrina pura. 11 — Síntesis esquemática.

1 — El segundo elemento preciso para la determinación del concepto se refiere a la tarea que la filosofía del derecho se pro-

pone realizar, lo que puede ser enunciado así: ¿qué es lo que la filosofía del derecho aspira a conocer de su objeto?

Toda disciplina científica, todo saber, debe necesariamente proponerse cuestiones o problemas fundamentales, cuya solución constituye la propia tarea, y que nos sirve para caracterizarla en uno de sus aspectos. La filosofía del derecho tiene también su tarea a cumplir y es asunto ineludible determinarla, pero es bueno advertir que en este lugar no puede aspirarse a dar una noticia cabal de cada uno de los temas que la integran, porque eso equivaldría a resumir en un capítulo de introducción toda la filosofía del derecho, propósito imposible de alcanzar; nuestro afán sólo se mueve en el sentido de ofrecer, en forma elemental y esquemática, como una breve noticia, el plan de las cuestiones a resolver a lo largo de nuestras exposiciones

2 — En la operación de conocer, al tomar conciencia de los elementos del mundo exterior, al fijar los datos reales de la experiencia, nos asaltan inmediatamente una multitud de cuestiones que los mismos hechos constatados plantean, que no están en los hechos mismos, pero que aparecen como condiciones de nuestro conocimiento. El hombre práctico se satisface con la simple constatación de los hechos y de sus aparentes relaciones, pero el individuo humano, a la menor reflexión no puede dejar de preguntarse sobre qué procesos mentales ha precisado ejecutar para llegar al conocimiento; sobre cuál es el principio de su propio saber; si ha constatado la infinita variedad y la constante transformación de las cosas, y no obstante mira la realidad como a manifestación infinitamente variada de algo permanente, de una substancia, de algo que sub-está, no puede dejar de inquietarse por descubrir si existe o no esa substancia permanente y sobre cuál sea en realidad su propia naturaleza. Basta esta ligera alusión para que se advierta cómo a la constatación de los hechos reales va unida, necesariamente, una sucesión de problemas, que no salen directamente de la naturaleza, que no están en el ámbito de las ciencias y que sólo a la filosofía corresponde esclarecer. La tarea del filósofo se desarrolla entre la conciencia de esos problemas y su planteo y solución; es éste, en el campo del saber, el territorio propio de la filosofía.

3 — Los positivistas, para revelar el acento realista de sus

soluciones, determinan la tarea a cumplir, colocados desde el punto de vista de la naturaleza del objeto y la seguridad del fin: función vale por un fin cierto (nutrición, etc.), y los distinguen por las funciones que a su respecto cumple la filosofía (1); hay en esto una muestra de la fe positivista en el poder de la inteligencia para penetrar en la realidad; nosotros preferimos distinguirlos como problemas, según nuestra manera peculiar de conocer, como incógnitas a determinar, como una necesidad en que se halla el pensamiento de esclarecerlos, pero que nada adelanta sobre la seguridad de la solución.

4 — Harald Hoeffding en "Los problemas de la filosofía", libro que James califica de testamento filosófico del autor (2), escribe: "En mi "Historia de la filosofía moderna" he intentado demostrar, en un sentido puramente histórico, que hay cuatro problemas fundamentales; es decir: I — El problema de la naturaleza de la conciencia (problema psicológico); II — El problema de la validez del conocimiento (problema lógico); III — El problema de la naturaleza del ser (problema cosmológico); IV — El problema del valor (problema moral y religioso). En el fondo todos son uno y el mismo problema, que aparece bajo forma y consecuencias diferentes" (3). Situando nuestros problemas de filosofía del derecho en el esquema de los problemas filosóficos, y alterando el orden de disposición con que los presenta Hoeffding, podemos exponer el plan de nuestros problemas resumidos así: a) El relativo al derecho, como realidad positiva, como fenómeno de cultura; problema psicológico; b) El derecho en su unidad, como esencia; problema ontológico; c) El derecho como conocimiento y realización; problema lógico; d) El fundamento del orden jurídico positivo, doctrina pura del derecho; problema deontológico. La solución de estos problemas, por lo mismo que se refieren a una sola y única cuestión, debe hacerse bajo la influencia de un principio fundamental que los coordine a todos en un organismo de ideas, en una unidad, en un sistema,

---

(1) Solari, "Appunti", pág. 3; Vanni, "Filosofía del Derecho", pág. 18. Petrone, "Ultima fase", contiene un penetrante análisis de las funciones: gnoseológica (crítica); fenomenológica (sintética); deontológica (normativa), pág. 179, que Vanni, — "Filosofía del Derecho" pág. 16 — ha sabido introducir en nuestro campo filosófico.

(2) "Preface", pág. V.

(3) "Introduction", pág. 5.

cuya proyección natural sobre el derecho viviente lo coordine también en su aspecto fundamental, para constituir lo que denominamos la doctrina pura del derecho; sistema y doctrina resumen, en definitiva, nuestra tarea fundamental. (4)

5 — Vamos a tratar de explicar, aunque someramente, el plan que acabamos de esbozar.

A la primera observación sobre el derecho, tal como se nos presenta en la realidad, descubrimos que está constituído por normas, reglas o leyes, cuya individualidad está dada principalmente por su contenido; expresan en sí un pensamiento que no es el resultado de una constatación de leyes naturales, ni la creación arbitraria de un legislador, y que varía y se transforma en el tiempo y en el espacio. Ese contenido de las normas jurídicas positivas, aparece como un aspecto o modo de la cultura, se conforma según el modo general de apreciar las relaciones de la vida por la sociedad que las normas van a regir. Esta observación plantea una cuestión: ¿cómo ha llegado a ser, en las mentes individuales, ese contenido particular de pensamiento que ha pasado a las normas de derecho? El contenido de las normas se nos presenta, además, con un carácter de necesidad; no sólo creemos en su verdad, sino que la juzgamos de tal modo necesaria, que justificamos a su respecto la imposición coactiva, el poder de la sociedad puesta a su servicio; entonces nos preguntamos: ¿de dónde le viene al contenido de las normas jurídicas ese poder de imposición? El derecho, considerado así, como fenómeno de cultura, no es una sustancia permanente sino, por el contrario, algo que cambia y se transforma sin cesar; ocurre preguntarnos: ¿hay en esta transformación un movimiento hacia un fin querido por los hombres, conscientemente, de un modo que nos sea posible ir adecuándolo a un fin? ¿Es posible trazar un plan de ese desenvolvimiento? O acaso todo el proceso no es otra cosa que el cumplimiento de una ley fatal de ascensión o de retroceso? Estos interrogantes resumen, para nosotros, todos los problemas relativos al derecho como fenómeno de cultura, que pueden expresarse así: problema de la génesis, en sus dos aspectos, del contenido y del poder impositivo del derecho;

(4) Recaséns, en su libro (1934), "Los temas de la filosofía del derecho", los divide en tres: esencia (concepto), vigencia, justificación; triplicidad que aspira a una integración en una metafísica (pág. 136), que es la de la vida.

problema del plan y problema del destino de ese contenido; problema del orden jurídico.

6 — El derecho expresado en las normas y principios jurídicos tal como acabamos de considerarlo, es algo que vive en una constante evolución, que varía de un lugar a otro; esta constatación ya presupone junto a la variedad la unidad; si decimos que el derecho cambia y sin embargo permanece siempre derecho, es señal que hay algo universal que sostiene las variedades sin sufrir alteración; podemos concluir que junto a los problemas que plantea la multiplicidad de los derechos, debemos colocar los relativos a la unidad y preguntarnos: ¿qué es derecho?

Ante los distintos derechos positivos, vigentes o ideales, la inteligencia humana no puede dejar de apreciarlos según la ineludible distinción del bien y del mal; los alaba o los condena. ¿Tiene esta actitud algún fundamento humano? ¿Existe un principio universal que dé base a la apreciación del derecho? Es este el problema fundamental de nuestra filosofía: el problema de la justicia.

7 — El derecho es también un saber, un conjunto ordenado de conocimientos. Cuando el jurista frente a las leyes vacila sobre la verdad de sus afirmaciones, busca una referencia a principios de un valer general y firme, se refiere a una ciencia del derecho. El filósofo del derecho, ante esta reflexión, no puede dejar de preguntarse: ¿el conocimiento jurídico puede realmente ser revestido del carácter de una ciencia? Si esto es así ¿bajo qué plan ha de levantarse ese cuerpo de saber para que tenga la jerarquía reconocida a todo saber científico? Fundamentación de la ciencia del derecho, plan y construcción científica, extensión, valor, límites del conocimiento jurídico son los temas que será preciso esclarecer aquí.

8 — El derecho tiene un carácter normativo, nace para regir la conducta de los hombres en sociedad, encaminándola hacia un fin, aspira a realizarse; primero ha de realizarse en su aspecto teórico, en la doctrina, en los principios, en las normas, en las leyes; es preciso preguntarse ¿cuáles son los medios legítimos para esta realización? He aquí la teoría de las fuentes del derecho. Realizado el derecho en las normas, en los preceptos, es

necesario averiguar cuál es el medio lógico para realizarlo prácticamente, debemos encontrar el vínculo lógico para ligar el caso particular que los interesados traen ante los jueces, con el caso hipotético contenido en el precepto; el raciocinio que haga de la aplicación de la ley o de la norma un proceso cierto y seguro de realización. Estas investigaciones nos llevarían a fundar la teoría de las fuentes y la teoría de la jurisprudencia.

9 — La tarea que abraza la solución de los distintos problemas a que acabamos de referirnos, nos permitirá descubrir, por debajo de los datos empíricos del derecho y como contenido en ellos, un substrato universal, que sostiene el derecho y le permite, no obstante su inagotable variedad, mostrarse como algo único, como un ser que mantiene el principio invariable de su vida. Las soluciones de los problemas no pueden presentarse como una sucesión sino como un encadenamiento armónico, como un organismo ideal de conocimientos, coordinados y subordinados entre sí, bajo la unidad de un principio fundamental, constituyendo un sistema.

10 — Pero si la filosofía es por excelencia especulación y sistema, la tarea del filósofo no queda concluída allí, no puede olvidar que el derecho es una cosa que vive, que se manifiesta de un modo peculiar en el ámbito de cada sociedad; no puede renunciar a su calidad de hombre y disociar su mundo especulativo de su mundo real; es preciso que viva también sus especulaciones, llenándolas con el contenido material de su tiempo. El derecho de cada pueblo persigue un fin concreto, conforme a la representación propia de vida; y sobre la base inconmovible del principio substancial eleva la construcción de su derecho; el filósofo debe descubrir los fundamentos del sistema normativo de su tiempo, revelar su espíritu, ligarlo, por fin, a su sistema especulativo. Esta tarea práctica del filósofo del derecho debe contener las bases de la política y la construcción jurídica de su tiempo. Esta atrayente tarea, que no vamos a emprender aquí, no debe ser perdida de vista en ningún momento, porque constituye la prolongación y el complemento del sistema que denominamos la doctrina pura del derecho.

11 — La síntesis esquemática de la tarea puede resumirse en el siguiente cuadro:

I. Problema psicológico. El Derecho como fenómeno de cultura.	1. Génesis. 2. Transformación. 3. Equilibrio.
II. Problema ontológico. El D. en su unidad.	1. Concepto del Derecho. 2. Concepto de la justicia.
III. Problema lógico. El D. como conocimiento.	1. Problema de la ciencia. 2. Teoría de los principios. Construcción jurídica.
IV. Problema deontológico. El D. como realización.	1. Problema de la realización. Praxis. 2. Fundamentos del orden positivo. Doctrina pura.

CAPITULO TERCERO

Método de la Filosofía del Derecho

1 — Tema y plan sobre el tratado del método.

1 — El tercer elemento del concepto de la filosofía del derecho se refiere al método o camino a seguir para llegar al conocimiento del objeto; necesitamos determinar de qué modo vamos a conocer el objeto. Para hacer el tratado de este asunto creemos indispensable dividirlo en dos capítulos fundamentales. El método de una disciplina particular filosófica, como camino a seguir en nuestra aspiración a descubrir la verdad, está natural-

mente subordinado al punto de vista universal del conocimiento; es preciso entonces decir primeramente, cuál es para nosotros, desde el punto de vista estrictamente filosófico, el camino legítimo para llegar al conocimiento, y luego, como una aplicación, decir de qué manera este modo de conocer se aplica al campo de la filosofía del derecho, cuáles son los procedimientos o métodos particulares de nuestra disciplina. La primera sección ha de referirse al fundamento filosófico del método, la segunda a los procedimientos propios de la filosofía del derecho.

I — FUNDAMENTO FILOSOFICO DEL METODO

1 — El problema del conocimiento. 2 — Sus cuestiones fundamentales. 3 — Soluciones: el realismo. Hume. 4 — El racionalismo. Spinoza. 5 — El idealismo. Fichte. 6 — El criticismo. Kant. 7 — El fenomenologismo. Husserl.

1 — La cuestión del método es, en el fondo, el problema del origen del conocimiento, considerado no en el sentido de la evolución temporal del conocimiento en la mente humana, sino al modo como conoce todo hombre. El conocimiento, desde este punto de vista, aparece como una relación entre las cosas, los objetos del conocimiento y el intelecto que conoce; entre el objeto y el sujeto, que se traduce con exactitud en la expresión latina **adequatio rei et intellectus:** la equiparación, la igualdad entre las cosas y el intelecto. En la aspiración a alcanzar esta fusión del aparente dualismo del mundo exterior e interior está contenida la verdadera tragedia del conocimiento, que aspira a presentarse como una unidad; las diversas escuelas de filosofía dan a esta cuestión distintas respuestas, que corresponden a otras tantas vías por las que buscan la solución del problema.

Para nuestro propósito basta referir estas soluciones a cinco corrientes filosóficas fundamentales, que abrazan, en su conjunto, todas las explicaciones posibles sobre la cuestión. El realismo sacrifica el elemento interno, el intelecto, en homenaje al externo, a las cosas, a los objetos del conocimiento: **nihil est in intellectus quod prius non fuerit in sensu** — conocer es el resultado de ser, del objeto. Sensualistas o positivistas fían en el poder de los sentidos para llegar al conocimiento. El racionalismo sacrifica el mundo exterior al intelecto; sólo es verdad aquello que se nos

presenta como tal claramente al espíritu; hay una adecuación perfecta entre las cosas y el intelecto, entre el ser y el pensar; la razón contiene el principio del orden universal de las cosas que la experiencia confirma. El idealismo afirma que el objeto está creado por el sujeto, que cuando creemos conocer las cosas del mundo sólo percibimos las modalidades de nuestro propio yo; el ser procede entonces del pensar. Realismo, racionalismo e idealismo parecen contener las actitudes posibles frente al problema, pero en sentido irreductible y absoluto. En el conocer hay elementos reales y racionales, que se conforman según nuestras capacidades de conocimiento; el criticismo nos ha enseñado esto luminosamente, ha venido a combinar estos elementos, sometiéndolos a una reelaboración y fundiéndolos en una unidad.

El conocimiento comienza con la experiencia, aunque no todo conocimiento deriva directamente de ella; hay conocimientos de razón, pero la experiencia de que aquí se habla es la percepción de la realidad tal como se nos presenta, del fenómeno; y la razón no es la razón natural del racionalista, sino una razón viviente que se crea en nosotros según nuestras capacidades propias, al vivir. Los modernos reconocen las verdades esenciales contenidas en el criticismo, pero juzgan que es preciso llevarlas a un completo desarrollo. Para satisfacer esta exigencia se han dado muchas interpretaciones, más o menos próximas a Kant, y entre ellas merece un puesto destacado el fenomenologismo de Husserl. El criticismo no da satisfacción plena al conocimiento, sólo nos muestra el camino para alcanzar un aspecto de la realidad; el ser, en su parte más íntima, parece escapar a sus constataciones. El fenomenologismo se propone conocer las esencias que denomina objetos universales y señala a la intuición, especie de abstracción ideativa, por medio de la cual se ven las esencias con los ojos del alma. Recordar a la fenomenología no es operación suficiente para dar una noticia cabal del giro de las preocupaciones filosóficas en la solución de este problema; pero sirve, a manera de ejemplo, para advertir hacia dónde parecen encaminarse.

Con el fin de explicar estas soluciones, que recordamos en forma esquemática, vamos a insistir sobre ellas, refiriéndonos concretamente al pensamiento de alguno de sus expositores más eminentes.

2 — Para precisar mejor el problema del conocimiento es necesario referirlo a tres cuestiones fundamentales relativas al objeto, al origen y al valor del conocimiento. Se pregunta, ¿qué es lo que se conoce (objeto)? ¿por qué camino o vía puede alcanzarse el conocimiento (origen)?; lo que conocemos ¿vale como verdad o como una simple certeza (valor)? Vamos a caracterizar el fundamento del método en cada uno de los sistemas filosóficos, según el modo peculiar como aparecen en ellos estos tres elementos.

3 — El realista más consecuente es, sin duda, David Hume. Según Hume todas nuestras ideas proceden de las sensaciones, son reproducciones de impresiones sensibles. "La verdadera idea del espíritu humano es considerarlo como un sistema de diferentes percepciones o diferentes existencias que se hallan entrelazadas entre sí por la relación de causa y efecto, y se producen, destruyen, influyen y modifican mutuamente". "La identidad que atribuimos al espíritu humano es tan sólo ficticia y del mismo género que la que adscribimos a los cuerpos vegetales o animales" (1). Estas afirmaciones se multiplican a lo largo de la obra de Hume y nos permiten constatar de qué modo se niega el espíritu, para reducir todo nuestro conocimiento a las sensaciones y a las representaciones del mundo exterior.

Si aplicamos a estas premisas el plan propuesto para caracterizar el fundamento del método, podemos afirmar que, según el realismo, el objeto es el mundo exterior, el origen se refiere a las percepciones entrelazadas y por ellas alcanzamos a la verdad positiva y empírica.

4 — El racionalismo desdeña los sentidos como camino seguro para llegar a la verdad, pone toda su fe en el poder de la razón. La razón tiene, por propia naturaleza, la capacidad de revelar el orden del mundo. Uno de los más estrictos racionalistas es Spinoza; en su "Etica, demostrada según el orden geométrico" encontramos al racionalismo en todo su esplendor. "Nosotros percibimos muchas cosas y nos formamos nociones universales", escribe en la "Etica", "I — Por las cosas particulares que los sentidos representan mutiladas, confusas y sin orden a nuestra inteligencia; por esto he tomado el hábito de llamar a estas percep-

(1) "Tratado de la Naturaleza Humana". T. I, pág. 403.

ciones: conocimientos por la vaga experiencia. 2 — Por los signos. En el futuro llamaré a estas dos maneras de considerar las cosas: conocimiento de primer género, opinión o imaginación. 3 — Porque tenemos nociones comunes e ideas adecuadas de las propiedades de las cosas; a estas las llamaría: razón y conocimiento de segundo género. Además de estos dos géneros de conocimientos hay un tercero que denominamos: ciencia intuitiva. Teorema XLI. El conocimiento del primer género es la única causa de error; por el contrario, el conocimiento del segundo y del tercer género es necesariamente verdadero" (2). En este pasaje se advierte con una perfecta claridad el rasgo característico del racionalismo: los conocimientos que nos vienen por los sentidos son inadecuados y confusos, los conocimientos de razón son necesariamente verdaderos.

En el racionalismo el objeto del conocimiento es la razón en cuanto contiene el orden universal, y el origen es la misma razón en cuanto lo revela; el valor se asienta en la seguridad dogmática de poseer la verdad.

Puede aceptarse que existan verdades de razón en el sentido de que no procedan directamente de la experiencia, pero no que sean ajenas a toda experiencia y, sobre todo, que se declare que estos conocimientos de pura razón sean los únicos verdaderos. Ni el realismo ni el racionalismo, por lo que se ve, pueden ofrecernos una solución que resuelva la aparente oposición entre el ser y el intelecto sin sacrificar a alguno de ellos.

5 — El idealismo afirma que nada hay real sino los estados de conciencia. Los objetos no existen sino en cuanto un ojo los ve, el tacto los percibe, la conciencia los representa. En un diálogo entre el yo y el espíritu ha expresado Fichte, con gran precisión, este punto de vista central del idealismo. "El Espíritu En toda percepción no percibes, pues, sino a tí mismo, que tu propia manera de ser. Lo que no está en la percepción, tú no lo percibes. El Yo. Eso es repetir lo que acabamos de decir. El Espíritu. Convengo, pero no dejaré de repetirlo, hasta que esté cierto de que tú lo has comprendido bastante; es preciso que quede profundamente grabado en tu espíritu. Puedes decir: ¿tengo conciencia de objetos fuera de mí? El Yo. En rigor, no, porque

(2) "Ethique", pág. 110

la vista y el tacto no son sino otros tantos medios que me sirven para ponerme en relación con las cosas. No son mi conciencia, sino solamente aquello de que tengo conciencia. Talvez debería limitarme a decir: Tengo conciencia que veo y que toco los objetos exteriores. El Espíritu. Entonces no olvides nunca lo que en este momento te parece suficientemente probado; esto es, que en toda percepción, lo que percibes es tan sólo tu propia manera de ser" (3). En síntesis, el idealismo afirma que lo que conocemos es la propia representación, el propio yo, la idea. Es posible, bajo esta concepción, dudar del mundo real en un rapto de pesimismo o afirmar que todo él está contenido en la idea, y pensar que la realidad va mostrando diversas maneras de la idea. Pesimista u optimista, el idealismo plantea el problema necesario del orden y armonía del desarrollo de la vida, aunque su solución exige otros elementos de carácter romántico, muy distantes de lo que pueden resultar después de una crítica del problema del conocimiento.

El idealismo supone, según se ve, un tercer elemento, que no es el sujeto ni el objeto, ni el mundo exterior ni la razón; aspira a la revelación de otro agente (el yo absoluto en Fichte, el espíritu absoluto en Hegel), un espíritu de que todos los seres participan, en el que viven sumergidos; la idea, en fin. ¿Qué es lo que conocemos? Ese espíritu. ¿Por qué vía? Por la percepción del espíritu **(Esse-percipi)**. ¿Qué vale nuestro conocimiento? Posee la verdad, la esencia del mundo, como se manifiesta, o nos arroja en el excepticismo, según crea que la percepción corresponda exactamente a la esencia o sólo sea una representación propia de nuestro intelecto.

6 — El criticismo ha planteado de un modo original el problema del conocimiento; su desarrollo no es el resultado de una transacción o acomodo de las soluciones opuestas, sino una elaboración fecunda, sobre el fundamento de verdad que encierran las posiciones antecedentes.

¿Cuál es el objeto del conocimiento según el criticismo? Kant responde: el conocimiento no se refiere directamente a las cosas, sino a nuestro conocimiento de las cosas; todos los objetos

(3) "Destination de l'home", citado por Fouillée en "Grands philosophes", pág. 403.

del conocimiento se resuelven para nosotros en un enlace de representaciones. "Mi idealismo, escribe, no concierne a la existencia de las cosas, que yo no he tenido nunca el pensamiento de revocar en duda; no tiene por objeto sino la representación sensible de las cosas; de las que el espacio y el tiempo hacen esencialmente parte. Yo he probado solamente que estas dos nociones, en general, y por consecuencia todos los fenómenos, no son cosas, sino simples modos de representación, y que no son ni siquiera determinaciones de las cosas en sí" (4). El idealismo de Kant no niega la existencia del mundo exterior, las cosas del realismo ingenuo; por el contrario, procura descubrir el único camino que puede llevarnos a comprender científicamente la existencia de las cosas. Esta solución bien ha podido ser comparada a la revolución introducida por Copérnico al trasladar, según su teoría, de la Tierra al Sol el centro de los movimientos de los astros. **Der kopernikanischen wendung** (la revolución copernicana) en filosofía, puede enunciarse así: el conocimiento no ha de regirse por los objetos, sino los objetos deben regirse por los conocimientos; es decir, ni volverse exclusivamente hacia el mundo exterior y creer que todo él pueda penetrar tal cual es, por los sentidos, ni volverse hacia el interior para construir un universo de puras ideas, sino buscar las cosas en su representación interior.

El objeto del conocimiento, según lo que dejamos expuesto, no son las cosas mismas, sino nuestro conocimiento de las cosas. Resulta de esto, que el mundo exterior es conocido indirectamente, a través de nuestras representaciones.

El conocimiento del mundo exterior no sería posible sin otro género de conocimientos **a priori**; Kant afirma que si bien todo nuestro conocimiento comienza con la experiencia, no resulta, sin embargo, que él derive todo de la experiencia (5). Bajo el nombre de conocimiento **a priori**, entiende Kant no aquel que es independiente de esta o aquella experiencia, sino el que no depende absolutamente de ninguna experiencia. A estos conocimientos se oponen los empíricos, aquellos que no son posibles sino **a posteriori**, es decir, por medio de la experiencia.

Si a las impresiones del mundo exterior no las apreciamos según un criterio de orden y unidad, el verdadero conocimiento

(4) "Prolegomena" en "Schriften", pág. 43.
(5) "Kritik der reinen Vernunft", pág. 34.

resulta imposible. Conocer es referir una cosa al concepto a cuyo orden la cosa pertenece. Estos conceptos, que son verdaderas condiciones esenciales de todo conocimiento, se ofrecen en una absoluta unidad y pueden ser estudiados en dos grupos: las formas de la intuición y las categorías del entendimiento. Puede decirse, como en una síntesis que anticipe toda la posición kantiana, que según ella el conocimiento reconoce elementos empíricos transformados por la conciencia y elementos de razón formados bajo la influencia de la experiencia, pero que no han recibido de ella elementos concretos sino que se han formado según los modos de ser de nuestro entendimiento. El criticismo reconoce el valor de la experiencia, pero mirada de un modo diferente a lo que hace el realismo; lo que conocemos del mundo exterior son los fenómenos; las cosas tal como se nos presentan según nuestro poder y modo de conocimiento. A semejanza del racionalismo también se reconocen conocimientos puros de razón, aunque no de una razón inmóvil sino de una razón viviente, que forma su mundo exterior bajo la influencia de la experiencia, pero en el que desaparecen totalmente los elementos materiales de ella, para ser reemplazados por elementos de pura razón. Experiencia y razón así concebidas forman el contenido de la conciencia el objeto de nuestro conocimiento.

El camino para llegar a revelar el objeto es, en el criticismo, el método trascendental. Trascendental no quiere decir, por cierto, lo que va más allá de la experiencia; se refiere a aquellos conocimientos que no dependen de las impresiones cambiantes de los sentidos, que son ciertos por sí mismos y que proceden de elementos irreductibles de la conciencia. Si el objeto del conocimiento es, en definitiva, el contenido de la conciencia, el método adecuado para revelarlo ha de ser el de la crítica de ese contenido por el camino de la auto reflexión; en esto está comprendido, en definitiva, el método del criticismo.

7 — Los principios fundamentales del criticismo encierran una terminante verdad; pero, como obra humana, no pueden satisfacer por igual en todos los tiempos a la mente filosófica, que se plantea otros problemas o que quiere verlos desde una perspectiva diferente. El neo-kantismo, más consecuente, se ha propuesto revivir al Kant de la Crítica de la Razón Pura y los modernos han advertido hay en éste un formalismo que nos deja en

el umbral del conocimiento, que nos impone renunciar a proseguir nuestra mirada sobre la realidad; este afán de perfección y superamiento ha dado origen a nuevas interpretaciones que complementan los puntos de vista del criticismo. Es preciso una nueva lógica, no para reemplazar los métodos anteriores sino para perfeccionarlos; es preciso una nueva ontología, no para hablar del ser al modo antiguo, en una postura que parece definitivamente agotada, sino para enseñarnos a concebirlo de un modo diferente y mostrar los caminos para aproximarse a su conocimiento; este camino lo han emprendido, al parecer llenos de promesa, los fenomenologistas modernos, a cuyo frente se destaca la figura considerable de Edmundo Husserl.

Esta prometedora tendencia moderna parece estar aún en plena elaboración, como que se anuncia que su forma definitiva se ofrece recién en las obras de Martín Heidegger, continuador, en la cátedra de Friburgo, de las enseñanzas de Husserl. Si hemos de prescindir de estos nuevos estados de la doctrina, y colocándonos desde el punto de vista de nuestro interés en esta exposición, podemos decir que la fenomenología comprende una nueva noción de la esencia, aunque semejante a lo que la escolástica llamaba **species** (6), y que las constituyen los objetos universales. "Todo lo que puede ser pensado tiene una esencia", según lo expone Müller, refiriéndose a esta doctrina. "La esencia no es la existencia (7) de los objetos. Las esencias no pertenecen a los objetos sensibles; pero su ser no es tampoco ser pensadas; las esencias existen verdaderamente; son algo anterior al pensamiento; algo por lo cual se rige el pensamiento" (8). Y además, de un nuevo método para penetrar en el conocimiento de esas esencias: la intuición. Intuir, anota Gründler (9), es un acto de conciencia en el cual los objetos se nos presentan de modo plástico, como constituídos de esta o de la otra manera. La intuición, así concebida, no es susceptible de ser definida conceptualmente, sino sólo de ser, a su vez, intuitivamente aprehendida mediante percepción inmanente del propio acto de intuición. Esto concuerda con la definición que da el propio Husserl de la fenomenología, al afirmar que es una descripción pura

(6) La imagen que representa el objeto. Ranzoli, p. 1077.
(7) El estado de una cosa en cuanto existe.
(8) "Introducción", pág. 104.
(9) "Filosofía de la Religión", pág. 21.

del dominio neutro de lo vivido y de las esencias que allí se presentan (10). Descripción, no interpretación; aquí, como en todas partes de la fenomenología, dice Husserl, en cierta ocasión hay que tener el valor de aceptar y describir honradamente, en vez de interpretar, lo que realmente se ve en el fenómeno (11).

Se advierte que todo esto no toca a la sustancia de la posición fenomenológica; se queda en el aspecto formal y externo del sistema, pero servirá como una ligera anticipación, que prevenga sobre esta tendencia moderna de la filosofía a buscar lo que parece haber ignorado el kantismo, la sustancia de las cosas, y a proclamar como legítimo un modo de conocimiento que tiende a restaurar la integridad del espíritu, como órgano del conocimiento.

II — PROCEDIMIENTOS METODOLOGICOS DE LA FILOSOFIA DEL DERECHO

1 — Los fundamentos filosóficos y los procedimientos metodológicos. 2 — Del positivismo jurídico. 3 — Del dogmatismo jurídico. — 4. — Del idealismo jurídico. 5 — Del criticismo jurídico. 6 — Los métodos psicológicos y filosóficos. 7. — Los procedimientos metodológicos a emplear.

1 — En lo que acabamos de exponer, dejamos fundado lo que podríamos denominar elementos de una teoría del método, en mira del método de la filosofía del derecho; nos resta explicar de qué modo estos fundamentos filosóficos se proyectan en el campo de nuestra disciplina, dando lugar a otras tantas escuelas como direcciones metodológicas hemos recordado.

Las respuestas fundamentales al problema del origen del conocimiento pueden reducirse a tres: las del realismo, del racionalismo y del idealismo, a las que precisamos agregar las del criticismo y de la fenomenología, como formas más recientes de las mismas soluciones. Estas respuestas originan, en el campo de la filosofía del derecho, métodos peculiares de conocer lo jurídico, que aparecen aquí y allí en todas las investigaciones, pero que es preciso destacarlas refiriéndolas a su forma de manifestación más definida.

---

(10) Gurvitch, "Las tendencias actuales", pág. 19.
(11) Gründler, pág. 27.

2 — La respuesta realista genera, en el campo del derecho, el positivismo jurídico. Según este positivismo, el objeto de nuestro conocimiento son los fenómenos jurídicos, los hechos, las normas, las leyes de los fenómenos que deben ser revelados por el método positivo de la observación, inductiva y deductivamente. Desde este punto de vista, la filosofía del derecho se convierte, o en una filosofía del derecho positivo o en la doctrina de la evolución del fenómeno jurídico, tal como aparece en las obras de Summer Maine o Spencer.

Es frecuente encontrar, en los tratados de derecho, aplicaciones de este método; cada vez que se procura extraer de los derechos positivos nociones de valor general e ir, de generalización en generalización, hasta los principios de valor universal, estamos en presencia de la aplicación del método positivo; igualmente cuando para explicar una institución se recurre a trazar un largo proceso, en que se muestra cómo ha llegado a ser lo que es, se implanta un método de erudición positiva tan meritorio como ineficaz al fin que se encamina.

Sin detenernos a hacer el análisis y la crítica correspondiente, puede anticiparse la insuficiencia del método del positivismo jurídico. Con los datos de la realidad, con las normas jurídicas, no podemos alcanzar a otra cosa que a generalizaciones válidas para el círculo, siempre insuficiente, de los datos que hemos tenido en cuenta para la generalización; resulta de ahí que nos veamos siempre obligados a introducir elementos que no hemos recibido de la experiencia y que tienen, naturalmente, como resultado desvirtuar el carácter propio del método proclamado, y algo más grave todavía: introducir sin crítica ni reflexión, elementos de una metafísica inaceptable. Debemos concluir, entonces, repitiendo las oportunas palabras de Gentile: "concebir el derecho como hecho o fenómeno es ya negar la filosofía del derecho, ya que quien dice hecho, dice naturaleza, determinismo, mecanismo, necesidad bruta, privada de toda la luz de la finalidad o de la racionalidad". (1)

3 — El racionalismo ha engendrado, del mismo modo, una escuela jurídica, la del dogmatismo, representada por la doctrina del derecho natural. Los sostenedores de esta doctrina afirman

(1) "I fondamenti", pág. 7.

que existe una naturaleza humana, expresión del orden natural, que se revela a la razón como evidente y de la cual se extraen los principios fundamentales del derecho, con la ayuda del raciocinio. Los principios de la razón, escribe Halleux (2), son expresión de las relaciones esenciales de los seres. La razón formula estos juicios, no cediendo a una especie de ciega necesidad, sino en fuerza de la evidencia. Cuando nos prescribe, pues, ciertas reglas de conducta con relación a los demás hombres, no hace más que formular un orden de relaciones derivadas de nuestra propia naturaleza.

Referir los principios fundamentales del derecho a una naturaleza metafísica del hombre, que la razón contiene y revela, es partir de una simple afirmación que la crítica no puede justificar. El mundo de la razón y el de los hechos aparecen en constante contradicción, porque el sistema creado por la razón no se acomoda al derecho que existe o ha existido en el tiempo. La pretensión de crear un derecho natural positivo, universal e inmutable los pone igualmente en contradicción con los hechos, que demuestran hasta qué punto la sustancia del derecho varía en los procesos históricos. La escuela del derecho natural, de tan antiguo ascendiente, tiene la virtud de plantear el problema del fundamento del derecho; pero, a la inversa del positivismo jurídico, tiene el defecto de sacrificar el derecho positivo, que es real, en obsequio de un derecho perfecto, ideal, revelación de la razón.

4 — El idealismo de Fichte, a que hacíamos referencia más arriba, señalaba como objeto del conocimiento el espíritu individual, con lo que creaba una separación entre el espíritu que conoce y la naturaleza o la realidad conocida; este vacío del conocimiento vino a llenarlo, dentro del idealismo, el sistema lógico de Hegel, que sustituyendo el espíritu individual por el espíritu absoluto que se manifiesta en la naturaleza, llegó a fundir lo real y lo racional. El idealismo de Hegel, no sólo por el valor de su extensa e impecable construcción, sino también por la penetración de su influencia en el pensamiento moderno, puede ser tenido por la figura más interesante, en el campo de la filosofía del derecho, en la dirección metodológica idealista. No podrían explicarse los fundamentos del método hegeliano sin recordar,

(2) "Derecho Natural", pág. 69.

cuando menos someramente, las bases del sistema. La razón absoluta, la idea que se manifiesta bajo todas las formas de la realidad, se presenta primero como ente puro, como ente en sí que lo estudia la ciencia de la lógica; luego se muestra fuera de sí, como externa a sí misma en la realidad, y se estudia en la filosofía de la naturaleza; por fin toma conciencia de sí, vuelve sobre sí misma y se manifiesta como espíritu, que estudia la filosofía del espíritu. Estos tres momentos fundamentales sirven de base a todo el sistema (3). El absoluto, como espíritu, se objetiva y da origen al espíritu objetivo que Windelband define como la razón en la vida de la especie humana. Se trata de percibir las formas de desenvolvimiento en las cuales se manifiesta la libertad del espíritu, en la realidad de la vida humana, que crea primero el derecho abstracto (derecho natural), luego la moralidad, y por fin la eticidad, síntesis de las anteriores, y que entre todas dan lugar a la filosofía del derecho ("Eintheilung", par. 33, pág. 68, "Grundlinien"), que las comprende. El objeto del conocimiento es, en definitiva, el espíritu absoluto que se manifiesta en la realidad según una ley que la resume el método dialéctico, la tesis, antítesis, síntesis, el devenir. Toda esta filosofía es una formidable sistemática que aspira a hacer caber la realidad dentro de un esquema concertado de antemano, y que sólo deja para la investigación humana la actividad histórica que debe registrar los modos como se muestra el espíritu absoluto. En esta filosofía hay tanto de fe como en cualquiera de las religiones positivas, con la visible desventaja para ella que es mucho más seguro y más lógico abrazar las creencias de una religión positiva que creer en los misterios de una filosofía.

5 — ¿De qué manera se muestra el criticismo en el campo del método de la filosofía del derecho moderno? Es esta la cuestión fundamental que precisamos esclarecer para terminar este asunto.

El criticismo enseña que el objeto de nuestro conocimiento es el contenido de la conciencia. Las kantianos de la escuela de Marburgo hacen algo más: ponen como centro el pensamiento, no en el sentido de los fenómenos del pensamiento en los individuos, que denominan representaciones, sino refirién-

(3) "Filosofía Moderna", T. III, pág. 173; Moog. "Hegel y la escuela hegeliana" (Madrid, 1931), pág. 274.

dose a los contenidos del pensamiento científico. El pensamiento crea el objeto en el conocimiento y con el conocimiento. El pensar (en el sentido del contenido del pensamiento) y el ser (en el sentido del objeto del pensamiento) son idénticos; es decir, que los contenidos del pensar, a los que atribuímos una validez objetiva, no reproducen el ser, sino que son el ser. Esta afirmación parecería excluir la realidad del mundo exterior, suponiendo que lo cree el pensamiento; pero en realidad no es así: se limitan a colocarse en el campo de la lógica, en el análisis de los conceptos y de los juicios, que forman lo que se suele denominar conciencia científica. Las sensaciones son simplemente los signos de interrogación, la cosa por determinar, la x. Natorp ha resumido admirablemente el proceso de la formación de esta conciencia, diciendo: "En un principio fué la acción, el acto creador que forma objetos de toda clase, el acto en que el hombre se construye a sí mismo, que construye su esencia humana. Al objetivarse, imprime profunda y perfectamente el sello de su espíritu a un mundo, o mejor, a un mundo de mundos, que puede llamar suyos. El fundamento creador de esta acción que informa los objetos es la ley; y, en último término, esa ley originaria que se ha denominado siempre claramente con los nombres de logos, **ratio**, razón" (4). El hombre, al vivir, forma su conciencia allí junto a la nepresentación de tantos otros mundos cuantos territorios distintos de la realidad pueden ser alcanzados; forma la representación el mundo jurídico, y sobre ella es preciso volverse para descubrir sus principios universales.

El conocimiento contiene un doble orden de nociones; aquellas que proceden del mundo exterior, y que corresponden a los objetos de la experiencia y son constitutivas del conocimiento, se llaman conceptos. Los conceptos son la reunión, en una representación intelectual, de los caracteres correspondientes a un objeto o grupo de objetos. Otras nociones son las ideas o conceptos racionales que, como decía Kant, son concepciones necesarias de razón, respecto de las cuales no puede descubrirse objeto alguno que corresponda en el mundo del sentido. Los conceptos son constitutivos del conocimiento; conocer es referir un objeto a su concepto. Las ideas son simplemente regulativas del conocimiento, nos permiten apreciar sus calidades fundamentales. El

(4) Messer, "Filosofía actual", pág. 177.

concepto nos permitirá decir qué es derecho; la idea cuándo un derecho es justo.

Caracterizado el objeto del conocimiento, queda impuesto el método adecuado para esclarecerlo. Si el objeto del conocimiento es el contenido de la conciencia, hemos de llegar a él por la auto reflexión crítica que sirva para revelarlo; por el método trascendental, que no se ocupa de los objetos sino de nuestro modo de conocer los objetos.

6 — El conocimiento del contenido de la conciencia exige, sin embargo, dos métodos diferentes: uno debe revelarnos cómo llega a ser ese contenido en un espíritu individual, su origen; el otro trata de justificarlo, de decir qué es. El primero es un método particular, psicológico; el segundo es universal, filosófico.

Para facilitar un medio que nos permita caracterizar estos dos métodos, vamos a servirnos de algunas referencias. Supongamos el problema de la justicia; los escépticos arguyen contra la legitimidad de una concepción universal de justicia invocando la variedad del sentimiento jurídico, de lo justo, en cada colectividad y se sirven, para confirmar la objeción, de las conclusiones de las escuelas modernas que explican, por el mecanismo de la asociación de las ideas y por la herencia, el modo cómo se forma el sentimiento de justicia, con la cual, como dice Rava (5), pierde esa aureola de santidad con la que se lo circundaba. Es fácil advertir que esta demostración se refiere tan sólo al punto de vista del origen de cada sentimiento, de su génesis, es decir, de su aspecto psicológico; pero la filosofía necesita además justificarlo. No importa que haya actitudes distintas para caracterizar la justicia en cada época, lo que nosotros debemos explicar es su aspecto universal, por qué aparece por igual en todos los hombres, y para ello es preciso decir qué es la justicia; esta solución impone la actitud filosófica.

Stammler (6) ofrece dos ejemplos que debemos aprovechar porque son realmente expresivos. Presenta a Ibsen como el tipo del creador de los dramas psicológicos, que se limitan a presentar a los hombres tal cual son, haciéndonos ver cómo nacen en ellos sus ideas y sus pensamientos. En efecto, en "Los Es-

(5) "Lezioni", pág. 316.
(6) "La génesis", pág. 61.

pectros", el personaje central, Osvaldo, se muestra como un degenerado moral, y se descubre el origen y el proceso de su estado, como resultado de la influencia de factores psicológicos y morales individuales, sin que pretenda en ningún momento justificarlo ante un principio universal y permanente. Sófocles es, por el contrario, el creador de los dramas filosóficos. En la tragedia "Antígona", la protagonista sostiene un vivo diálogo con el rey Creón en el que éste le reprocha haber violado sus mandatos al dar sepultura a su hermano; Antígona se excusa invocando, para justificarse, la existencia de principios universales y eternos que están por encima de la voluntad de los hombres, que nadie sabe desde cuándo existen ni quién los dictó, y que obligan por igual a vasallos y soberanos. Por el método psicológico pretendemos descubrir cómo arraigan, cómo germinan las nociones en la conciencia; por el método filosófico cuál es su naturaleza y esencia.

7 — Con los antecedentes expuestos ya no es difícil determinar cuáles deben ser los procedimientos a emplear en la filosofía del derecho. Al hablar de la tarea de esta disciplina, dijimos que se contenía en la solución de los problemas planteados; los métodos deben ser adecuados a la naturaleza de esos problemas.

La tarea del filósofo se cumple, según esto, en dos grandes campos: uno, el de la especulación, que se refiere al derecho como fenómeno, en su unidad, como conocimiento y como realización práctica —en él se tiende a fundar un sistema, constituye la función propia de la filosofía; el otro pretende referir los fundamentos universales, que la especulación revela, a los modos actuales de su manifestación, quiere vivir el sistema, crear una doctrina.

En el problema del derecho como fenómeno de cultura debemos aplicar un procedimiento psicológico, porque queremos determinar cómo llega a ser y cómo se transforma la sustancia material de todo derecho positivo.

Para esclarecer el problema del derecho en su unidad precisamos explicar qué es el derecho, qué es la justicia; como se trata de justificar una existencia, debemos emplear un método crítico; para el concepto, la crítica de la experiencia social; para la justicia, la crítica de la totalidad de la experiencia social. La

crítica de la experiencia social, del mundo social esencial que tenemos en la conciencia, como resultado de nuestra experiencia, nos permitirá descubrir los rasgos según los cuales el espíritu distingue el derecho de la moral, de las costumbres y demás elementos de la conciencia social; con aquellos rasgos formaremos el concepto del derecho. La experiencia social puede ser mirada no en sus elementos, sino en su integridad; como un todo, cuya esencia pretendemos alcanzar, que es a la vez la esencia del derecho, su unidad fundamental, la justicia.

El saber del derecho está subordinado a un plan universal, que sostiene la constante variación de los conocimientos y que le presta unidad y consistencia; este plan no lo pueden dar los conocimientos mismos, siempre en evolución; es preciso extraerlo de la crítica de los rasgos o elementos del concepto del derecho, que nos mostrará cuáles son las categorías, conceptos simples, irreductibles que darán base a una construcción de saber permanente.

El problema ontológico, como praxis jurídica, la aplicación de la norma a los casos concretos, ha de resolverse por la crítica del raciocinio humano contenido en la subsumpción que consiste en la operación lógica de referir intuiciones a conceptos.

Las tareas relativas a la doctrina requieren operaciones intelectuales de construcción, que consisten en referir el plan conceptual de saber jurídico a las representaciones de vida de la actualidad, para crear con ellas la doctrina. Esta tarea queda, por ahora, ajena a nuestras preocupaciones, pero su recuerdo no puede faltar en este sitio en que es preciso bosquejar el panorama completo, aunque nuestro ahinco en este libro sólo está puesto en el propósito de esclarecer los problemas relativos al sistema de la filosofía del derecho.

CAPITULO CUARTO

Definición de la Filosofía del Derecho

1 — Necesidad y carácter de la definición. 2 — La definición realista. 3 — La definición racionalista. 4 — La definición idealista. 5 — La definición criticista.

1 — Para que nuestras exposiciones sobre el concepto de la filosofía del derecho puedan alcanzar su mayor precisión, es necesario concluir proponiendo una definición que, en términos concretos, pueda ofrecernos la ocasión de cerrar el ciclo que se abre al plantear el interrogante: ¿Qué es la filosofía del derecho?

Como una definición no es ordinariamente nada más que el análisis del contenido de un concepto, no puede ser estudiada en sí misma sino en relación a la actitud que traduce frente a los problemas de la filosofía; no sería entonces racional el empeño que nos hiciera esforzar para encontrar entre los expositores una definición perfecta, que dijera lo que es la filosofía del derecho en sí, con prescindencia de toda actitud filosófica. Otra deficiencia común a las definiciones, y que procede de la limitación de nuestros propios medios de expresión, hace que las definiciones destaquen sólo algún rasgo fundamental, lo que en el análisis ha aparecido como más característico, pero que, en realidad, nunca resulta suficiente por sí, para dar la cabal representación que se busca. Una definición será para nosotros suficiente desde que exprese con claridad el aspecto fundamental del concepto, viéndonos por eso dispensados de recorrer un penoso camino en busca del pájaro azul de una definición perfecta.

2 — A cada una de las cuatro direcciones fundamentales de la filosofía a que venimos aludiendo, corresponde una definición peculiar de filosofía del derecho, que expresa su modo particular de concebirla.

Al realismo jurídico podemos representarlo por la definición propuesta por el jurista italiano Cogliolo. "La filosofía del derecho es la disciplina que indaga las leyes más generales y las

causas más remotas de las instituciones jurídicas" (1). Esta definición coincide, en lo fundamental, con la tan repetida de Vanni, "es la ciencia que, a la vez que integra las ciencias jurídicas en la unidad de sus más generales principios, refunde el derecho en el orden universal..." (2). Según esto sabemos que la filosofía es sólo un grado más alto que la ciencia, en el proceso de generalización de los conocimientos y, además, que para realizar el cuerpo de este saber es preciso, con las ciencias particulares, integrar la ciencia general; es decir, componerla con sus partes. Está en esto suficientemente claro que para esta dirección la filosofía no existe; la más alta generalización, como la operación de coordinar los conocimientos particulares en un solo cuerpo, no les cambia su carácter simplemente científico, no les puede hacer alcanzar hasta el plano de lo universal e incondicionado filosófico; el mismo Cogliolo lo advierte al afirmar: "La filosofía es una ciencia, más elevada, más general, pero es siempre una ciencia". No creo preciso insistir; basta lo dicho para quedar autorizado a desechar una definición semejante.

3 — El racionalista Ahrens, que tan dilatada y profunda influencia ha ejercido especialmente en las cátedras, define la filosofía del derecho, que identifica con el derecho natural, como "la ciencia que expone los principios cardinales del derecho, concebidos por la razón y fundados en la naturaleza del hombre, considerada en sí misma y en sus relaciones con el orden universal' (3). Fernández Concha explica más claramente cómo concibe la razón los principios del derecho, al definir así: "Es el derecho natural deducido de la misma naturaleza humana por medio de la razón, fundada, ya en la evidencia inmediata, ya en la virtud del raciocinio" (4). El acento racionalista presta carácter a estas definiciones; la evidencia inmediata, aquello que la razón ve por sí claro, como verdad, es el punto de partida. Aquí sí que puede alcanzarse un derecho perfecto, ideal, universal, positivo; pero con el irreparable mal de que queda la realidad fuera de él: el derecho real, positivo, histó-

(1) "Filosofía del Diritto privato", pág. 8.
(2) "Filosofía del Derecho": Traducción española, pág. 26; peruana, pág. 21.
(3) "Curso", 1906, pág. 1.
(4) "Filosofía del Derecho", pág. 6.

rico, o se acomoda al derecho ideal o no es derecho. Basta revelar esta enorme contradicción para concluir que no es posible aceptar un modo de expresión semejante.

4 — Las expresiones del idealismo son siempre más oscuras si no se recuerda el sentido propio del sistema. Hegel define en su obra "Grundlinien" (5), del siguiente modo: "La ciencia jurídica filosófica tiene por objeto la idea del derecho, el concepto del derecho y su realización". Preferiría la forma que da Lasson a su idealismo: "Filosofía del derecho es una parte de la ética que contiene la doctrina de la realización de la idea del bien, en la voluntad humana" (6). Ya sabemos que el idealismo supone la existencia de un ente puro: la razón absoluta que se realiza en la naturaleza y luego se vuelve sobre sí misma para adquirir conciencia de sí; así se explica que a nuestra filosofía se la vea como la realización de la idea del derecho, de la que tomamos conciencia como manifestación objetiva del espíritu. Según esta dirección, la filosofía se vuelve o una creencia metafísica o el trazado de un proceso histórico que muestre cómo se realiza la idea del derecho. Es claro que también puede alcanzarse una conciliación de los elementos opuestos del conocimiento, el intelecto y las cosas, pero se reunen en el campo artificial del espíritu concebido del modo peculiar de la escuela. Podemos entonces apartar también estas definiciones idealistas.

5 — La definición del neokantiano Stammler expresa suficientemente el punto de vista del criticismo, tal como aparece en los pensadores modernos. "El objeto de la investigación filosófico jurídica puede ser precisado, según esto, como el sistema de las formas puras, con que pensamos jurídicamente". En el conocimiento es preciso distinguir lo que corresponde a la materia, particular, condicionado; lo que en el fenómeno corresponde a la percepción, que explica la pluralidad de las cosas, y lo que en el conocimiento corresponde a la forma, a la unidad inmanente contenida en la multitud de las cosas; la materia condicionada no puede dar sino lo particular, lo individual; en cambio la forma, incondicionada, pura, es la que nos mues-

(5) "Philosophie des Rechts", pág. 22.
(6) "System", pág. 1.

tra lo universal; la filosofía ha de ser un sistema de formas puras que revela la crítica de la razón. La fusión de la que ha de salir el conocimiento verdadero se realiza en una razón viviente, por el concurso de la realidad, de los hechos que entran por los sentidos y de un intelecto que los piensa y los recrea; la realidad es para nosotros en cuanto pensada, y del pensamiento hemos de desprender las verdades universales e incondicionadas de la filosofía; por eso está bien que Stammler comience su manual diciendo: "Entendemos por filosofía del derecho la doctrina de lo que en las reflexiones jurídicas aparece como de un valor incondicionado y universal". (7)

CAPITULO QUINTO

Denominación

1 — Distintas denominaciones de nuestra filosofía — La denominación adecuada.

1 — Si la definición es un análisis del concepto, la denominación de la materia es una síntesis que lo concentra en una expresión.

Los positivistas, p. e., Cogliolo y Austin, llaman a nuestra disciplina filosofía del derecho positivo, o filosofía de la ley (1) o filosofía jurídica. Estas denominaciones traducen para nosotros un error inicial; el sujeto del asunto es el derecho, presupone la posibilidad de filosofías particulares y es fácil demostrar, una vez más, que o la filosofía es de lo universal o no es filosofía. (2)

Los racionalistas prefieren la denominación derecho natural, (3) que la emplean también algunos positivistas, con lo que se an-

(7) "Lehrbuch", 1928, pág. 1.
(1) Miceli dice que sería mejor llamarle Teoría general del derecho positivo ("Principii", p. IX).
(2) Sobre la denominación, filosofía moral, vease: "La enseñanza de la filosofía del Derecho en la Universidad de Córdoba". Hemos empleado alguna vez como equivalentes las expresiones filosofía del derecho o filosofía jurídica, porque esta última es la que sirve para la denominación de nuestra cátedra.
(3) Stammler, "Lehrbuch" — 3ª ed., pág. 1, nota 1.

ticipa la creencia en la existencia de una naturaleza racional o física, fuente de los principios esenciales del derecho, que no ha sido posible demostrar. No es dudoso que la única forma adecuada de denominación de nuestra disciplina es la ya clásica de filosofía del derecho; aquí el sujeto es la filosofía, se quiere decir que no hay sino una filosofía que se vuelca sobre el derecho, que adquiere algunas peculiaridades por la particularidad de su objeto, pero que nunca pueden hacerle pasar como disciplina independiente. El filósofo del derecho no es un jurista sino un filósofo que fija su atención sobre el derecho.

PARTE SEGUNDA

Corrientes contemporáneas de Filosofía del Derecho

CAPITULO PRIMERO

Base y plan de la exposición

1 — Objeto de la exposición. 2 — La crisis de la filosofía del derecho. 3 — Su restauración. 4 — Fundamento de la clasificación de las diversas corrientes. 5 — Síntesis esquemática. 6 — Advertencia sobre el propósito que perseguimos. 7 — Plan de las exposiciones particulares.

1 — Antes de comenzar el desarrollo de nuestro sistema de filosofía del derecho, creemos indispensable intentar una exposición de las corrientes principales del pensamiento contemporáneo en el campo filosófico del derecho. Una tarea semejante debe tener la eficacia de mostrar el modo particular como plantean los problemas las escuelas de nuestro tiempo, qué aspecto de su solución las inquieta y, sobre todo, prestar la ocasión de que nos situemos en un libre ámbito, en donde se cruzan ante nuestros ojos las opiniones más diversas, preparándonos para descubrir "las sendas de la acción, ante el espíritu del tiempo" (1) y para recorrer con juicio y conciencia, la senda trazada por el sistema.

2 — Hasta hace sesenta años, más o menos, las direcciones del empirismo, impuestas por el triunfo de las doctrinas positivas, dominaban casi sin contradicción en todos los campos del saber. Por lo que se refiere al derecho, esa tendencia se traducía, bajo el aspecto filosófico, por dos direcciones, que si no eran las

(1) Messer, "Filosofía actual", pág. 9.

únicas, aparecían sin embargo como las más expresivas; me refiero al historicismo y al fenomenismo.

La escuela histórica (2), no obstante su raíz positivista, había introducido un elemento ideal, de base romántica, al referir el fundamento del derecho al alma popular, considerada como una esencia que trascendía del espíritu público nacional. Despojada más tarde, naturalmente, de este atributo romántico, sólo quedó la concepción histórica, que enseña a mirar el derecho como un producto de un simple proceso natural.

Con un origen semejante aparecen en el campo jurídico las doctrinas fenomenistas, que renuncian a la investigación de una sustancia permanente que dé consistencia y unidad al derecho, por encima de la constante transformación y variedad en que se muestra. Para estas doctrinas un problema semejante no merece ni siquiera la pena de que se lo plantee; toda la investigación filosófico-jurídica debe contenerse en los límites de las causas efectivas de la creación del derecho.

Historicismo y fenomenismo postulan un solo principio: la negación de toda realidad que no esté directamente revelada por los datos de la experiencia, ya se los mire en el encadenamiento histórico o en su simple coexistencia y sucesión.

Una dirección tal de pensamiento debió provocar en el ambiente filosófico una acentuada decadencia, porque empujaba a los espíritus hacia el cultivo de las ciencias físicas y experimentales, enseñando, a la vez, un gran menosprecio por toda especulación. A esta época corresponde el período que se ha dado en llamar de la crisis de la filosofía del derecho, que alcanzó en ciertos países tanta gravedad que parecía anticipar la definitiva desaparición de esta disciplina. Carle ha referido sus peripecias en Italia ("La Filosofia del Diritto nello Stato Moderno", págs. 16 y 387) y desde otro punto de vista Biavaschi ("La crisi attuale della Filosofia del diritto", 1922), como una voz que pide la inmediata vuelta hacia la antigua metafísica, y hasta en nuestra América, Juan Bautista de Lavalle ("La crisis contemporánea de la filosofía del derecho", 1911), ha documentado el proceso de esta mentada decadencia.

---

(2) Véase el muy importante estudio: "La philosophie du droit chez Savigny", por G. Bonnet, "Revue Internationale de Sociologie" (1913), págs. 145 y 232.

3 — Este estado realista de las mentes, que constituía un obstáculo a las verdaderas preocupaciones filosóficas, no debía durar mucho tiempo; las primeras manifestaciones de la aparición de un nuevo estado de conciencia no se hicieron esperar; en Alemania publicó Rodolfo Stammler un corto estudio (1888). "Ueber die Methode der Geschichliche Rechtstheorie (Sobre el método de la escuela histórica del derecho) (3), que según el juicio de Petrone, tuvo el gran valer de representar el primer indicio de una rebelión del mundo jurídico contra el yugo del historicismo. Más tarde, el mismo Petrone (1895), en su obra "La fase recentissima della Filosofia del Diritto in Germania" asestaba un recio golpe al fenomenismo, al que sometió a un profundo y agudo análisis. (4) Se había demostrado, con estos libros, la incapacidad de las direcciones realistas, para dar solución a los problemas universales que planteaba el derecho, estas críticas significaban ya el anuncio de un seguro despertar filosófico y fué así; desde aquellos días se notó un largo florecimiento de escuelas y de expositores, que ha crecido más y más cada día, hasta constituir hoy una imponente masa de ideas. Y así como hubo quien se ocupara de documentar los pasos de la decadencia, vieron la luz discursos y libros que comentaron vivamente la restauración de las preocupaciones filosóficas, aunque ya no se las representaba en la misma forma antigua. Charmont, bajo un título lleno de sugestión: "La renaissance du Droit Naturel" (1927) resumía las conferencias que pronunciara en la Facultad de Montpellier (1908-1909) en las que aludía no a la vuelta del derecho natural clásico, sino a la aparición de aquellas doctrinas que venían a satisfacer ese **besoin d'idealisme** (pág. 140) que era síntoma seguro de la restauración de la filosofía. El color del tiempo ha cambiado desde esta perspectiva; la crisis y la restauración son dos episodios históricos. Podemos pasear nuestra mirada en el campo de la filosofía del derecho sin temer a los enemigos; no importa que haya todavía quienes hablen, como Battaglia, de **La crisi del diritto naturale,** porque en realidad se refieren no a la filosofía sino a ciertas escuelas, y en este caso a las escuelas francesas, que parecen no encontrar otro tema que el de la justificación del derecho positivo por una concepción del derecho natural, man-

(3) Véase: Stammler, "Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vortraege", T. I., p. 1.
(4) "La última fase" (edic. española, pág. 27).

teniendo la antigua antinomia entre ambos (Tilgher, "Saggi di etica e filosofia del diritto" (1928), pág. 212) que quisiera ver desaparecer "como formas ideales e históricas, a un tiempo, de una misma realidad espiritual" (pág. 131).

4 — Para proporcionar una noticia, aunque sea somera, de las distintas direcciones del pensamiento filosófico-jurídico contemporáneo, se hace indispensable fundar primero un criterio de distinción, que pueda servir de base clasificatoria de esas diversas corrientes. No hay para qué advertir, que cualquier base de clasificación que se adopte tiene siempre algo de arbitraria: como que es la expresión de un punto de vista particular; pero, con todo, no puede negarse el rol primordial que desempeña.

El criterio que sirve de fundamento de las clasificaciones adoptadas por los expositores de las corrientes contemporáneas de filosofía del derecho no puede, en general, servirnos de modelo en nuestro intento. El mayor número de esas exposiciones parten de un punto de vista nacional (5), refiriéndose a los escritores representativos de una nación dada, como — por ejemplo — Alloggio, "Le nuove teorie del diritto" (1925); Brundy, "L'idea del diritto nelle nuove correnti della filosofia giuridica in Italia" (1930) — referidos a esta nación; Battaglia. "La crisi del diritto naturale" (1929), — y Piot, "Droit naturel et réalisme" (1930), que aluden a los expositores franceses de doctrinas modernas; Recaséns Siches, "Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico" (1928), que salvo algunas páginas sobre del Vecchio y una sobre la tradición escolástica, está todo entero destinado al análisis de la filosofía del derecho en Alemania. Otro tanto puede decirse de Camus, "Filosofía Jurídica Contemporánea", La Habana (1932), así como del reciente libro de Larenz, "Rechts-und Staatsphilosophie der Gegenwart" (1931) (6), y siguen el crite-

(5) Sobre el mismo plan de exposición de doctrinas nacionales han sido escritos: "Teoria del Diritto e dello Stato", por Giacomo Perticone (Ed. Valentino Bompliani - 1937) y Les doctrines Juridiques contemporaines en Italie, por R. Battino (Ed. A. Pedone, París 1939). No así François Emanuel, "L'idée du Droit. Essai sur quelques conceptions contemporaines" (Ed. A. Pedone. París — 1937), que ha agrupado en cuatro capítulos fundamentales toda la materia: la sociología; el neo-kantismo; la fenomenología; la metafísica, que concuerdan hasta cierto punto con los grupos de la clasificación que propondremos en seguida.

(6) Del error que representa la consideración de las corrientes de pensamiento contemporáneo, miradas desde un punto de vista nacional ha dado testimonio Poggi en una reciente nota bibliográfica al libro tantas veces citado

rio de exponer según un orden personal, explicando la doctrina particular de cada autor de un modo independiente; pueden hacer excepción, hasta cierto punto, en este último particular, los libros de Recaséns, Larenz y Camus. No hay duda que este modo de considerar el asunto tiene ciertas ventajas, como la de revelar, de una manera más terminante, la modalidad particular con que se ofrece el pensamiento jurídico en cada nación, pero nuestro punto de vista sistemático y universal, exige proponer un criterio con prescindencia del elemento nacional e individual. (7)

Para caracterizar una disciplina cualquiera, bastaría determinar cuál es la tarea o función, el fin que se propone alcanzar y el camino o método que utiliza en su intento. Si buscáramos, según este antecedente, caracterizar y agrupar las corrientes de filosofía del derecho, llegaríamos, según nuestro entender, a un ordenamiento que se aproximaría a la perfección, pero, a la vez, caeríamos en un desarrollo tan complejo que se correría el peligro de volvernos ineficaces. Renunciando un tanto a ese propósito de perfección, para simplificar el criterio de clasificación, podríamos

---

de Larenz, "Si Larenz hubiera conocido la doctrina italiana, por ejemplo, habría visto que los errores metodologicos del exagerado punto de vista gnoseológico stammleriano se corrigen en la doctrina de nuestro del Vecchio; que el positivismo de Bierling, tiene además que en Somló, también en las teorias de los italianos Miceli y Falchi, un desarrollo crítico digno de recuerdo. Así el neo kantismo gnoseológico de Levi y el idealismo práctico de Rava, son dignos de mención, al lado de las teorías crítico-cognoscitivas de Stammler y de Kelsen o de las prácticas, axiológicas de Lask, Emge y Radbruch. Y para apreciar más exactamente al hegelianismo, habría sido oportuno que Larenz hubiese tenido conocimiento del desenvolvimiento, hasta el absurdo, que ha alcanzado esta doctrina en la obra de Gentile. Sin contar la expresión original que toma el idealismo de Maggiore, en la rica literatura neoescolástica, que también en el campo del derecho se ha afirmado en Italia con profunda erudición y vistas propias, en el neotomismo de Cicala y en el más práctico de Cordovani" ("Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto—1932, p. 466). Admirable síntesis que sirve, además, para mostrar el valor inmenso del pensamiento italiano de filosofía del derecho. El mismo Poggi ha publicado recientemente, 1933, un valioso libro de crítica sobre "Il concetto del diritto e dello Stato nella filosofia giuridica italiana contemporanea" que contiene una exposición de las doctrinas de los pensadores aludidos.

(7) No encontramos utilizable, desde nuestro punto de vista, el criterio que aplica Sauer ("Filosofía Jurídica y social" — 1933, pág. 11), que separa las doctrinas en tres direcciones principales: jurídica, sociológica, filosófica; porque como en todo sistema deberán tener alguna representación estos puntos de vista, no es posible presentarlos en su unidad, obligando la exposición a repetir constantemente las referencias; por lo demás, esta obra contiene muy valiosas noticias sobre autores y libros de filosofía del derecho.

proponer el punto de vista del método que se emplea, el que, en último análisis, contiene también una insinuación sobre los problemas y sobre el fin que se persigue. Al método lo hemos caracterizado en cinco corrientes fundamentales; nos quedaría por descubrir de qué manera aparecen esas corrientes en el pensamiento contemporáneo.

Queda otra dificultad por salvar: ¿qué debe entenderse por contemporáneo? Tratándose de expresiones del pensamiento no puede creerse que esta definición ha de referirse a acontecimientos en un espacio de tiempo, al momento en que un cierto modo de ver los problemas se condensa en una forma al parecer definitiva; para nosotros lo contemporáneo se refiere, más bien, a las corrientes de ideas vivas filosóficas, hayan aparecido ayer u hoy; lo importante es que encarnen, en un modo actual de ver, los problemas, no en un solo individuo sino en un grupo, en el que se descubran elementos de común armonía; debe reconocerse que ha de entrar en este criterio, mucho de subjetivo y personal, pero este es un irremediable defecto, que procede del asunto y no de la imperfección de la base propuesta.

5 — Según estos antecedentes, han de clasificarse las corrientes de la filosofía del derecho contemporáneo del siguiente modo:

Plan

a) Realismo jurídico
- 1) Lógico. Merkel.
- 2) Psicológico. Bierling.
- 3) Sociológico. Gurvitch.

b) Racionalismo jurídico
- 1) Derecho natural ético religioso. Cathrein.
- 2) Derecho natural progresivo. Renard.
- 3) Derecho natural ético jurídico. Dabin.

c) Idealismo jurídico
- 1) Filosofía de la cultura. Kohler.
- 2) Filosofía del valor. Sauer.
- 3) Totalitarismo jurídico.

d) Criticismo jurídico
- 1) Logicista
  - Marburgo: Stammler.
  - Viena: Kelsen.
- 2) Eticista - Baden
  - valores: Lask
  - relativismo: Radbruch

e) Fenomenologismo jurídico. Reinach.

6 — Debemos advertir, antes de comenzar la exposición particular de las distintas corrientes, para que no se pierda de vista el propósito que perseguimos, que no nos mueve la voluntad de ofrecer una noticia cabal del pensamiento y sistema de cada uno de los filósofos del derecho contemporáneo a que hacemos alusión; si tal fuera nuestra preocupación, necesitaríamos dedicarles un tiempo y una extensión mucho mayor; nos impulsa tan sólo el propósito de ofrecer una breve noticia indispensable, para que pueda advertirse de qué modo se muestran, en el pensamiento de nuestros días, las preocupaciones filosóficas y los eternos problemas, a cuyo fin nos bastan algunas alusiones, que nos permitan situar cada sistema en el movimiento de las ideas actuales; si una justificada curiosidad no se satisface con este mínimum necesario, deberá recurrirse a las fuentes que en cada caso dejaremos señaladas.

7 — Con el objeto de hacer más sencillo el desarrollo de nuestras exposiciones, vamos a adoptar un plan común, que aunque sacrifique un tanto la exactitud, contribuya a simplificar un asunto que puede volverse extremadamente complejo si, en un afán de perfección, nos proponemos seguir con fidelidad hasta las menores notas que caracterizan a los distintos sistemas. Este plan

común consistirá en dividir la materia de cada exposición en dos partes principales; la primera destinada a proporcionar una noticia sobre las disputas, fundamentos, escuelas que hayan podido influir como un antecedente inmediato sobre la constitución del sistema o dirección contemporánea, y la segunda comprenderá un breve tratado de esa dirección, referido a los filósofos que la encarnan en sus diferentes aspectos.

CAPITULO SEGUNDO

El realismo jurídico

1 — Los antecedentes del realismo jurídico. 2 — Clasificación de las orientaciones. — 3 La doctrina general del derecho y la escuela analítica inglesa. 4 — El psicologismo: Bierling. 5 — El sociologismo: Gurvitch. 6 — El positivismo jurídico francés. 7 — La posición de León Duguit. 8 — El positivismo jurídico italiano.

1 — El positivismo jurídico parece tener como antecedente un proceso de reacción contra las exageraciones del racionalismo jurídico. Los partidarios del derecho natural habían concluído por formar una filosofía del derecho, en divorcio casi absoluto de la jurisprudencia y del derecho positivo; citando hasta la autoridad de Kant se había negado a los juristas toda capacidad de comprender la más sencilla noción universal sobre el derecho, empujándolos hacia el conocimiento escueto de la ley, único campo que se les reconocía como propio; el término de este proceso fueron esas filosofías del derecho, sin derecho. A estas aberraciones del racionalismo vino a unirse el triunfo del método experimental y del espíritu positivo, que caracterizó el pensamiento de los últimos años del siglo pasado, lo que dió por resultado la constitución de los sistemas de derecho sin filosofía. Los juristas, arrojados del campo filosófico y firmes en los conocimientos concretos que les ofrecían las leyes, se volvieron sobre el derecho natural para negarlo; era para ellos caprichosas y estériles abstracciones, **Begriffspielerei,** según la calificación alemana. La expresión más alta de esta lucha contra el derecho natural la represen-

ta Bergbohm (1) ("Jurisprudenz und Rechtsphilosophie" — 1892) que ha sabido condensar y expresar de un modo concluyente todas las críticas que surgían de esta oposición; es éste para nosotros un capítulo de historia sobre la que no necesitamos insistir.

El resultado inmediato de esta contienda fué la aparente muerte de la filosofía del derecho; todo el conocimiento jurídico quedaba reducido al del derecho positivo, actual o histórico; pero, como siempre ocurre, la reacción había sido tan violenta que se cayó en la aberración opuesta, la de no reconocer otro derecho que el contenido en las leyes, la de crear una filosofía del derecho, con datos de la realidad, pero sin filosofía. La inquietud propia del espíritu no podía quedar satisfecha; tenía que plantearse necesariamente el problema del fundamento de la fuerza obligatoria del derecho, tenía que reconocer la existencia del derecho antes de la ley y fuera de la ley, y este problema ineludible volvió a situar a los juristas en el plano de los problemas filosóficos.

2 — Las escuelas de la filosofía del derecho positivo muestran, en su aspecto más elemental, los rasgos del positivismo jurídico moderno, que adquiere sus propios caracteres en tres direcciones principales: la lógica, la psicológica, la sociológica.

La dirección más estrictamente realista no se propone sino el conocimiento de las normas positivas: leyes, costumbres, instituciones y, aplicando un proceso de lógica formal, por abstracciones y generalizaciones, descubre los elementos esenciales, la noción de norma, de acción, de sanción que integran el conocimiento positivo. Vigorosa expresión de esta corriente son la "Legal Science" inglesa ("English law from the foreign standpoint", by Hans W. Goldschmidt. 1937, pág. 65) y la "Allgemeine Rechtslehre" alemana.

Hemos dicho que el simple conocimiento del derecho como legislación positiva, impone resolver, además, otros problemas fundamentales. ¿Qué es el derecho?. ¿De dónde saca la fuerza de imposición que lo caracteriza? Estos problemas han llevado a los positivistas al campo de la psicología y de la sociología. Al grupo de los psicólogos pertenece, entre otros, un

(1) "Kritik des Naturrechts", pág. 367.

jurista eminente, a quien es justo referir esta dirección; aludimos a E. R. Bierling, cuya obra fundamental "Juristische Prinzipienlehre" (doctrina de los principios jurídicos), ha aparecido en el transcurso de los años 1894-1917. En el grupo de los sociologistas debemos recordar especialmente a Jorge Gurvitch, ex-profesor de las Universidades de Praga y de Petrogrado y actual encargado de cursos en la Facultad de Letras de Strasbourg, que, por su extraordinaria actividad y su vasta cultura, ha conquistado en los últimos tiempos un sitio prominente en el campo de las ideas filosófico jurídicas contemporáneas.

3 — Las primeras manifestaciones de este nuevo estado del positivismo jurídico las podemos referir a dos celebradas escuelas denominadas "Allgemeine Rechtslehre" (doctrina general del derecho) y "Analitycal School of Jurisprudence" (escuela analítica de jurisprudencia); el rasgo común que las distingue es el de atribuirse, como único objeto de sus investigaciones, el descubrimiento de los principios fundamentales jurídicos relativos al derecho positivo. La primera nombrada suele ser referida a Adolfo Merkel ("Ueber das Verhaeltniss der Rechtsphilosophie zur positiven Rechtswissenchaft - Zeitsch. f. d. Privat und oeff. Recht". 1874) (2) y la segunda a Austin ("Lectures on Jurisprudence or the philosophy of positive law", 1879, 4a. ed.) (3).

La escuela de la filosofía del derecho positivo parte de la falsa premisa de que sólo es legítima una filosofía que se asienta sobre la realidad concebida como el mundo de la experiencia sensible; según esto el objeto de nuestra filosofía no es otro que el derecho vigente, actual o histórico y su método, la generalización y abstracción ejercitada sobre los datos de la observación; la filosofía no se distingue entonces del derecho, sino en cuanto representa un grado más alto de generalidad en el conocimiento. Conforme a estos antecedentes, la filosofía del derecho positivo no va más allá del establecimiento de los conceptos fundamentales comunes a un cierto estado de la legislación, que le ha servido de objeto de sus investigaciones, o, cuando más, a fundar una vista de conjunto del sistema legislativo.

Esta escuela hace de la filosofía una disciplina de prin-

(2) Groppali, "Il problema", pág. 196; Petrone, "La última fase", pág. 27.
(3) Roguin, "La science juridique", pág. 2, t. 1º.

cipios formales y relativos; no puede dar una sola noción con un contenido absoluto, que revele un principio incondicionado, que lo justifique. Se ha dicho bien que constituye una especie de geometría en la que, a semejanza de esta parte de las matemáticas que se ocupa de las propiedades de las formas de los cuerpos, los filósofos de la ley positiva se ocupan del análisis formal de los conceptos jurídicos, sin penetrar, lo mismo que la geometría, en la naturaleza de su contenido. Los argumentos que se dirigen contra toda filosofía positiva son aquí también válidos. Un empirismo lógico consigo mismo, no puede admitir nada que le imponga salir fuera de los hechos mismos, lo que excluye la posibilidad de toda filosofía; el positivista debe recoger hechos, analizarlos y detenerse allí (4).

4 — En la obra de Bierling ya no aparece el derecho positivo como tema único de su investigación; se reconoce la existencia de un derecho que presta fuerza y realidad a la ley. Se pregunta ¿qué es el derecho? ¿cuál es su nota distintiva? (5). Y responde: no hay derecho sino cuando un grupo de hombres asociados lo han "reconocido" como tal; luego su característica es el reconocimiento social. Analizado este rasgo se advierte que el reconocimiento es un estado de conciencia que nos hace aceptar como jurídicas determinadas formas de relación. Aquí se descubre el carácter psicológico del sistema, tenemos que fundar nuestra explicación esclareciendo el mecanismo de la formación de estos estados en la conciencia individual; cómo llegamos a prestar ese asentimiento individual.

Se ha calificado bien a esta explicación como la de un cuasicontrato; no precede al reconocimiento un acto espontáneo de voluntad, pero es un estado tácito de sometimiento a una regla. El reconocimiento **(die Anerkennung)** es **"ein dauerndes, habituelles Verhalten"**, una conducta constante, habitual.

Esta explicación del carácter impositivo del derecho resulta insuficiente; el reconocimiento de la legitimidad de una norma parece ser el carácter distintivo de la costumbre, como lo veremos en seguida y no del derecho; el derecho requiere un fundamento superior, una legitimidad por sí, que imponga el asenti-

(4) Rava, "Lezioni" — Pte. seconda, 1925, pág. 16.
(5) "Principienlehre" Wesen und allgemeine Struktur des Rechts — T. I. pág. 17.

miento con prescindencia de la adhesión individual; pero, con todo, esta posición de Bierling es para nosotros de un gran interés; plantea agudamente, como tendremos ocasión de demostrarlo, uno de los problemas esenciales del derecho como fenómeno; no está en sus "Prinzipienlehre" toda la filosofía del derecho, pero sí una parte importante, que todo filósofo debe aprovechar. (6)

5 — Ha despertado el más vivo interés, en estos últimos años, la obra del profesor Jorge Gurvitch, lo que justifica la atención con que vamos a considerarla.

La doctrina del "Ideal-realismo jurídico" como se denomina esta nueva concepción jurídica (7), está contenida en tres libros fundamentales: "L'idée du droit social" (1932) (especialmente en la introducción teórica); "Le temps présent et l'idée du droit social" (1932), y "L'experience juridique et la philosophie pluraliste du Droit" (1935); a los que pueden agregarse, por su importancia, "Morale Théorique et Science des Moeurs" (1937) y "Essais de Sociologie" (1938).

Las influencias filosóficas que aparecen más evidentes en la obra de Gurvitch se refieren a la sociología positivista de Durkheim (8), la experiencia moral de Rauh (9), al intuicionismo jurídico de Petrazycki (10) y más lejanamente al criticismo de Scheler.

El objeto del conocimiento jurídico, aun desde el punto de vista positivo, supone algo más que las normas jurídicas. El principio de necesidad que acompaña a la norma, resulta inexplicable si no se lo refiere a otro elemento que está fuera de la norma. A esta cuestión responde Gurvitch, desde un punto de vista positivo, con su teoría del "hecho normativo". "La acción empírica de una comunidad real y la acción eterna de los valores morales y jurídicos pueden ligarse por un proceso continuo; ellas participan entonces, la una a la otra, y no representan ambas sino una misma actividad creadora, considerada bajo dos aspectos diferentes. El esfuerzo y la comunión empírica participan en-

(6) Petrone, "Nueva fase", pág. 122; Larenz, "Rechts und Staatsph", pág. 5; Groppali, "Il problema", pág. 196; Cosentini: "Legislation", pág. 125.
(7) "L'idée", pág. 117.
(8) "Essais", pág. 115 y 292.
(9) "Morale", pág. 130.
(10) "Experience", pág. 153.

tonces del enriquecimiento de las ideas acciones, que por esto mismo se encarnan en las realidades sociales, se materializan en los hechos empíricos. El enfriamiento del ardor de la actividad creadora puramente moral, la disminución del movimiento y de la creación, que se producen en el dominio de la Justicia y del Derecho, son particularmente favorables a la estabilización y uniformación de esos hechos sociales empíricos que encarnan los valores creadores, y eso nos conduce, una vez más, a los hechos normativos como fuente primaria del derecho" (11). "Los "hechos normativos" encuentran su justificación jurídica en el hecho mismo de su existencia, porque ese hecho representa en sí mismo un valor" (12).

6 — El positivismo jurídico francés no ha dado un sistema tan acabado y completo que pueda servirnos para tomarlo como punto de referencia en estas exposiciones. Geny escribe muy vivamente un juicio que nos parece oportuno reproducir: "Sin embargo, no es discutible que la esencia del positivismo jurídico impregna todavía, en la hora actual, la mentalidad de un gran número de jurisconsultos franceses. La mayor parte no lo reconocen de un modo formal y se limitan a desdeñar las discusiones y los argumentos que provocarían inevitablemente la cuestión. Actitud más hábil que leal, que si bien se la ha encomiado como una prueba suprema de confianza en la causa, me parece más bien oculta la ignorancia o la superficialidad de espíritu, detrás de una pura y simple cobardía espiritual" (Pág. 224, T. 4)

El mismo autor analiza, como representante del positivismo francés en la hora actual, a G. May, G. Jezé, R. Carré de Malberg, y G. Ripert, reconociendo en este último el mérito de haber renovado, profundizado y refinado la tesis del positivismo (G. Ripert, "Droit Naturel et positivisme juridique", 1918). Con todo, la obra de Ripert no ha alcanzado las formas de una completa exposición ("Régle morale dans les obligations civiles", 1925); su afán realista sólo le permite buscar un fundamento del derecho positivo en los hechos sociales, y lo encuentra en lo que Geny llamaría el dato ideal, en esa sustancia moral que existe en todas las colectividades y que presta su fuerza al derecho; pero

(11) "Droit Social", pág. 117.
(12) "Droit Social", pág. 134.

la moral de nuestro autor no es otra cosa que el vago sentido de un valor ideal que domina la vida y se traduce en la dirección de la conducta humana. Battaglia, pág. 104; Dabin, pág. 292. El fundamento del derecho queda, con esto, rebajado hasta los límites de esa sustancia social cambiante, transitoria.

7 — Hablando del positivismo francés es una cuestión difícil de resolver si debe ser colocado aquí el análisis de un pensador tan considerable como León Duguit, cuya vasta obra y cuya incesante transformación hacen insegura la clasificación. Si hemos de atender a sus constantes protestas contra toda metafísica jurídica, a su propósito de buscar en un fenómeno natural la solidaridad, la fuente originaria del derecho, de la que surgen en las relaciones de la vida social las normas jurídicas, no vacilaríamos en colocarlo entre los realistas; pero no ha de olvidarse que su positivismo lo lleva a reconocer que no hay más realidad que la conciencia individual y a que el derecho se funda en el sentimiento de justicia, elementos subjetivos que comprometen la unidad de su positivismo y lo empujan hacia una especie de idealismo absoluto. No queremos intentar una consideración de su obra que hemos realizado en otro lugar ("Lecciones de Filosofía del Derecho" (1923), pág. 27); basta esta ligera referencia para dar testimonio de la consideración que merece su vasta y penetrante obra, mucho más importante, sin embargo, desde el punto de vista de la crítica de las instituciones jurídicas, que de la construcción de su sistema filosófico. (Piot, pág. 28; Geny, T. II, pág. 191; T. IV, pág. 159 — Fragueiro, "El positivismo jurídico contemporáneo", 1929; Id. "Il fondamento sociologico del diritto", 1929).

La solución queda suficientemente clara en los párrafos transcriptos. El derecho es una formación social en la que se liga la acción empírica de una comunidad real a la acción eterna de los valores morales. Sin duda, puede anticiparse, eso es lo que es el derecho efectivamente, pero ¿cómo puede salir de esta realización empírica la fuerza de una necesidad moral tal como se presenta en los hechos?

Los hechos normativos se conocen por una intuición directa, que da fundamento a un "derecho positivo intuitivo", que aparecería con caracteres semejantes al del derecho natural, si no

nos dijera que aquél es un derecho positivo, "una realidad empírica espontánea" (13).

La doctrina del derecho social supone dos derechos positivos; el de las normas vigentes y el intuitivo; dos fuentes: la actividad del Estado y la formación de los hechos normativos sociales y, como consecuencia, la operación lógica de la interpretación de la ley debe volverse a la indeterminada intuición de los hechos normativos (14); pluralismo que si bien supera al estricto sociologismo y al normativismo monista, no alcanza a dominar todos los elementos que componen el derecho.

El derecho social no alcanza, como se ve, en último término, a constituir una filosofía del derecho, sino simplemente una teoría del derecho positivo, sobre fundamento sociológico; así se explica que haya podido sostenerse un paralelismo muy acentuado con la concepción sociológica de Renard (Bobbio, "Instituzione e diritto sociale", en "Riv. Int. de Fil. del Dtto.", 1936, pág. 385, y Renard "Thomisme et droit social", 1934), y que al mismo tiempo se haya tratado de conciliarlo con el normativismo de Kelsen. (Legaz Lacambra, "Il problema autonomia-eteronomía nel diritto", en "Rivista" (1936), pág. 355 y sus referencias posteriores. Ver además: Saboia de Medeiros "Stromata" 1. (1938, pág. 116).

8 — El positivismo jurídico italiano contemporáneo, puede ser representado por Miceli y Falchi, ya que no hemos de referirnos dentro de las actuales corrientes, a Ardigó o Vanni. El positivismo de Miceli, cuyas "Lezioni" (1908 - 1910, 4 vols.) resumidas luego en sus "Principii", (1a., 1913; 2a., 1928) han ejercido tan honda influencia, reposa en su afirmación de que el derecho es un producto de la conciencia colectiva; según esto, su conocimiento es sólo susceptible de un concepto empírico; rechaza así la posibilidad de una filosofía del derecho para fundar tan sólo una teoría general del derecho. El presente manual, escribe ("Principii", pág. IX) se dirige precisamente a exponer, en sus líneas generales, esta disciplina superior. Para una exposición y crítica, véase: Poggi, "Il concetto", pág. 14.

En la obra del profesor Antonio Falchi, comienzan a desva-

(13) "Experience", pág. 116.
(14) "Le temps présent", pág. 213.

necerse las líneas precisas que delimitan al positivismo. Falchi es un espíritu profundamente filosófico, que trata de infundirlo dentro de los fríos esquemas del empirismo y del evolucionismo; su posición representa un momento de pasaje del puro positivismo hacia el criticismo. Así se explica que escriba Poggi, pág. 40, que Falchi es superior, por profundidad y amplitud de miras, a los positivistas alemanes; él ha visto, ha comprendido las exigencias verdaderas del criticismo y no podrá sustraerse a ellas (15).

Véase: Saldaña, "La última fase del positivismo jurídico en Italia", en "Rev. Gen. de Leg. y Jurisp.". febr. 1935, pág. 41.

CAPITULO TERCERO

Racionalismo jurídico

1 — Antecedentes del racionalismo. 2 — El racionalismo tomista. Sus aspectos modernos. 3 — Derecho natural ético religioso: Cathrein. 4 — El derecho natural progresivo: Renard. 5 — Derecho natural ético-jurídico: Dabin.

1 — Los antecedentes del racionalismo jurídico, en el sentido de un derecho natural, podemos hacerlos remontar hasta la más lejana antigüedad. Concretamente, desde que los sofistas entre los griegos se plantearon el problema moral, debió aparecer una especie de dualismo, entre lo que corresponde al mundo físico, que se presenta como sometido a reglas y leyes fijas e inmutables, y lo que corresponde al mundo moral que aparece como un campo de espontaneidad no sujeto a leyes semejantes a las que rigen la naturaleza. Planteada esta especie de dualismo, debió aparecer en la observación del derecho la noción de un derecho positivo, real, y de un derecho ideal, perfecto, conforme

(15) Batino, ("Doctrines Juridiques Contemporaines en Italie", 1939, pág. 65), agrega: En 1910, Falchi soportó su crisis idealista. Como él lo manifiesta, en sus obras anteriores, el dominio incontestado del positivismo, está ahora obligado a reconocer la potencia nueva del idealismo; él no se queja, busca solamente de sacar de ese hecho una lección. De una manera semejante explica la evolución de las ideas de Alejandro Levy, y concluye diciendo: "El positivismo se extingue con Falchi y con Levy" (Pág. 71).

a leyes inmutables. Esta contraposición resume, en cierto sentido, toda la tragedia de la filosofía del derecho, de modo que podría hacerse su historia, que sería a la vez la historia de nuestra disciplina.

En los primeros tiempos de la cultura cristiana, este dualismo debió atenuarse hasta desaparecer anegado en la creencia en Dios, que todo lo llena; la frase **"Credo, quia absurdum"**, atribuída a Tertuliano, es una síntesis expresiva de ese estado. En los tiempos de San Agustín, la fe está puesta al servicio de la razón, en el sentido que expresa el lema agustiniano, **"Credo ut intelligam"**; es preciso creer para entender. San Anselmo llama a la inteligencia en auxilio de la fe, que parece debilitarse o que se fortifica con su concurso. **"Fides querens intelectus"** se decía para expresarlo. Por fin, ya en el mayor esplendor de la doctrina, Santo Tomás encuentra el equilibrio entre la fe y la razón, entre la fe ciega y la razón evidente, entre lo que es sobrenatural y lo que es propio del hombre, aunque dentro siempre de la realidad absoluta de Dios. Desde entonces los principios de la razón se hacen conciencia en el creyente y nace así la corriente inagotable de este racionalismo de raíz profundamente teológica. La obra de los tiempos modernos fué la proclamación de la independencia y la capacidad de la razón humana para descubrir por sí todas las verdades. En el "yo pienso" de Descartes está contenida la revelación del descubrimiento del hombre individual; con esto parece quedar sepultada la corriente racionalista, que venía de los tiempos medios y fundado el principio de la ciencia humana. Es preciso ligar a este proceso, que recordamos en una síntesis más que esquemática, el racionalismo jurídico de nuestro tiempo; ya veremos en qué medida las corrientes antiguas vuelven a renacer en nuestros días. Véase: Ortega Gasset, "Las etapas del Cristianismo al racionalismo", en el diario "La Nación" (marzo de 1934).

2 — La razón natural del hombre del Renacimiento había llevado al triunfo del espíritu positivo, pero no había alcanzado a disipar los profundos misterios de la vida; el desencanto ante este fracaso impuso al hombre contemporáneo la necesidad de volver a plantearse esos problemas en un plano distinto al que los había colocado esa razón natural independiente; así se ve que ese racionalismo ético religioso de los tiempos medios vuel-

ve a restaurarse y a mostrar un largo florecimiento que se acusa en nuestro campo, en lo que se ha dado en llamar el renacimiento del derecho natural, que si bien contiene elementos a veces no absolutamente concordantes con aquella dirección, no puede disimular la autenticidad de su origen.

Esta antigua corriente de ideas tiene en el pensamiento actual, en el campo de la filosofía del derecho, representantes de un gran valer; los caracteres con que se presentan sus sistemas en nuestros días, no son sino reproducciones, según el modo peculiar de nuestros tiempos, de las antiguas escuelas.

Este racionalismo jurídico se liga inmediatamente a las doctrinas de Santo Tomás de Aquino. El tomismo tiene un carácter predominantemente ético, que lo lleva a tratar del derecho en un capítulo de la filosofía moral. La tendencia de todos los seres es hacia la perfección, hacia la plenitud de su naturaleza, y en el hombre, en especial, hacia el bien; así se revela el principio de la finalidad en el orden de la vida. La inteligencia que conoce el bien, impone apetecerlo. Hay, según esto, una ley que gobierna toda actividad: la ley eterna, que es el ordenamiento de todas las creaturas y de su actividad al fin concebido por la divina sabiduría. La ley natural, que no es otra cosa que la luz del intelecto puesta por Dios en nosotros, y por la que conocemos lo que es preciso hacer y evitar; la ley eterna se hace natural y se vuelve en el hombre conciencia moral. La ley es, según Santo Tomás, "cierta ordenación de la razón al bien común, y promulgada por el que tiene el cuidado de la comunidad" (Cuestión XC, art. IV, T. II, "Suma Teológica", Trad. Aparicio, pág. 600). El derecho natural es la participación de la creatura racional en la ley eterna, con lo que parecería identificar la ley y el derecho natural. (Ver Sertillanges. "La philosophie moral de Saint Thomas d'Aquin", nota 2, pág. 236). El derecho es el objeto de la justicia que se define como "el hábito, según el cual alguno con constante y perpetua voluntad da a cada uno su derecho" (Cuestion 58, art. 1; T. 3, pág. 359). El carácter ético racional queda suficientemente justificado con las precedentes transcripciones; sin embargo el sentido de la ley humana, que admite la variabilidad según la influencia de las pasiones, el desigual desenvolvimiento de la razón, las luces de la civilización, la diversidad de los ambientes, de las situaciones, de las circunstancias, así como la noción de bien común, abren un ancho campo a la consideración

de los aspectos sociales del derecho (Chiochetti, "S. Tomaso", p. 77).

Dentro de esta dirección general pueden descubrirse, aun entre los que proclaman su adhesión incondicional a las doctrinas tradicionales, multitud de tintes o colores, que nacen de la aproximación, consciente o no, a otras direcciones modernas que han encarnado en el pensamiento contemporáneo; algo de nuevo se ha conquistado en el combate secular por la verdad y no es posible que el hombre llegue a prescindir de estos fundamentales aportes de la cultura. No cabe en nuestro intento detenernos a puntualizar estas variaciones de la doctrina; nos basta considerar aquellos aspectos que a nuestro juicio, y en nuestro propio campo, deben ser recordados. Según este criterio se descubren tres direcciones fundamentales; la primera es un florecimiento de viejos troncos del racionalismo teológico (1), la doctrina del derecho natural ético religioso; la segunda tiene un carácter sociológico racional, que podemos referirlo al sistema de un ilustre pensador francés, Georges Renard, cuya doctrina se la suele denominar derecho natural de contenido progresivo, y la tercera, de carácter marcadamente jurídico parece tender a independizarse del racionalismo, para crear una teoría del derecho positivo; tomamos como expresión de esta tendencia la obra del profesor Jean Dabin.

Para informar sobre el valer y la vitalidad de dicha doctrina, bastaría recordar la preocupación constante que impone, como resulta del hecho de que publicaciones periódicas de gran autoridad, como los "Archives de Philosophie du Droit et de la Sociologie Juridique" año 1933, Nº 3-4, que cultivan el campo opuesto, le hayan dedicado una entrega completa a su consideración, y de la aparición constante de obras inspiradas en sus direcciones (2).

---

(1) Nos referimos en esta dirección a Cathrein y no a otros como Valensin, "Traité de Droit Naturel" (1922) o Leclerq, "Lecons de Droit Naturel" (1927), porque no obstante que el aspecto de estos los mostraría como más modernos, encontramos en la obra del primero una sustancia más abundante y honda y un sistema más completo.

(2) Bastaría recordar: Lachance, "Le concept de droit selon Aristote et S. Thomas" (1933), en que se ahonda en el sentido sociológico de la concepción tomista; Falcherbe, "La justice distributive" (1934); Olgiati; La riduzione del concetto filosofico di diritto al concetto di giustizia (1932), y en nuestro país, Casares, "La Justicia y el Derecho", Buenos Aires, 1935; Meinville, "La Concepción Católica de la Política", 1932;

3 — La concepción racionalista ético - religiosa tiene, entre numerosos expositores, un representante de gran valer: el sacerdote jesuíta Víctor Cathrein. Ya se comprenderá que no ha de haber en la doctrina de éste nada que lo separe de la antigua tradición católica, renovada desde la encíclica **Aeterni Patris** (1879), que aconsejaba seguir las enseñanzas de Santo Tomás de Aquino.

El carácter ético religioso del sistema de Cathrein está de manifiesto en sus obras; el derecho es para él "una parte esencial del orden moral ("Filosofía", pág. 261); así se explica que su obra fundamental "Moralphilosophie", lleve como sub-título "Una exposición científica del orden moral, comprendiendo el jurídico", y que su obra especial sobre el derecho "Recht, Naturrecht und positives Recht", que ha sido traducida al castellano bajo el título de "Filosofía del Derecho" (Jardón y Barja, 1916) no sea, en definitiva, otra cosa que el libro octavo de la parte primera de la "Moralphilosophie". El orden moral se muestra en las relaciones jurídicas bajo el aspecto de derecho natural. El derecho natural encuentra su fundamento primario en su absoluta necesidad para la sociedad humana. "Para todo el que cree en Dios, está claro que no podía el Creador dejar a los hombres sobre la tierra, sin darles lo que para su conservación y desarrollo les es universalmente necesario. Y a esta categoría pertenece el derecho natural". ("Fil. del Derecho", pág. 203). E insistiendo en otro lugar sobre este fundamento teológico, sienta la proposición de que "todo derecho, al menos indirectamente, proviene de la voluntad de Dios". ("Filosofia morale", trad. ital., pág. 622, T. 1). Tratándose, como se ve, de una concepción ética, su tema fundamental debe ser el de la justicia, concebida como una virtud fundamental.

El derecho natural ético religioso es en sí mismo el más consecuente y lógico, pero exige contar con un elemento personal e intrasmisible por el raciocinio: la fe en una creencia particular; es esto lo que hace su debilidad y al mismo tiempo le crea una

---

y Río "Perspectivas actuales del Derecho Natural", Buenos Aires, 1939. En nuestro propio ambiente local, bajo la influencia de la dirección filosófica racionalista se inicia una fuerte corriente, de la que participa el ilustrado profesor de filosofía Dr. Martínez Villada — Véase además: De Anquín, "Un aspecto de la neo-escolástica".

vitalidad y una fuerza invencible. (Geny, "Science et Technique", T. II, pág. 264; nuestras "Lecciones", pág. 58).

Es oportuno transcribir aquí las palabras finales del juicio que Geny pronuncia sobre la posición de Cathrein, en las que sintetiza todo lo que puede decirse para demostrar las exageraciones en que incurren los que pretenden obtener por la razón un contenido material, universal e incondicional del derecho; la autoridad y la insospechable serenidad de Geny dan ciertamente mayor valer a sus conclusiones. "Los partidarios del derecho natural están muy fuertes, se muestran como verdaderamente invencibles, cuando se limitan a desprender los principios y el contenido esencial de la justicia, de la cual la razón nos impone un mínimum inevitable. El peligro de la doctrina está en sobrepasar demasiado fácilmente este mínimum, sólo absolutamente racional, y de pretender resolver, por medio del derecho natural, las hipótesis más menudas que ofrecen al jurista las múltiples relaciones de la vida social; entonces se cae, necesariamente, en otras disciplinas infinitamente complejas, matizadas, particulares. Es imposible aspirar a una universalidad rígida e inmutable. Se debe sufrir la variación y la movilidad de las contingencias". "Science et Technique", T. II, pág. 350.

4 — La obra de Georges Renard ha adquirido en Francia, en los últimos tiempos, una significación extraordinaria; basta para comprobarlo recordar que los "Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique" en su primer número (Cahier 1 — 2, 1931) dedica una atenta consideración a la crítica de la doctrina de Renard (3).

Los fundamentos filosóficos de esta doctrina difieren poco de los del derecho natural clásico. La noción de un orden universal, que se revela en la naturaleza por la ley física, en el individuo por la ley moral y en la sociedad por el derecho natural, es una de sus premisas fundamentales. Este orden o principio jurídico debe ser revelado por la razón, para servir de inspiración y modelo al derecho positivo. El aspecto original de la concepción de Renard no se presenta con tanta claridad como para estar seguro de

(3) Se advierte en la nota preliminar, que este fascículo está consagrado, en gran parte, al estudio de la "Institution" en memoria del decano Hauriou; doctrina que tiene en Renard al más autorizado continuador.

traducirla fielmente, sin embargo parece radicar en la afirmación de que el orden está contenido en la razón, en cuanto lo conocemos, y como la razón es una facultad progresiva, el derecho natural, en cuanto inmanente en la razón, es también progresivo (Piot, pág. 150) (4). Sería útil meditar este importante pasaje. "El derecho natural será inmanente en la naturaleza humana en el sentido de que ésta posee una facultad propia para descubrir los primeros principios que constituyen la base común y necesaria de todo sistema de derecho positivo. Sólo que esta inmanencia no excluye la trascendencia. El derecho natural es un dato de la razón humana, pero la razón humana no se cierra sobre sí misma; es la imagen de una Razón suprema y es esta Razón suprema la que escrutamos en nuestra propia razón, como los niños miran el sol en un cubo de agua. La imagen es inmanente, pero la realidad es trascendente. El derecho natural, ha escrito muy exactamente uno de los maestros de esta escuela, "no consiste solamente en la idea que nos hacemos de él; hay una verdadera realidad, sus condiciones se encuentran fuera del espíritu que lo concibe" ("Le droit, l'ordre et la raison", pág. 266). Nos parece difícil evitar la contradicción que resulta entre un orden natural trascendente, perfecto, inmóvil, que la razón descubre, y un derecho natural progresivo. Sin embargo, dice Renard: "El derecho natural progresa, primero desenvolviendo las virtualidades inclusas en su propio principio; progresa luego, asimilando los medios históricos que él tiene la misión de someter al orden" (pág. 126).

La parte, sin duda, más interesante de la doctrina de Renard, y al parecer la más firme y fecunda, es la relativa a su concepción de institución. Partiendo del punto de vista expuesto por Hauriou, que definía la institución como "una idea de obra o empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social"

---

(4) Merece una consideración especial, que en otra ocasión hemos de dedicarle, el esfuerzo del prof. Alfredo Fragueiro, que en su reciente monografía; "Derecho Natural de contenido progresivo" (Córdoba, 1939) se propone dar a la dirección jurídica racionalista una estructura más flexible y mayor contenido vital. "El orden jurídico, nos dice, es esencialmente orden moral que se concreciona con la idea del semejante o del alter ego, Se advierte entonces que el elemento esencial y común a la Moral y al Derecho está representado por una actividad individual en el sujeto, una actividad o impulso del centro a la periferia, que tiene la capacidad de progresar, en cuanto enriquece su comprensión, y de ser en su naturaleza, activa continua, e indivisible, no permitiendo la diferenciación específica entre el sujeto de la Moral y el sujeto del Derecho" (Pág. 9).

("Aux Sources du Droit", pág. 96) y desarrollando la teoría del bien común, según Santo Tomás, ha tratado de ofrecer una fórmula que disuelva el antagonismo entre individuo y sociedad, entre el individualismo en decadencia y el sociologismo poderoso, entre la anarquía y la tiranía.

Renard define a la institución diciendo que es "un organismo que tiene fines de vida y medios de acción superiores en poder y en duración a los de los individuos que la componen" ("La théorie de l'institution", pág. 168). No hay duda que esta doctrina, como dice Geny, "estaba en el aire" ("Archives de Philosophie du Droit", (1931), pág. 34); nos parece tan familiar y corriente el hablar de que el derecho sea la integración de una idea, una comunión de todos los miembros del grupo, que no es fácil percibir cuál es la nota de originalidad que distingue a la doctrina, si no fuera que en su desarrollo se tratara en este sociologismo, de salvar los fueros del individuo, concibiendo el orden jurídico como espiritualistas cristianos (Morin, "Archives", pág. 82).

No sabemos hasta dónde ha quedado fiel esta doctrina a los principios de la filosofía tomista; la cita que el mismo Renard hace de un pasaje del padre Sertillanges, donde éste dice "no basta reeditar el tomismo y defenderlo agriamente; es necesario refrescarlo. El tomismo ya no está todo entero en Santo Tomás, ni el catolicismo en el Evangelio ni en el grano de mostaza el reino de los cielos" ("L'institutión", pág. 71) nos hace crecer en la incertidumbre. Lo que parecería más claro es que se trata de desarrollar las virtualidades contenidas en aquella filosofía (5)

5 — Dentro de la corriente ética jurídica del derecho natural, hay expositores modernos que merecen, por más de una consideración, un recuerdo especial; puedo referirme, como ejemplo, al jurista belga Jean Dabin, profesor en Lovaina y a su reciente libro "La philosophie de l'ordre judirique positif spécialement dans les rapports de droit privé", 1929. El profesor Dabin parte de la noción clásica. "Desde luego, dice, el derecho natural deriva de la naturaleza de las cosas, y en par-

---

(5) El aspecto filosófico de la doctrina de la institución empieza a interesar vivamente entre nosotros. Véase el importante trabajo de Aftalión y García Olano, "La teoría de la Institución" (1935), y el de Laplaza, "La teoría de la Institución y la teoría de la causa en los Contratos" (1935).

ticular de la naturaleza humana. En la naturaleza humana espiritual y temporal, en la carne y en el espíritu del hombre se encuentra grabada la ley de su conducta, los principios directivos de toda su actividad" (Pág. 259). Lo que tiene de específico esta concepción es la separación más acentuada entre el derecho natural moral y el derecho jurídico positivo; sólo el primero es capaz de alcanzar principios absolutos y universales, el segundo se inspira en el bien común (6). Pero se advierte que el derecho natural moral sería incapaz de fundar principios con contenidos aptos para servir como normas a la conducta; a fin de llenar ese vacío, sostiene que la moral católica tiene "títulos" para proporcionar ese contenido. (Bonnecase. pág. 108; Piot, pág. 129).

La separación entre el derecho natural metafísico y el positivo se acentúa en "La technique de l'elaboration du droit positif" (1935), libro inspirado en la obra de Geny, en el que con menoscabo para la filosofía se explica el derecho positivo como una disciplina social exterior, inmanente a la institución en los grupos de hombres. (pág. 10), tendencia que parece confirmarse en su reciente "Doctrine Général de l'Etat" (1939), en la que se descubre alguna influencia tomista en las estructuras formales principalmente.

CAPITULO CUARTO

Idealismo jurídico

1 — Antecedentes filosóficos. 2 — Aspectos modernos del idealismo. 3 — Filosofía de la cultura: Kohler. 4 — Filosofía del valor: Sauer. 5 — Totalitarismo jurídico. 6 — Expresiones italianas del idealismo: Croce, Gentile, Maggiore. 7 — Consideraciones críticas.

1 — La actitud idealista parece venir como de una necesidad espiritual, impuesta por el propósito de llenar el vacío que dejan en el conocimiento el positivismo y el racionalismo a que acabamos de referirnos. Estas soluciones extremas nos llevan a con-

(6) "Ordre Juridique", pág. 34.

clusiones que no pueden satisfacer; el positivismo tiene que imponer la negación de todo principio permanente y universal, de toda sustancia, para mostrarnos tan sólo las normas positivas, leyes o códigos, que excluyen por sí la posibilidad de un saber estable; el racionalismo, en su afán subjetivista, llega a fundar códigos de razón, asentados en la simple evidencia, que nos hacen menospreciar y olvidar los verdaderos códigos que la realidad nos ofrece. La solución del problema del conocimiento no puede alcanzarse según sistemas que sacrifiquen la realidad en homenaje a la razón, o que nos impongan renunciar a todo conocimiento verdadero, sumiéndonos en la multiplicidad de los hechos. Frente a estas posiciones, una crítica seria descubre que hay efectivamente un elemento universal, permanente, que está por encima de las transformaciones de los hechos y, a la vez, que se observa un proceso y transformación constante; es decir, que toda solución debe contar con estos dos aspectos de lo real. El idealismo ha pretendido ver a la realidad en el espíritu y a éste mostrándose en la realidad, modo de solucionar el dualismo de lo real y de lo racional en una actitud especulativa, no exenta de violencia, según la que transformamos los elementos de la oposición para hacerlos entrar en un lecho común.

2 — Las modernas concepciones del derecho, de sentido idealista, reconocen la influencia predominante de Hegel. La vuelta de los modernos hacia el hegelianismo tiene un fundamento manifiesto. Después de Kant, la realidad empírica parece desaparecer para ser sustituída por una realidad ideal, inteligible; el problema de la fusión del concepto finito y el ideal infinito fué intentado por Hegel en su método dialéctico, cuyo proceso va desde la realidad finita, a través de sus negaciones, de las afirmaciones de lo que no es, hasta la afirmación de la universalidad de su naturaleza. "Los opuestos se niegan en su universalidad, pero se unen por aquello que el uno tiene y el otro no. Por eso no se anulan sino que se completan y forman un nuevo concepto más rico y comprensivo". "La realidad, a la luz del proceso dialéctico, se nos revela, no como sustancia inmóvil, idéntica a sí, sino como realidad discorde, en movimiento, en perenne desarrollo, que tiende de continuo a distinguirse, a contraponerse para reasumirse en unidad más alta. (Solari, "Appunti", pág. 104).

No es dudoso que esta actitud, que en último resultado nos hace fijar la atención sobre la experiencia, sobre el movimiento, sobre el proceso, sobre la historia, se conforma muy bien al modo de ser contemporáneo, a la imagen mecánica del mundo. Es claro, que en este idealismo no se alcanza a la realidad infinita universal, a la sustancia, que vive entre las redes de la constante transformación, asomándose a instantes para desaparecer en seguida; de ahí que estos neohegelianismos van a desembocar en un materialismo más o menos crudo. El tiempo, la trayectoria del móvil, hecha abstracción de todo cuerpo que se mueve, según la imagen que suele repetirse, resulta, en último término, el objeto de sus preocupaciones. Pero no olvidemos que en el hegelianismo estaba también contenida, junto al método dialéctico, la afirmación del absoluto, de la idea, que se manifiesta primero en la naturaleza, después en el espíritu y luego vuelve sobre sí misma. Proceso e idea integran la concepción, en sus términos más elementales.

Los nuevos hegelianos parten de la afirmación de la escuela que hace considerar el proceso de las transformaciones como manifestaciones de un principio ideal absoluto, que es como la esencia de todo lo existente; unos buscan dar un contenido a este principio, que algunos como Kohler lo ven en lo que denominan cultura; otros, bajo la influencia concurrente de Leibnitz, como Sauer, lo han pretendido definir como una mónada de valor (**Wertmonade**); otros, en fin, atendiendo más que al contenido de la idea, a su proceso, buscan en el espíritu de la historia y no en los hechos, como Fritz Münch (1), la revelación de la sustancia fundamental del derecho, creando una especie de filosofía de la historia. En estas dos tendencias podemos ver compendiados los caracteres modernos del hegelianismo.

---

(1) La obra del profesor Münch, que ha sido prematura y repentinamente interrumpida por la muerte, vale más por la sugestión que provoca, que por la efectiva labor cumplida. La preocupación capital de Münch lo lleva a procurar esclarecer el proceso de la idea, como valor, más que a fijar su contenido. El derecho nace en el proceso de la cultura y es en relación a ella, "conservación y seguridad de los estados culturales alcanzados contra la caída en estados inferiores, así como de la posibilidad de sus ulteriores desarrollos" ("Kultur und Recht", pág. 34). Se define así el derecho por los fines que cumple, no por su sustancia propia sino en función de la cultura. El derecho racional es la constitución racional del derecho cultural, su estructura lógica; la lógica jurídica es parte de la lógica de la cultura. Como se ve se trata más de establecer las relaciones entre el derecho y la cultura como idea, que de fijar el sentido y el concepto propio del derecho.

3 — Según lo que dejamos expuesto, la primera corriente neo-hegeliana podemos referirla a Kohler y a Sauer.

El devenir hegeliano es el proceso de la idea como esencia de las cosas, es como un plan divino que se cumple y nos encamina hacia la idea absoluta; los neo hegelianos, como Kohler, aspiran a dar precisión a la noción de idea y la explican con la representación de la cultura. Según esto, resulta que la vida de la humanidad es sólo un proceso de evolución, movido eternamente por una fuerza inmanente que lo empuja en una indefinida transformación. La cultura, que llena este proceso, debiera ser precisada en una noción clara y comprensiva, pero como no es en la mente de sus defensores nada concreto y real, sino una simple imagen romántica, cuando tratan de definirla recurren a expresiones vagas, à simples apariencias capaces de evocar sentimentalmente, pero no de precisar un concepto. Kohler define la cultura como "la evolución de las fuerzas contenidas en la humanidad, hacia una forma predefinida de humanidad" o como "corriente continua de magnificencia divina, con el fin de realizar las aspiraciones de Dios". ("Fil. del Derecho", pág. 23).

Toda obra del saber humano, en consecuencia, debe moverse en la única tarea posible: la de reconstruir ese proceso de cultura; para ello es indispensable partir de la afirmación de la realidad del tiempo y del espacio. "Tiempo y espacio dominan en el mundo fenoménico; ellos no son apariencias sino realidades" ("Fil. del Derecho", pág. 10). De esto se desprende que todo el saber viene a resumirse en la historia. Si la metafísica enseña que hay un pensamiento inmanente en el universo, que es como un plan divino que las cosas van revelando en su eterno proceso; si el conocimiento no puede aspirar a poseer ese pensamiento, todo nuestro saber queda contenido en la historia, que nos muestra, a través del tiempo, en el espacio, las formas

---

Tratándose de la lógica del proceso es natural que la parte más interesante de la exposición de Münch sea la que se refiere a su filosofía de la historia, que abraza una lógica (doctrina de los conceptos históricos) y una ética (doctrina de las ideas y valores) de la historia, que no es propiamente del derecho y que por tanto no nos interesa directamente. Es lo cierto, como dice Larenz (pág. 63), que Münch sostiene que el derecho sólo puede ser entendido en su idea, cuyo asiento debe encontrarse en el sistema del valor de cultura; pero el problema del contenido de ese valor lo deja sin solución. Véanse además: Recaséns, "Direcciones", pág. 196; Banfi, en "Rev. Int. di Fil. del Dtto." (1926), pág. 229, "Il problema epistemologico nella filosofia del diritto e le teorie neokantiane".

sucesivas adoptadas por ese pensamiento y que nos permite trazar la evolución ideal. Es así como este hegelianismo viene a ser una filosofía de la identidad, que funde en uno el problema del ser y el conocer, la unidad y la pluralidad, el ser y el no ser **(2)**.

4 — Sauer aspira a penetrar más hondamente en el contenido de la cultura que revela la vida histórica y la ve como una suma de valores absolutos: la exactitud, la verdad, la belleza, la justicia, la moralidad, la santidad ("Fil. jur. y soc.", pág. 123) hacia los cuales se orienta la cultura. Sauer también define la cultura en el mismo tono sentimental de Kohler. Cultura significa — escribe — cultivo, perfeccionamiento, ennoblecimiento, aspiración progresiva, superación de la naturaleza, tránsito del estado natural a un estado social realizador de valores. Cultura es exaltación de la vida a una vida más valiosa (Pág. 117). Lo que parece presentarse en Sauer con un acento de originalidad, es su concepción sobre la mónada de valor, representación más profunda de la esencia de la cultura, con la cual ligándose a Leibnitz por la representación de una sustancia simple que éste llamaba mónada, Sauer define la mónada-valor, diciendo: **"Die Wert-Monade ist das Ergebnis eines Werturteils; sie ist der vergegenstaendliche Niederschlag dieses Urteils, sie ist objektivierter Wert. Der Wert haftet also nicht den Dingen an, der Mensch macht das Ding erst zu einem werthaften oder zu einem wertlosen oder zu einem neutralen."** "Grundlagen der Gesellschaft." (Pág. 42). (La mónada de valor es un producto de un juicio de valor, es el precipitado representativo de ese juicio, es un valor objetivo. El valor no está agregado a las cosas, recién el hombre las hace valiosas, o las desvaloriza o las mira como neutrales) (3).

5 — Dentro de la corriente del pensamiento idealista, aunque con un acentuado tinte materialista y pragmático, debe situarse al poderoso movimiento político de los Estados totalitarios.

---

(2) Véase: Temas complementarios: III. El idealismo de Josef Kohler.
(3) Legaz Lacambra en el prólogo que antepone a su traducción de la "Filosofía Jurídica y Social" de Sauer (Editorial Labor, 1935) ha expuesto una apreciación crítica de esta concepción de una admirable justeza y penetración.

El totalitarismo se caracteriza por una concepción romántica e hipertrófica de la comunidad, que se opone al extremo individualismo de ciertas organizaciones y doctrinas. Las expresiones políticas en que se manifiesta, se distinguen entre sí más por la extensión que dan a sus afirmaciones, que por su contenido sustancial, que es en todas fundamentalmente el mismo. La comunidad política del Estado fascista italiano; la comunidad popular, de sentido racial, del nacional socialismo alemán, y la comunidad económico social del comunismo autoritario ruso, son manifestaciones de un solo principio que colocan los destinos de la colectividad, concebida como un mito, como fines supremos humanos a los que subordinan la totalidad de las tendencias y fines particulares de los individuos.

El totalitarismo hunde sus raíces más hondas en el idealismo alemán de tipo hegeliano, que le presta esa apariencia espiritual que disimula el crudo materialismo en que se asienta. Los fundamentos del Estado fascista no se refieren a ningún elemento real; la latinidad, como un símbolo, no se encarna ni en los hechos de la tradición ni en el espíritu público del presente, es un agente inmaterial que mora y se manifiesta en el jefe del Gobierno. De la misma manera la comunidad del pueblo alemán (**Volksgemeinschaft**) reside en la raza, no concebida con un carácter de antropología natural sino como un mito que encarna en el conductor del pueblo (**Führer**) y da origen a toda una teoría de la conducción (**Führung**) que constituye la doctrina del gobierno. En este enorme y poderoso mito, el pueblo alemán representa la sangre, el Estado el cuerpo y la Nación el alma de esta ficción alegórica.

Una representación elemental de la concepción totalitaria del derecho exigiría, por lo menos, referirnos a su noción, a sus fuentes, a su realización. En el nacional socialismo no hay más que el derecho absoluto de la "comunidad del pueblo", todo principio de derecho subjetivo individual desaparece; la enseñanza se ve obligada a renunciar a la sabiduría romana, que fué acrecentada y esclarecida en el siglo pasado por el esfuerzo alemán. La fuente única del derecho reside en el espíritu mítico popular (**Volksgeist**), cuyo intérprete supremo e infalible es el jefe del Estado; lo que éste proclama, no debe ser obedecido porque es conforme a razón sino simplemente porque sus expresiones son manifestaciones del espíritu absoluto del pueblo que encarna en

él. La realización del derecho se hace, naturalmente, fuera de la ley, con la que no cuentan para nada; es ese mismo espíritu, del que debe participar el juez, el que ha de asegurar una justicia perfecta. Esta manera de realización del derecho es algo más que el famoso **Freiesrecht** (derecho libre) de las antiguas escuelas, porque lo liga en un sentido de justicia no universal sino racial, excluyente.

Los totalitarismos son, ante todo, expresión de un movimiento político que va creándose según las exigencias de la ley del éxito; es por eso que son rebeldes a entrar en una ordenación sistemática de ideas; no se ha concluído de intentar una interpretación de sus fundamentos cuando ya es preciso detenerse a rehacer o corregir la construcción; así se explica que aquellos que son tenidos por voceros del sistema, un instante después caen en la censura, y se los condena a silencio, cuando el giro de las ideas llega a poner un límite al absoluto del poder; puede servir de ejemplo el "decisionismo" de Carl Schmitt, que tendía a elevar por encima de la norma el valor de la actividad jurisdiccional que la realiza, lo que haría repartir en la autoridad, el poder que sólo corresponde al Conductor. La voz de Schmitt se apaga para que sea posible escuchar la de Reinhard Hoehn que enseña una especie de negación del Estado en el sentido de personalidad, porque resulta incompatible con la noción de comunidad del pueblo alemán.

Como puede advertirse no es fácil empresa la de intentar una apreciación crítica de este movimiento, precisamente en el instante en que se revela su potencia arrolladora frente a la descomposición y a la debilidad de los pueblos de Europa, y cuando en medio del desorden se propaga una confusión que oscurece todos los horizontes, pero no podemos dispensarnos del deber de anticipar, por lo menos, algunas reflexiones. Si hemos de juzgar a estos totalitarismos desde la perspectiva política con que se ofrecen, podemos afirmar, sin hesitar, que se asientan sobre una filosofía moral que niega el espíritu individual, sobre una filosofía social que niega la humanidad, sobre una filosofía política que niega la libertad; porque no es otra cosa lo que significa desconocer la personalidad humana y tratar a los hombres como un elemento material al servicio de la comunidad; reconocer sólo a los hombres de su raza el derecho a la plenitud de la vida, imponiendo a los demás una dominación que los esclaviza y procla-

mando un régimen político fundado en el silencio y en la obediencia.

No sabemos si en los designios secretos del destino está escrito que ha de soportar la humanidad este terrible castigo para redimirse, o si se haya de adormecer nuestra inquietud espiritual, para que todos los hombres descansen recibiendo del "Amo del mundo" la porción de alimento necesaria para una regular digestión, pero en tanto llega ese hombre nuevo no nos es posible dejar de bregar por un estilo de vida que ha creado nuestra concepción milenaria de cultura, y que está grabado en lo más íntimo de nuestro ser. No nos será posible asistir indiferentes a la proclamación de las nuevas fórmulas que puestas bajo la pluma autorizada de Hans Frank, ministro de justicia del III Reich, se expresan así: "Nada hay por naturaleza justo o injusto. La naturaleza conoce sólo el derecho del sano, del más fuerte, asegurándole contra toda posibilidad de decadencia por perniciosos influjos de razas inferiores" (citado por Sampay), fórmula que no tiene ni siquiera el prestigio de la novedad, porque ya la enunciaba hace más de dos siglos el judío Baruch Spinoza: "Lo que cada uno hace según la ley de su naturaleza, es conforme al supremo derecho de la naturaleza; él tiene tanto derecho en naturaleza cuanto vale su fuerza". "Tractatus Politicus", Cap. II, 4. (4)

6 — La corriente idealista tiene también en Italia representantes de un gran valer. Benedetto Croce, siguiendo las huellas de Hegel, aunque sin renunciar a su propia originalidad y a su tradición itálica, ha fundado una filosofía idealista del espíritu. La filosofía croceana se asienta sobre la afirmación que la

(4) Como complemento de esta breve exposición puede verse nuestra conferencia "El equilibrio de los poderes y la Constitución Nacional — El orden político positivo", Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe, 1939. A título de simple información recordamos los siguientes trabajos: Bonnard, "Le Droit et l'Etat dans la doctrine nationale-socialiste", Deuxiéme édition. 1939; Marcel Cot. "La conception hitlerienne du droit", 1938; Hans Frank, "Il nuovo indirizzo del Diritto Germanico", Roma, 1936; Arturo Enrique Sampay, "El Estado Nacional-Socialista Alemán", en "La Ley", 30 de Mayo de 1940. "Introduction a l' étude du droit comparé en l' honneur d' Edouard Lambert" (1938), contiene numerosos estudios sobre el tema, de los cuales deben señalarse: Carl Schmitt, "L' evolution récente du probléme des délegations legislatives", Tome II, pág. 200; J. Duchesne, "Sur l' esprit du peuple allemand comme source d' origine du droit allemand". T. III, pág. 225, y Reinhard Hoehn, "Le droit subjectif public et le IIIme Reich", pág. 240; Du Pasquier, "Introduction a la théorie générale"; Benito Mussolini, "La doctrina del fascismo". Vallecchi, editore. Firenze. pág. 292; Breillat-Milhaud, "Les libertés publiques dans l' Italie fasciste" 1939, en todos los que ha de encontrarse una completa bibliografía.

realidad vale para nosotros en cuanto la pensamos; no como realidad, sino como pensamiento. El pensamiento en un proceso dialéctico va creando nuestro mundo; esta actividad, en su aspecto teórico, se presenta bajo dos formas que corresponden a la intuición y al concepto, que dan base a la "estética" y a la "lógica" Filosofía del Espíritu; y en su aspecto práctico a otras dos: la economía y la ética. En su "Filosofía de la práctica", Croce coloca al derecho en la economía (5), tal como lo ha establecido en su celebrada memoria "Riduzione de la filosofia del diritto alla filosofia dell economia". (reimpresa en 1926) y lo desarrolla especialmente en la tercera parte de su "Filosofia della pratica". La doctrina croceana conduce a un escepticismo, a un vacío que no ha de colmarse con su célebre fórmula del "universal concreto" (6), que aparece como una representación romántica más. Véanse: Chiochetti, "La Filosofia di Benedetto Croce", pág. 262-285; Solari, "Appunti", pág. 33 y sigtes.; nuestras "Lecciones", pág. 93; Waissmann, "La filosofía de Croce", Córdoba, 1939.

Giovanni Gentile es otro ejemplo admirable; en sus lecciones de Pisa, "I fondamenti de la filosofia del diritto (segunda edición. 1923), ha fundado nuestra disciplina sobre bases aun más estrictamente idealistas. "No existiendo nada fuera del espíritu (7), ni la historia, ni la sociedad, ni el Estado, el derecho no puede ser sino un momento del espíritu y especialmente un momento del querer". Su estrecha unión con Croce llegó a romperse con estruendo, cuando el actualismo (8) de Gentile alcanzó a fijar para el derecho, en la actividad práctica, un carácter ético y no económico. Chiochetti: "La filosofia di Giovanni Gentile", pág. 392. Solari pág. 65. Alloggio, pág. 54.

No podría olvidarse en estas referencias a G. Maggiore con su "Filosofia del Diritto" (1921), uno de los libros que más intensa sugestión provocan, por la claridad de exposición, por la vivacidad del estilo, por el entusiasmo sincero con que el autor defiende las propias convicciones, por la seriedad de la investigación, (Miceli); su historicismo histórico o, más bien, su histo-

(5) Actividad económica que se desenvuelve bajo la ley.
(6) El espíritu en su historicidad que se realiza históricamente
(7) Actividad pura en continua creación.
(8) Medina, pág. 128.

ricismo idealista (pág. 36) no es otra cosa que el proceso del espíritu (Alloggio, pág. 55).

7 — Una apreciación sintética de las corrientes modernas del idealismo no podría dejar de hacer notar, junto a los valores permanentes que resultan de volver su atención hacia las fuentes espirituales del conocimiento, los defectos de un método que se ve precisado a utilizar lo irracional, la imagen romántica para sustituir a una realidad que deliberadamente quitan de su vista. Si el objeto del conocimiento es la cultura como idea, la vida, el proceso, lo universal concreto, y si no es posible representarse esos valores como algo real, necesariamente se ha de caer en un escepticismo o en un romanticismo que nos aparta de la verdadera realidad. Quizá en último término todas estas formas puedan reducirse a una sola concepción resumida en la idea del proceso, de la transformación, del tiempo, hecha abstracción de la sustancia, del ser que en ellos se mueve.

CAPITULO QUINTO

Criticismo jurídico

1 — Importancia de esta corriente. 2— La vuelta a Kant; antecedentes. 3 —Contenido del kantismo: la teoría del conocimiento; el sistema. 4— El neokantismo. 5 — Clasificación del cristicismo jurídico.

1 — Si fuéramos a exponer estas corrientes contemporáneas sometiéndonos a una prolija exactitud, debiéramos agrupar bajo la influencia del criticismo, y especialmente bajo la influencia de Kant, a la mayor parte de los sistemas modernos de filosofía del derecho; tan grande es la influencia de este pensador que acaso no haya una sola doctrina que de uno o de otro modo no pueda ser referida a sus enseñanzas; pero mirado el tema con más amplitud, vamos a consignar aquí algunas noticias sobre aquellos sistemas que aparecen como más próximos al criticismo (1).

(1) Véase más adelante, Temas complementarios de la Introducción. III. La influencia de Kant sobre la filosofía del derecho contemporánea.

2 — Para fijar los antecedentes del criticismo es preciso recordar, una vez más, el triunfo del espíritu positivo que caracterizó el pensamiento de los últimos años del siglo pasado y a la vez los primeros síntomas de su decadencia, que para comprobarlos pueden ser referidos a obras de gran notoriedad como la conocida "Historia del Materialismo" de Lange, que constituía un profundo análisis de los métodos empíricos y una demostración terminante de su ineptitud para satisfacer las exigencias de un conocimiento verdadero. Como consecuencia de la bancarrota del positivismo vino una restauración del espíritu filosófico y, con ello, una vuelta a Kant, que ha dado, por muchos años, el tono espiritual a nuestro tiempo. No sólo en Alemania, especialmente preparada para recibir este retorno, sino en todos los países, este movimiento llegó a adquirir un gran valer (2).

3 — El aspecto más notorio del kantismo nos impulsa a mirar el problema filosófico como un problema lógico. La filosofía queda contenida en la teoría del conocimiento, que es el punto de partida para la solución de todos los problemas. Esta reducción de la filosofía a la lógica, resulta como consecuencia ineludible de la necesidad de referir nuestros conocimientos, en primer término, a nuestra facultad de conocer. Si las cosas del mundo exterior llegan al intelecto, tal como se presentan a nuestros sentidos por sus apariencias, para constituir luego un estado de conciencia en el que se han perdido sus elementos materiales para revestir un carácter espiritual; si el intelecto mismo para poner orden y unidad en estas impresiones particulares, para poner orden al conocimiento, descubre el principio de unidad inmanente en la multitud de las cosas, con el que se vuelve sobre la realidad para reconocerla y para ordenar su conocimiento, resulta evidente que el conocimiento se realiza en el intelecto, no según las cosas sino condicionado según las peculiaridades del intelecto mismo. El contenido de la conciencia resulta ser el objeto del conocimiento; la auto reflexión crítica que descubre y revela ese contenido, el método fundamental del saber filosófico.

4 — Los discípulos más próximos a Kant, dan preferencia,

(2) Richard, "La question sociale", págs. 272 y 318.

en el conocimiento, a esos principios de unidad que forma el intelecto, a las nociones **a priori** y esta circunstancia impone a los sistemas un carácter predominantemente formal, lógico, pues al no atribuir valor a los elementos materiales que los sentidos proporcionan del mundo exterior, todos los problemas positivos del ser o de la esencia se resuelven según simples categorías intelectuales. Este punto de vista logicista no ha logrado satisfacer la preocupación filosófica; se ha afirmado que en Kant había también un sistema en que junto al elemento intelectual, lógico, cuyo valer exageraban sus discípulos, se reconocía un elemento material, ético, que era preciso desenvolver para ofrecer un sistema completo. Al recordar este movimiento, nada podría resultar más expresivo, para marcar su carácter y señalar su aparición, que referirnos a la labor de dos pensadores extraordinarios: Francisco Brentano y Max Scheler (3). En la breve introducción de la traducción española del "Origen del conocimiento moral" de Brentano, se dice sin exageración: "Este tratadito, de la más auténtica filosofía, constituye una de esas joyas filosóficas que, como el "Discurso del método" o la "Monadología", quedará cual jalón indicador de un nuevo período en la historia del pensamiento filosófico. Puede decirse que la base en donde se asienta la ética moderna de los valores es este breve libro de Brentano". Acaso no sea posible hacer un elogio más completo de un libro de filosofía. Por su parte, Scheler en su obra "El formalismo de la ética y la ética sustancial de los valores" ("Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik") ha concluído la crítica de la ética formal, para echar las bases de una ética con el contenido sustancial de los valores absolutos.

5 — Esta oposición entre logicismo y eticismo, que tiene sin duda un gran valer, es para espíritus tan cultos y penetrantes como Recasén Siches ("Direcciones", pág. 20) el tema central de la especulación jurídica actual. Vamos a servirnos de ella para dividir en dos las corrientes modernas del criticismo jurídico: la logicista, que pone los problemas y los soluciona según la estructura de nuestro pensamiento, en el sentido de nuestro entendimiento; la eticista, que busca, por el mismo camino crítico, descubrir una sustancia, un contenido de valor absoluto.

---

(3) Bobbio, "L'indirizzo", pág. 32; Gurwitch, "Las tendencias" p. 93.

Resumamos esta clasificación en un sencillo esquema.

Criticismo jurídico

I. Logicista
- a) Escuela de Marburgo. Stammler
  - 1. Categorías intelectuales
- b) Escuela de Viena. Kelsen
  - 1. Método crítico
  - 2. Sistema positivo

II. Eticista
- a) Escuela de Baden. Lask
  - 1. Valores absolutos
- b) Relativismo. Radbruch
  - 1. Valores absolutos
  - 2. Valores relativos

I. — CRITICISMO LOGICISTA

1 — Escuela de Marburgo: Stammler. 2 — Escuela de Viena: Kelsen.

1 — Dentro de la corriente logicista nadie podría discutir la primacía á Rudolf Stammler, una de las figuras más altas, de todos los tiempos, en el campo de la filosofía del derecho (1). Su doctrina está contenida en tres libros fundamentales, que se resumen en un cuarto y algunos otros intentos de presentar simplificadas sus ideas. Son ellos: "Wirtschft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung". (Economía y derecho según la concepción del materialismo histórico, 1897) (2), que contiene los fundamentos de la ciencia social, que anticipa

(1) Véase nuestro escrito publicado en ocasión de su muerte: "Rudolf Stammler. 1856-1938". Córdoba, Imprenta de la Universidad, 1939.
(2) Traducida al castellano de la cuarta edición, por W Roces — Editorial Reus — 1929. Recaséns, "Estudios", pág. 369.

las bases de todo su sistema, "Die Lehre von Richtigen Recht" 1902, (La Doctrina del Derecho justo), que soluciona de un modo original la antinomia entre el derecho natural y el positivo, resolviéndola por el reconocimiento de un derecho natural, expresión de la esencia permanente de la vida social, pero que es una simple noción formal que no contraría el cambio indefinido y constante de la sustancia del derecho positivo; "Theorie der Rechtswissenschaft" (1911) (Teoría de la ciencia del Derecho), que es una exposición sistemática de todos los puntos de vista fundamentales del autor en la consideración filosófica del derecho; estas obras han sido resumidas en el "Lehrbuch der Rechtsphilosophie" (1921) (Manual de Filosofía del Derecho) (3), que cierra de un modo brillante el ciclo de las publicaciones fundamentales de Stammler. Este libro, por su admirable y estricta construcción, por la firmeza de sus ideas, por la austeridad y la profundidad del pensamiento, por la vasta erudición es, sin duda, la obra más importante que se haya publicado sobre filosofía del derecho. El mismo Stammler ha intentado desde puntos de vista distintos, nuevas síntesis de sus ideas en sus conferencias de Suiza, "Rechtsphilosophische Grundfragen" (1928), (Problemas fundamentales de filosofía del derecho), y en la enciclopedia "Das gesamte Deutsche Recht in systematischer Darstellung" (Exposición sistemática de todo el derecho alemán) cuya primera parte ocupa la "Rechtsphilosophie" de Stammler.

Puede afirmarse que la filiación filosófica de Stammler lo liga al neokantismo de la escuela de Marburgo, aunque él hace la expresa salvedad de que no pertenece a ninguna de las escuelas filosóficas modernas y trata de revelar sus vínculos de unión con el pensamiento de los antiguos y particularmente con Sócrates ("Praktikum", pág. IV). Acaso con más estrictez podría decirse que el problema fundamental que preocupa a Stammler es el del conocimiento jurídico y que en él parte de los puntos fundamentales sobre la concepción de ciencia en Sócrates, pero lo resuelve conforme a los métodos del kantismo.

Según el carácter logicista de la doctrina de Stammler, dirige su atención principal a esclarecer el conocimiento del derecho por el análisis del contenido de nuestra conciencia. En el

---

(3) Traducido igualmente por Roces — Editorial Reus, 1930.

contenido de nuestra conciencia y referidas a un objeto de conocimiento, se pueden distinguir la materia y la forma (4); la primera se refiere al aspecto sensible del conocimiento, a aquellos elementos que penetran del mundo exterior a través de los sentidos; la segunda a las condiciones de unidad que impone la conciencia a los elementos sensibles, y que son condiciones indispensables de todo conocimiento. La representación jurídica son pensamientos complejos, escribe Stammler (5), que pueden ser descompuestos en sus partes constitutivas. Estas se pueden separar en dos clases: 1a.) La particularidad, que es propia de un querer jurídico dado y lo distingue de otras aspiraciones jurídicas; 2a.) El elemento concordante, que está contenido por igual en todos. Sólo este último interesa a la filosofía del derecho. Esto significa que debemos separar en el contenido del pensamiento jurídico su elemento material, del formal, y que a la filosofía del derecho sólo interesan las formas, porque son las únicas que pueden ser establecidas con validez absoluta.

Las formas, categorías intelectuales, se presentan como concepto, o sea, como una representación intelectual de los caracteres de un objeto o grupos de objetos o como idea, concepto puro de razón. Aplicado al derecho resulta que nuestra filosofía abraza, como temas fundamentales, el relativo al concepto del derecho —noción constitutiva del conocimiento, que contiene la representación intelectual de todo derecho actual, histórico o posible— y el que se refiere a la idea, a la justicia-noción regulativa, que no alude a ningún derecho dado, y sirve para la apreciación, para el juicio sobre la legitimidad de cualquier derecho dado (6).

Si el concepto del derecho contiene los rasgos, reducidos a la unidad, que distinguen al derecho de lo que no lo es, la crítica de este concepto debe dar nociones particulares para elevar el

---

(4) En la filosofía moderna, en especial desde Kant en adelante, los dos vocablos, materia y forma, fueron transportados del ser al conocer, y por eso su significación cambió radicalmente; en efecto, por materia del conocimiento se entiende hoy todo el contenido objetivo de él, y por forma del conocimiento se entiende, en sentido lógico, el modo de la actividad del pensamiento, que se fija como producto lógico, y, en sentido gnoseológico, la función formadora de la sensibilidad o del pensamiento. Ranzoli. "Dizionario", pág. 444.

(5) "Lehrbuch", 3a. ed., pág. 8.

(6) Loc. cit., 1, 2, 3.

simple saber empírico a la categoría de ciencia (7). La justicia, por su parte, que es una simple categoría formal, recibe de la realidad, en cada instante del tiempo, una sustancia social variable, que cuando se acomoda a ella resulta un derecho legítimo, justo. Los modos de realización conforme a la legitimidad son infinitos; de ahí que las manifestaciones de un derecho justo pueden variar constantemente en su sustancia, no así en su forma; por eso se ha llamado a la doctrina de Stammler, la del derecho natural con contenido variable. La noción de justicia es una categoría intelectual, universal, incondicionada; pero el contenido de esa forma tiene que ser una sustancia histórica, condicionada, particular (8).

El carácter logicista de esta dirección está de manifiesto en cuanto da valor preponderante a la forma —categoría intelectual— contra la materia —elemento empírico—, la que viene como dato transitorio a unirse a la forma, para hacer la ciencia del derecho o el derecho justo.

No queremos insistir más sobre esta doctrina; la mayor parte de las exposiciones que siguen van recorriendo sus huellas, y sería en más de un punto una inútil repetición el pretender explicarla también aquí. Los defectos y vacíos de la construcción son propios del logicismo y, en parte, de la limitación humana, que nos impone el desequilibrio de vivir aspirando a una construcción que todo lo abarque, sin pensar en la debilidad de nuestros poderes de conocimiento; al tratar las doctrinas que expondremos en seguida, estos vacíos quedarán de manifiesto, porque ellas han venido precisamente con la ilusión de colmarlos.

Véase nuestro trabajo: "La Filosofía del Derecho de Rodolfo Stammler, págs. 29 y sigtes. 1927; Larenz, pág. 10; Wielikowski, págs. 26 y 64; Kaufmann, pág. 11; Bustamante y Montoro, pág. 61 y sigtes.; Recanséns, pág. 49; Küry, "Kritische Bemerkungen zu Stammlers Lehre", en "Revue Internationale de la théorie du Droit", Año VI, pág. 158; Ginsberg, "La Philosophie du Droit de Rudolf Stammler", en "Archives de Philosophie du Droit", Año 1932, pág. 564.

2 — Hay otra dirección en el logicismo neokantiano que ha adquirido en los últimos tiempos gran notoriedad; me refie-

(7) Loc. cit., 109.
(8) Loc. cit., par. 81.

ro a la escuela de Viena, cuyo más alto representante es Hans Kelsen.

La extensión de la influencia de la obra de Kelsen puede medirse por la vasta literatura crítica que ha provocado (9); los libros fundamentales en que está contenida deben ser reducidos a cuatro: "Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze". 1a., 1911; 2a., 1923 (Problemas capitales de la doctrina jurídica del Estado, desarrollados según la doctrina del principio jurídico); "Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung der Verhaeltnisse zwischen Staat und Recht", 1922 (El concepto sociológico y jurídico del Estado. Investigación crítica de las relaciones entre el Estado y el derecho) que debe ser mirado como complementario del "Das Problem der Souveraenitat" (1920); "Allgemeine Staatslehre" (1925), ("Doctrina general del Estado") que ha sido traducido al español (1934) y de la que hay también un Compendio, con un extenso prólogo de Luis Recaséns Siches (1934) y, por fin, "Reine Rechtslehre" Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik (1934), (Doctrina Pura del Derecho. Introducción en la problemática de la ciencia del derecho), de la que existe una versión anticipada y sintética en español por Luis Legaz Lacambra (1933).

La doctrina de Kelsen, de tono predominantemente jurídico, revela su filiación logicista kantiana en cuanto reduce todo el derecho a la norma, como una especie de categoría intelectual, pero se liga, a la vez, con ciertas direcciones positivas o pragmatistas, como el ficcionalismo de Vaihinger; así se explican las posibles aproximaciones de Kelsen a Duguit.

Según el carácter logicista de esta doctrina, la tarea fundamental es la del esclarecimiento del método propio para el conocimiento del derecho; el método y el objeto del conocimiento vienen a confundirse en cierto sentido.

Según Kelsen, el mundo del conocimiento tiene dos objetos diferentes, que corresponden al ser y al deber ser (**sein und so-**

---

(9) Rudolf Aladar Métall ha publicado una bibliografía del Derecho Puro ("Bibliographie der Reinen Rechtslehre") que figura como apéndice de la obra del mismo nombre de Kelsen y que contiene, a partir de la página 9, una extensa enumeración de los escritos sobre la doctrina pura.

llen); a las leyes de la naturaleza y a las normas que se dirigen a la conducta de los hombres, que deben ser estudiadas separadamente, porque se caracterizan según una distinta naturaleza. Las ciencias del ser explican los hechos, los describen como son; las de las normas se refieren a los hechos que éstas provocan. El derecho es por excelencia una ciencia de normas, que para que sea considerada según su propia naturaleza es indispensable que se la considere independiente de los elementos psicológicos y sociológicos que vienen a incorporársele desde las regiones del ser; de aquí el carácter anti-ideológico del kelsenianismo (10); ni psicología ni ética, ni causalidad ni finalidad caben en el campo jurídico; así resulta una doctrina pura del derecho, un normativismo ejemplar (11), que no admite nada que no sea la misma norma en sí. Lo psicológico y social del derecho participa de las ciencias del ser, de la naturaleza; es ajeno a nuestra disciplina, debe ser separado de ella, cuya única preocupación es preciso dirigirla a la norma, porque la ciencia del derecho no es una ciencia natural sino de normas.

Si todo derecho está reducido a las normas, no hay otro derecho que el positivo, y como éste procede del orden estadal, el derecho y el Estado son una misma cosa.

El fenómeno fundamental jurídico no se refiere a la finalidad o a la causalidad, que corresponden al ser, sino en el enlace entre el hecho real y el hecho previsto en la norma con sus consecuencias legales. "La doctrina pura del derecho" sostiene que la norma jurídica no consiste, como aparece en la doctrina tradicional, en el imperativo de una norma moral sino en el juicio hipotético que expresa el enlace específico de un hecho condicionante con una consecuencia condicionada... Así como la ley natural enlaza un hecho determinado, como causa, con otro como efecto; así ocurre en la ley jurídica entre una condición jurídica y su consecuencia. Es el modo del enlace de los hechos, en un caso la causalidad, en el otro la imputación (**Zurechnung**), la que

(10) La tendencia anti-ideológica de Kelsen se expresa claramente al afirmar: "Ella (su doctrina) quiere exponer el derecho tal como es, sin legitimarla como justa, o descalificarla como injusta ("Reine Rechtslehre", pág. 17).

(11) "La Teoría Pura del Derecho", p. 12.

debe ser reconocida en la doctrina pura como la legalidad específica del derecho" (12). Así se explica que mire a la norma como un esquema de interpretación (**Deutungsschema**) privada de todo valer ético o real.

La doctrina jurídica de esta escuela se desenvuelve, en un orden jurídico puramente objetivo, como una construcción gradual que ha tomado de Merkl uno de sus discípulos, que lo refiere a las normas constitucionales y de ellas a una norma anterior que autorizaba a dictar la Constitución, llegando, en esta ascensión, a una norma cuya razón no puede explicarse, especie de primer principio, semejante al que es preciso reconocer en las ciencias de la naturaleza; de esta construcción se va descendiendo en la aplicación hasta las últimas formas de la realización práctica, que se justifican como emanaciones del principio constitucional que realizan y al que se subordinan.

Asentadas estas premisas, la construcción del saber jurídico ha de hacerse, según Kelsen, conforme a valores lógicos; si privamos a la norma jurídica de sus elementos materiales, queda reducida a un elemento lógico, que sólo podemos conocer por el intelecto. Es bueno recordar que Kelsen no niega realidad o valer a la psicología o sociología del derecho, pero se refiere a ellas en relación a elementos no jurídicos que pertenecen a las ciencias del ser.

Basta esta ligera referencia para advertir el carácter de extremo logicismo de esta escuela. Si el filósofo sólo ha de ocuparse de una teoría del conocimiento jurídico, purgada de todo elemento material o de sustancia, es consecuencia natural que la filosofía se convierta en una disciplina semejante a la geometría, que, despreocupada de la materia que constituye los cuerpos, sólo mira en estos la forma exterior, la combinación de planos, las líneas, los puntos que la caracterizan; es verdad que este rasgo no puede ser mirado como ilógico o contradictorio respecto a la premisa de que parte, pero mirado desde un punto de vista absoluto, impone a la realidad una disociación que tiene que producirnos ese estado de insatisfacción que se experimenta ante las obras artificiales del ingenio.

---

(12) "Reine Rechtslehre", p. 22.

La filiación kantiana de esta doctrina (13) no aparece tan clara a primera vista, como que se liga también al positivismo de tipo del empirio-criticismo de Ricardo Avenarius, pero no es dudosa si se considera que en el punto fundamental de su método reconoce, al modo kantiano, que el objeto (para él el derecho y el Estado son idénticos) es creado por el sujeto, en cuanto hay que buscar en éste los elementos de su conocimiento. Kelsen ha aplicado con más estrictez, si cabe, el método trascendental de Kant; el conocimiento sólo resulta posible merced a los principios de unidad que impone el intelecto frente a la variedad de las cosas; desde este punto de vista el sujeto aparece como que creara al objeto, en el sentido de que hace posible su reconocimiento. Reducida la filosofía a la solución del problema del conocimiento y puesto éste en el campo estrictamente lógico, nuestra filosofía del derecho se convierte en un capítulo de pura lógica trascendental. La doctrina de Kelsen ha tenido, además, la virtud de provocar un movimiento de oposición, de sentido político, al que hace referencia en la introducción de su "Reine Rechtslehre". En la referencia a este movimiento puede recordarse la doctrina de la "integración" de Smend, ("Verfassung und Verfassungsrecht", 1928) que concibe cada organización política como un momento en la vida del Estado, y la del "decisionismo" de Schmitt que entrega el derecho al vaivén de las circunstancias políticas. El primero, favorable a la monarquía; el segundo sirve a la justificación del nacional socialismo. Wilk, "La doctrine politique du national-socialisme"; Carl Schmitt, "Exposé et critique de ses idées", en "Archives de Philosophie du Droit", 1934, pág. 169. (Véase: Recaséns, "Direcciones", pág. 108; Larenz, pág. 22; Maury, "Observaciones", en "Revista de Derecho Privado", 1929, pág. 305). El profesor Legaz Lacambra ha publicado un notable libro de exposición y crítica (1933), "Kelsen. Estudio crítico de la teoría pura del derecho y del Estado de la escuela de Viena", que bien merece una mención especial. El aspecto de la crítica de los fundamentos de la política puede verse en Castiglia, "Stato e Diritto in Hans Kelsen" (Sassari, 1932; Torino, 1936) y en Jaeger, ("Le probléme de la souveraineté dans la doctrine de Kelsen" (ed. Boccard, 1932).

(13) Puede leerse con provecho la pulcrísima y serena monografía de Renato Treves, "Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen" (Torino, 1934), que señala las fuentes neokantianas de la doctrina pura, referidas en especial a Cohen.

II — Criticismo eticista

1 — La insuficiencia del logicismo. La renovación de la lógica kantiana. 2 — Escuela de Baden. Valores universales: Lask. 3 — Relativismo. Radbruch.

1 — La dirección crítica logicista, especialmente en su aspecto más riguroso y estricto, aplica a la investigación filosófica del derecho el método crítico trascendental de Kant, tal como está concebido en la "Crítica de la Razón Pura", dirigido a dar fundamento a las ciencias de la naturaleza; siguiendo estas huellas que le enseñan a separar el contenido, lo individual, de la forma, lo universal que constituye en conjunto toda experiencia, los logicistas llegan a desdeñar lo individual, el verdadero objeto, para concentrarse en la forma que, ya purgada de toda sustancia concreta, da como último resultado las categorías, conceptos puros de la razón. Aplicado este modo de reflexión a los problemas propios de nuestra filosofía del derecho, en su aspecto más estrictamente filosófico, al problema del ser o esencia del derecho, el término último de la investigación nos lleva a mostrar a la justicia como una forma, una categoría espiritual privada de todo elemento material y normativo. Los vacíos de este modo de concebir se ponen de manifiesto en cuanto se considera que el derecho se dirige a sujetos de voluntad, en los que es esencial determinar los principios de su conducta, revelar su propia ley. Se observa, además, que la lógica de la razón pura ha sido concebida por Kant para dar fundamento a las ciencias naturales y que, si se quiere ser fiel a sus enseñanzas, no puede aplicársela como exclusiva sencillamente en todos los campos del saber, sino seguir su ejemplo que también aspiró a fundar separadamente una lógica para las otras ciencias, en la que no pudo alcanzar el mismo resultado feliz, por circunstancias históricas que hacían dirigir toda preocupación hacia la lógica de las ciencias naturales. La dirección eticista aspira, a través de Hegel y Lotze, a renovar la lógica kantiana, completándola con el capítulo relativo a la filosofía del conocimiento de la realidad humana (Messer, pág. 105).

2 — El centro más alto de esta renovación filosófica es la escuela de Baden, del sud-oeste alemán, que puede denominarse la de la filosofía de los valores, y que reconoce como corifeos a

Guillermo Windelband y Enrique Rickert, a los que es justo agregar el nombre de Emilio Lask.

Esta nueva dirección señala como fin de la filosofía no la "inteligencia de las esencias universales e intemporales", sino la de los fenómenos particulares y temporales, que pueda servirnos para formar una concepción del mundo y de la vida, apta para ser utilizada como guía en el juicio de la conducta. Para llegar a esta concepción será preciso avanzar en el conocimiento más allá del límite kantiano de la forma, someter a ésta como objeto de conocimiento a una nueva crítica que nos revele lo que podríamos llamar la forma de la forma. Si aplicamos esta reflexión al campo del derecho, diríamos que no hemos de satisfacernos con revelar la justicia como una categoría lógica, deberemos conocer la esencia de esta categoría que nos muestre concretamente qué es lo justo; no sólo el ser sino también el deber ser universal. El naturalismo ve el mundo como un orden de relaciones, de movimientos y descubre la ley que los rige, pero no repara en la cosa, en el objeto que se mueve; una concepción del mundo fundada tan sólo en el aspecto de las relaciones es una aberración del entendimiento. Por otra parte "no se da conocimiento alguno que no sea realizado por un sujeto que valora y reconoce que a cierta forma pertenece cierto contenido". La acumulación y el proceso de todos esos conocimientos constituyen la cultura cuyos distintos pasos están registrados por la historia; en ésta se descubren junto a los simples valores subjetivos que se revelan por nuestro deseo, otros valores universales que valen por sí, independientes de nuestras preferencias, que están ligados inseparablemente al conocimiento de un objeto y que tienen, por eso, el atributo que corresponde a la universal validez. Según esto, el método a emplearse ha de ser el de una reflexión crítica sobre la cultura revelada por la historia, para tratar de percibirlo permanentemente a través de los constantes cambios (1).

El método de esta escuela tiende a reconocer a la historia un alto significado, pero es oportuno advertir que nunca ha de caerse, según él, en las exageraciones del historicismo o del naturalismo. Por el primero no es posible descubrir valores universa-

(1) Esto aparece como una influencia del método kantiano de la razón práctica.

les, todo queda reducido a los hechos que se elevan al plano principal; otro tanto ocurre con el naturalismo, sencilla negación de todo principio universal.

La filosofía, sin necesidad de remontarse a un campo suprasensible para descubrir una esencia y relacionarla con el mundo, según el rol asignado a la antigua metafísica, puede, siguiendo las enseñanzas de la crítica kantiana, por una reflexión crítica sobre la cultura, describir esos valores eternamente válidos, explicarlos, clasificarlos. Cabe extender a toda esta escuela lo que Messer dice con tanta propiedad de la filosofía de Windelband. Es verdad que no conduce a tan enérgica invitación a la acción como la de Nietzsche y Eucken. No se ve el objeto de la filosofía en la "creación" y mandamiento de valores, sino en su "inteligencia"; no en la creación de una cultura ideal, sino en la comprensión de la cultura dada. Promete a los hombres una alegría sin deseo, no la inquietud de la voluntad con que nos adherimos a la tarea efímera del mundo, sino la paz del pensamiento y la contemplación, seno donde se ofrecen los valones de la eternidad (Pág. 117).

En el campo jurídico filosófico, el más brillante y profundo representante de esta tendencia es, sin duda, Emilio Lask. No obstante la honda sugestión provocada por la obra filosófica de Lask, reconocido como una de las mentes más penetrantes y agudas de la Alemania moderna, no cabría una consideración especial en estas breves referencias, porque su prematura muerte, apenas si le ha dejado la ocasión de insinuar su pensamiento sobre el derecho, en su estudio "Rechtsphilosophie" publicado en "Deutsche Philosophie zu begin des XX Jahrhunderts", (1905). Recaséns, pág. 165; Gurvitch, págs. 214 y 220, (síntesis muy prolija, desde el punto de vista filosófico); Camus, pág. 54. La obra capital de Lask se ha concretado en el campo de la filosofía; sus trabajos principales "Logik der Philosophie" (1911); "Lehre von Urteil (Doctrina del juicio), reunidos a sus obras en "Lasks Gesammelte Schiften" Tübingen, 1923), se resumen en un potente esfuerzo de superación de la lógica kantiana, lógica de la ciencia, realizada con la creación de la lógica de la filosofía que la complementa. Cómo lleva a cabo este intento, es un tema que trasciende los límites de nuestro asunto, pero puede recordarse que Lask ahonda más que sus antecesores en el campo de las formas, mostrando cómo pueden ser éstas a la vez objetos de

conocimiento; su intento es una excursión y reconocimiento en el campo de las esencias, que nos hace entrever la posibilidad de penetrarlas siguiendo las huellas trazadas por Kant.

3 — La filosofía de los valores ha alcanzado un cierto desenvolvimiento en el campo jurídico en la obra de Gustavo Radbruch, "Gründzüge der Rechtsphilosophie" (Lineamientos de Filosofía del Derecho), Leipzig, 1914 (2). No creemos necesario resumir el contenido de esta obra, cuya partición en cuatro temas fundamentales (Concepto, fin y validez del derecho —que forman la parte general— y, además, la parte especial, que comprende "los problemas claves de los dominios jurídicos singulares" elegidos con cierta arbitrariedad (pág. 162) podría servir de plan para la exposición, porque conteniendo naturalmente mucho que no es propio y original de la escuela, su recuerdo contribuiría, por la repetición, más bien a obscurecer el pensamiento central (3).

Según el pensamiento básico de la escuela de Baden, el esfuerzo del filósofo debe dirigirse a descubrir el deber ser, concretado en los valores que revela la cultura; el esfuerzo de Radbruch va a sintetizarse en una clasificación de los valores absolutos referidos a las personas, a las obras, a la cultura que corresponden a los valores personales (moralidad), valores trasperso-nales (belleza y verdad), valores sociales (justicia). Estos tres órdenes de valores irreductibles y absolutos, están presentes en todas las formas de la cultura; pueden ser entendidos por la mente, analizados, aunque no puede establecerse entre ellos una jerarquía universal y absoluta. Concebida de este modo, la función fundamental de la filosofía del derecho es la de esclarecer el problema de los fines del derecho, se vuelve una especie de política jurídica. Si la ordenación y jerarquía de los valores no puede ser alcanzada, es claro que el problema del deber ser del derecho, el problema de la esencia de la justicia, se nos escapa y debemos satisfacernos con una filosofía de los fines del derecho. Este aspecto explica la calificación de relativista, dada a esta concepción y que el mismo Radbruch le aplica; absoluto en cuanto

(2) Hay traducción española de José Medina Echevarría, de la tercera edición alemana, bajo el título "Filosofía del Derecho", edic. "Revista de Derecho Privado", 1933.

(3) Puede verse un resumen muy prolijo de esta obra y su crítica, en Gurvitch, "L'Experience Juridique", pág. 200.

al reconocimiento de los valores universales, pero relativo en cuanto no nos permite alcanzar el deber ser jurídico absoluto.

Radbruch expone las organizaciones sociales que pueden resultar según sea el predominio de uno o de otro de los valores absolutos: liberalismo y socialismo, cuando predominan los valores de la personalidad; conservadorismo, según los valores traspersonales de autoridad, y culturalismo en el que el derecho está puesto al servicio de la verdad y de la belleza.

El filósofo del derecho, que no puede dar un plan universal de política, puede, sin embargo, conocer y explicar cada uno de los valores eternos y mostrar los medios conducentes para afirmarlos. El fin a que tienda el derecho corresponderá a la representación de vida propia de cada época, la que no podemos conocer según métodos particulares, sino por una especie de participación inteligente del mismo y, según sea ese fin, podríamos aplicar las nociones que sobre los valores y sus funciones nos proporciona la filosofía. Recaséns, pág. 172; Camus, pág. 58; Rava, "Rivista italiana di Sociologia", año 1919, pág. 345; Radbruch, "Le relativisme dans la philosophie du Droit", en "Archives de Philosophie du Droit", 1934, pág. 105.

Se ha llamado a la doctrina de Radbbruch, una filosofía antinómica (4) del derecho, y en efecto hay una antinomia, una contradicción en el campo de la práctica, cuando se afirma que la justicia es un valor absoluto, universal y, sin embargo, se opone a él el fin del derecho, la noción de seguridad. No pretendemos conciliar esta evidente oposición, pero de ella puede surgir una explicación de profundo sentido práctico, la cual plantea una grave cuestión que Fernando de los Ríos ha expuesto con sagacidad. "Para el Derecho —según Radbruch— para el orden jurídico, hay un problema constante y de valor absoluto: el ideal de justicia; mas en la realidad del vivir éste no se logra, pues si bien el Derecho va tanteando y excogitando medios con qué realizar ese fin postrero, lo que consigue de continuo es la seguridad, la certeza de una situación para cada cual; esa seguridad es en sí misma un bien cultural que sólo el Derecho proporciona, y si no siempre es esencialmente justa, siempre ha sido ideada en vista de una apreciación de la justicia. Queda abierta, pues, esa

(4) Contradicción entre dos principios en su aplicación práctica a un caso.

irresoluble cuestión que Sócrates ya planteara, y que los escolásticos vieron con enorme acuidad: la relativa injusticia de lo injusto, en gracia al valor de justicia de la seguridad". (5)

CAPITULO SEXTO

Fenomenologismo jurídico trascendental

1 — Dificultades de la exposición. Las tres etapas de la fenomenología. 2 — Antecedentes filosóficos. 3 — Los fundamentos filosóficos. 4 — Aspectos jurídicos: Reinach. 5 — Esfuerzos de conciliación: Gerhart Husserl, Kaufmann. 6 — El último estado de la filosofía: Martín Heidegger.

1 — La última faz con que se muestra el pensamiento filosófico contemporáneo está representada por la corriente fenomenológica, iniciada por Edmundo Husserl. No es fácil traducir con fidelidad y expresar en breves términos el contenido fundamental de esta doctrina, no sólo porque está expuesta en vastas obras, oscuras y, a la vez, profundas, sino porque en el proceso de la formación de sus ideas fundamentales, ha sufrido cambios y adaptaciones constantes. Metzger, en un claro resumen sobre la "Situación presente de la fenomenología" ("Revista de Occidente", nov. 1928, febr. 1929) se ve precisado a señalar tres etapas sucesivas, que corresponden a tres estados de la evolución fenomenológica; la del dogmatismo, la crítica y la del método fenomenológico; y, después de todo, tiene que declararse insatisfecho, porque advierte que su estudio no traduce la realidad completa de la doctrina, porque se comprueban en las últimas obras del propio Husserl importantes modificaciones en los fundamentos; y esto sin contar las variaciones que imprime a la doctrina el entusiasmo de los discípulos.

Bobbio, en un valioso estudio "L'endirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica" (1934), considerando ya la totalidad de la obra, la separa en tres momentos: el de la actividad puramente psicológica, la fenomenológica propiamente dicha, en

(5) Radbruch. "Introducción a la Ciencia del Derecho", prólogo, pág. XV. Véase: "Filosofía del Derecho", pág. 101.

la cual echa las bases de la fenomenología pura como la ciencia del ser absoluto de la conciencia y, finalmente, la etapa que exhorta a seguir la vía secular de la investigación interior; es decir, estas tres faces: la de la psicología descriptiva, la de la fenomenología pura y la de la egología trascendental constitutiva, que corresponden, respectivamente, a tres obras fundamentales; "Las investigaciones lógicas" (Logische Untersuchungen, 1900) traducida al español ("Revista de Occidente"), que está en un lugar de tránsito; "Ideas para una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica" (Ideen zu einer reinen Phaenomenologie und phaenomenologische Philosophie, 1913) y las "Meditaciones cartesianas", que tuvieron origen en la conferencia que pronunciara Husserl en París en 1929.

2 — La fenomenología de Husserl ha tenido la virtud de despertar, dentro de los círculos neokantianos y en medio del triunfo de esta dirección de pensamiento, una nueva corriente que se ha extendido rápidamente.

La fenomenología ha nacido bajo la influencia de las enseñanzas del célebre pensador alemán Francisco Brentano (1838-1917), que junto a Dilthey, de opuesta tendencia, son los que han ejercido mayor imperio sobre el pensamiento de nuestros días. Brentano se propuso dar las bases de una ciencia verdadera bajo la sugestión y los planes de la ciencia natural; aspiraba a una fusión de los métodos científicos y filosóficos, partiendo del conocimiento del sujeto, en una actitud de raíz cartesiana. De aquí deriva la precupación de Husserl de fundar una lógica de la ciencia, partiendo de los fundamentos del conocimiento matemático, y, finalmente, su vínculo con la filosofía de Descartes. Husserl mismo, en sus "Meditaciones cartesianas", anuncia que "por el estudio de sus Meditaciones (de Descartes), la fenomenología naciente se ha transformado en un tipo nuevo de filosofía trascendental. Se podría acaso llamarla un neo-cartesianismo, aunque se haya visto obligada a rechazar casi todo el contenido doctrinal conocido del cartesianismo, por cuya razón ha dado a ciertos temas cartesianos un desenvolvimiento radical" (Citado por Romero, "Descartes y Husserl", pág. 241).

La separación que el neokantismo hace de la forma y de la sustancia, que corresponden a un conocimiento **a priori** y a **posteriori** en sus líneas generales, debe conducir a un conoci-

miento fragmentario de la realidad, a dos sistemas de lógicas; lo que se procura con la fenomenología es la fusión; establecer que la materia no está separada de la forma, que es posible reconocerlas en un solo esfuerzo y al mismo tiempo. Así se señalan los vínculos y las diferencias con el neokantismo, y se explica la acogida que ha recibido de éste; es una especie de superación, que prosigue una misma línea de inspiración.

3 — Para percibir los rasgos distintivos de esta dirección fenomenológica, en una estrecha síntesis, aunque dispensándonos de toda estricta interpertación, podríamos decir que la fenomenología supone un nuevo objeto, o una nueva interpretación del objeto y un nuevo método adecuado.

Husserl parte del punto de vista del conocimiento matemático, de la existencia de verdades absolutas, sobre el número o la cantidad.

El motivo fundamental de la fenomenología, como escribe Bobbio, es el conocimiento inmediato de las esencias. Abandonada la investigación inductiva —que sólo da una abstracción generalizadora—, abandonado el método deductivo, que desenvuelve el concepto pero que no lo funda, la investigación fenomenológica es esencialmente intuitiva. Afinar la intuición, alejándonos de la experiencia sensible que ofusca la vista intelectual y nos impide percibir las esencias de las cosas, es la primera función de la fenomenología (pág. 69).

La fenomenología se propone llegar al ser, a la esencia, al **a priori,** pero no como algo que ha de admitirse dogmáticamente, sino en los modos de vivirlo, en que se nos ofrece, en el **a priori,** como fenómeno (Metzger); así se explica su oposición a todo empirismo, sea el que cabe en el trascendentalismo kantiano, sea en el franco positivismo. Husserl ha revelado un nuevo mundo del **a priori,** como algo distinto del mundo de la experiencia inmediata, que ha de ser conocido por una forma peculiar de la experiencia: la intuición categorial, que lo ha llevado a denominar a su propia doctrina como una fenomenología trascendental. Descubrir en lo pensado las esencias (**Wessenheiten,** esencialidades) por una visión de esas esencias (**Wessenschau,** imagen de la esencia), resume el objeto y el método de la fenomenología.

El mundo del **a priori** requiere un método particular de in-

vestigación, una lógica nueva que es el tema que atrae el más persistente afán de Husserl. No es posible explicar aquí de qué modo se opera esa "reducción fenomenológica", que es el método con ayuda del que volvemos al hombre concreto y gracias al cual descubrimos el campo de la conciencia pura, en donde podemos practicar la intuición filosófica (Levinas "La théorie de l' intuition dans la phénoménologie de Husserl", pág. 209), pero será preciso que el lector tome, cuando menos, una sensación de estar en presencia, no de una metafísica renovada, sino totalmente nueva, de un esfuerzo potente para fundamentar una lógica adecuada. Podemos repetir la definición de Grispigni que dice que la fenomenología es una disciplina puramente descriptiva, que investiga el campo de la conciencia trascendentalmente pura, en la pura intuición (1). Husserl, "Investigaciones Lógicas". Traducción de la "Revista de Occidente", en cuatro volúmenes — Gurvitch, "Las tendencias actuales", pág. 17 — Husserl, "Ideen zu einer reinen Phaenomenologie und phaenomenologische Philosophie" (Introducción general a la fenomenología pura); Messer, 179.

4 — En el campo propio de la filosofía del derecho la influencia de la dirección fenomenológica no ha tenido aún el efecto de dar una construcción general suficientemente concreta que pudiera servirnos de referencia en estos estudios; quizás los más autorizados representantes en el campo jurídico sean Reinach, "Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes", 1913— (Los fundamentos apriorísticos del derecho civil) (2) y Gerhart Husserl "Rechtskraft und Rechtsgeltung" 1925, (Fuerza del derecho y derecho vigente), que aplican a temas particulares los principios de la escuela.

Adolfo Reinach, conforme a su inspiración científica dentro de la fenomenología, se propone crear una ciencia pura del derecho. Antes que los conceptos empíricos percibimos inmediatamente la esencia de los objetos; la intuición de la esencia está primero que toda experiencia. Las proposiciones jurídicas tienen una manera propia de ser, independiente del derecho positivo. Se descubre bien, según esto, cuál es el objeto del conocimiento,

(1) Véase pág. 39.
(2) Traducción de José Luis Alvarez. Ed. Bosch. Barcelona, 1934, con bibliografía, prólogo y notas.

la esencia inmediatamente percibida. "Esta ciencia pura que no elabora conceptos y no crea sistemas, una ciencia meramente descriptiva, no constructiva, analítica no sintética". Aquí se ve cuál es la naturaleza del **a priori,** que en realidad precede a la experiencia que construye conceptos o se da con ella inmediatamente. (Ver Bobbio, pág. 71). "Las formaciones jurídicas, como lo hemos dicho, las pretensiones u obligaciones, p. e., tienen una esencia independiente, como las casas y los árboles" (Reinach, pág. 4). Conforme a las premisas fenomenológicas, busca penetrar el campo de las esencias, del **a priori** jurídico, el tipo o patrón de lo jurídico (**Rechtsgebilde,** formación jurídica), que tiene un valor independiente de los principios positivos del derecho. Para las formaciones jurídicas valen los principios apriorísticos. (**Von den rechtliche Gebilden gelten apriorische Saetze** (pág. 5) En este propósito se ocupa principalmente de la promesa como elemento generador de la relación (pretensión **Anspruch** y obligación **Verbindlichkeit**). Estas simples enunciaciones que son insuficientes, para tomar una noción cabal de esta dirección del pensamiento jurídico filosófico, bastan, según la finalidad que nos proponemos, para mostrar hasta qué punto estamos en presencia de una concepción completamente nueva. Se asemeja al positivismo en cuanto sale de la experiencia, pero en nada se refiere al derecho positivo y persigue, como el derecho natural, una esencia, pero su tema no es la justicia, sino el mundo del **a priori** de los elementos del derecho. Esto representa, en el campo de la filosofía, algo semejante a la concepción del factor tiempo en la física einsteniana, en cuanto, como en ésta se agrega una constante nueva en nuestras fórmulas, su concepción del **a priori.** Esta circunstancia crea una grave dificultad para su recta inteligencia y apreciación, puesto que sería preciso modificar el vocabulario filosófico para adaptarlo a la nueva concepción. Véanse: Larenz, pág. 44; Recaséns, pág. 212; Stammler, "Lehrbuch", par. 20,2; Pasquier, "Introduction", pág. 254.

5 — No creemos preciso referirnos concretamente a la obra de Gerhart Husserl (hijo de Edmundo); puede decirse sin embargo que corresponde al otro aspecto de la fenomenología, no al científico, explotado por Reinach, sino al filosófico (Bobbio, nota página 70).

La preocupación principal de G. Husserl se dirige a escla-

necer la fuerza del derecho, su validez, su carácter impositivo, que es, sin duda, el problema fundamental del derecho positivo; él mismo lo reconoce así, cuando expresa al comenzar su libro: "La siguiente investigación está dedicada a un problema capital de la dogmática jurídica; por dogmática jurídica entiendo la ciencia de las premisas esenciales del derecho" (pág. V).

Es digno de mención el esfuerzo de conciliación tentado entre las doctrinas de Kelsen y de Husserl. Félix Kaufmann, "Logik und Rechtswissenschaft. Grundriss eines Systems der reinen Rechtslehre", Tübingen, 1922. (Lógica y ciencia del derecho. Plan de un sistema de doctrina jurídica pura) y Fritz Schreier, "Grundbegriffe und Grundformen des Rechts. Entwurf einer phaenomenologisch begründeten formalen Rechts - und Staatslehre", Wien, 1924). Forma y concepto fundamental del derecho. Plan de una doctrina del derecho y del Estado sobre el fundamento fenomenológico formal), pueden ser citados como ejemplos. Véanse: Crispigni, "Riv. di filos. del dtto.", año 1923, pág. 214; Larenz, pág. 49; Bobbio, pág. 90; Emanuel, pág. 75.

6 — Aunque trasciende de nuestro propio campo, nos creemos obligados a recordar el nombre de Martín Heidegger, en cuyas manos la fenomenología parece alcanzar su definitiva transformación; después de la publicación de su libro "Sein und Zeit", 1927 (Ser y Tiempo), el nombre de Heidegger ha ido a ocupar uno de los primeros puestos de la filosofía contemporánea. A la metafísica del ser, de la esencia, según la concibe la fenomenología trascendental, se ha venido a agregar la metafísica de la existencia; al ser por el existir sería la fórmula de la escuela contenida en el título de la obra fundamental, "Sein und Zeit" (3). Es interesante recordar el episodio según el que, merced a la influencia de este nuevo pensador, vuelve la fenomenología a los cauces kantianos (4). Según la interpretación de Heidegger "Kant und das Problem der Metaphysik", 1929, Kant se propuso dar una fundamentación de la metafísica y no la ló-

(3) Pueden verse las penetrantes notas de Emile Gouiran. "Prolegómenos a una filosofía de la existencia", Buenos Aires, 1937.

(4) Pueden verse: Kreis, "Phanomenologie und Kritizismus", Tübingen, 1930; Zocher, "Husserls Phanomenologie und Schuppes Logik", München. 1932; Kraft, "Von Husserl zu Heidegger". Leipzig 1932. Bobbio, pág. 90.

gica de las ciencias físico-matemáticas como se ha creído (5). Queremos transcribir para cerrar estas referencias, la síntesis expuesta por Gurvitch sobre la dirección general de la filosofía alemana de nuestros días. "La filosofía de Heidegger verifica perfectamente lo que decíamos de las tendencias actuales de la filosofía alemana, que hemos caracterizado por un esfuerzo de síntesis entre el movimiento fenomenológico y la tradición del idealismo post-kantiano. La señaladísima hostilidad de Heidegger contra Hegel y su dialéctica panlogista y emanatista, que era de esperar, a causa del consecuente irracionalismo de Heidegger, subraya una vez más que teníamos razón al ver en el movimiento fenomenológico, una reacción profunda contra el hegelianismo, y que la orientación hacia una síntesis entre la fenomenología y el idealismo post-kantiano se produce en favor de la tradición del Fichte del período de madurez y de Schelling. Pág. 316. Heidegger, "¿Qué es Metafísica?" en revista "Sur", año II, pág. 128; Carlos Astrada, "La problemática de la filosofía actual", en "Revista de la Universidad Nacional de Córdoba", 1929, Ns. 1 y 8.

(5) Una traducción de los pasajes fundamentales de las obras de Heidegger ha sido publicada por Henry Corbin. "Qu'est-ce que la métaphysique" 1937. Gallimard, París.
Acaba de aparecer una síntesis expositiva de la filosofía de Heidegger como metafísica general, del profesor chileno Wagner de Reyna, precedida de una aguda "anotación preliminar" del profesor Francisco Romero. "La ontología fundamental de Heidegger, su motivo y significación". Buenos Aires 1939.

una aplicación sobre el estudio de la sociedad, que ya no se funda sobre algunos prejuicios metafísicos, sino en el conocimiento de la vida.

4 — Bunge dice con profunda verdad: el método es inseparable de la doctrina; la propensión vulgar a concebir la doctrina como una cosa hecha, es decir, prescindiendo de su elaboración, da ocasión a las más erróneas interpretaciones; pues la inteligencia humana no comprende satisfactoriamente sino pensamientos que puede reconstruir genéticamente. (Pág. 254, I). Proposición semejante a aquella otra de Vico, que Benedetto Croce analiza tan agudamente: **"All'uomo non é data la scienza, ma la sola coscienza, la quale per l'appunto volge sulle cose di cui non si puó dimostrare il genere o forma onde si fanno. La veritá di coscienza é il lato umano del sapere divino, e stá questo come la superficie al solido: piuttosto che veritá, dovrebe dirsi certezza. A Dio l'intelligere, all'uomo il solo cogitare, l'andare raccogliendo gli elementi delle cose senza mai poterli raccogliere tutti".** "Giambattista Vico", 1911. (Pág. 5).

Conforme a su filosofía positiva y a su sistema jurídico, Bunge concibe su método integral. Como el fenómeno derecho se compone de una serie de elementos físicos y psíquicos, no podrá ser conocido íntegramente si no se estudian todos los elementos que concurren a él. De aquí la necesidad de un método integral que abarque la totalidad de esos elementos. El método integral se divide en cinco fases distintas: 1) la biológica; 2) la económica; 3) la histórica; 4) la psicológica; 5) la jurídica, propiamente dicha. Advierte que esta clasificación está lejos de abarcar todos los campos de los fenómenos que influyen sobre el derecho, pero cree que los restantes quedan incluídos en los anteriores, y para evitar la objeción de que en su metodología no se reconozca un puesto al procedimiento de coordinación, de unificación de los conocimientos, introduce un sexto proceso metodológico que llama sintético.

El derecho es una manifestación o producto de la vida orgánica; en consecuencia, los estudios biológicos han de servir para explicar su génesis y esencia. (Pág. 269, I). El materialismo histórico, o sea el influjo del factor económico, es decisivo, aunque no único ni absoluto, en la formación del derecho; y así co-

mo en estos ejemplos, el doctor Bunge recorre todas las otras fases de su metodología para fundamentarlas.

El procedimiento sintético, que corona el método integral, ofrece particular interés. La síntesis anuncia los sistemas, las doctrinas, la metafísica de que tanto huye el doctor Bunge; por eso se cuida bien de caracterizar el alcance que quiere dar a este procedimiento. "La síntesis, nos dice, no implica, por tanto, ni generalización ni sistema, sino simplemente coherencia y veracidad. Su mérito es más bien de didáctica que de investigación. En otros términos: el procedimiento sintético representa las conclusiones del método integral." (Pág. 291, I).

En resumen, el doctor Bunge procura no prescindir en su estudio de todos los factores que obran sobre la formación y desenvolvimiento del fenómeno jurídico; quiere estudiarlo con espíritu positivo; estos dos sentidos definen el carácter del método integral. Su clasificación no satisface, sin embargo, plenamente; no reconoce el verdadero valer de la influencia del factor social sobre el derecho. El derecho asegura la vida social, hace posible su existencia; a esto se refiere la máxima de Ardigó que representa a la justicia como la fuerza específica del organismo social (2), pero no debe olvidarse que en el desarrollo social los ideales del grupo se vuelven sobre el derecho para modificarlo o colorarlo. Este factor, que es para nosotros el de mayor trascendencia, no tiene, por cierto, su puesto en los procedimientos de la metodología bungeana.

Un verdadero método integral positivo debería abarcar los tres campos fenomenológicos fundamentales: cósmico, psíquico y social, en función del derecho: estudiar la cosmogénesis, la psicogénesis, la sociogénesis del derecho, como diría Groppali ("Il problema della formazione del diritto," pág. 191), consideradas en el tiempo (método histórico), en el espacio (método comparativo) y aplicando a sus conclusiones los resultados del pensamiento filosófico.

Estas son, al menos, nuestras ideas; pero advirtamos justicieramente la perfecta lógica, ante su propio sistema, de las ideas del doctor Bunge. En su realismo extremo no cabe el factor ideológico; las aspiraciones sociales nada valen para él en cuanto no son otra cosa que ciegas expresiones de las fuerzas naturales.

---

(2) "Sociología", en "Opere filosofiche", pág. 103.

5 — La filosofía positiva de Bunge, su sociología bio-psíquica, su método integral, le llevan a fundar una teoría peculiar del derecho.

Las exigencias de la vida impusieron al hombre primitivo, para subsistir, la necesidad de asociarse y de dominar, por la inteligencia, la adversidad del medio natural. Su actividad, desarrollada en forma particular y repetida, llegó a adquirir el carácter de un precepto que, cuando se refería a la apreciación de lo verdadero, constituía una norma lógica; a lo útil, norma técnica, y norma ética cuando era relativa a la conducta humana en general.

Las normas éticas, únicas que nos interesan directamente en este instante, han nacido ajenas a todo pensamiento de finalidad, por el simple hecho de la asociación, como producto necesario de la vida social. Estas normas, impuestas para guiar la conducta humana, aunque en los comienzos de la vida social formaban un solo cuerpo, en su desenvolvimiento fueron caracterizándose hasta distinguirse en costumbre, derecho y moral. A la ética, en su conjunto, se la estudia bajo dos puntos de vista: práctico, de ética-fenómeno, **y teórico**, de ética-ciencia. A la ciencia de la ética se la considera con criterio perfeccionista o eudemonista, afirmando el primero bases metafísicas inaceptables, de fines y sentimiento.

Para alcanzar el concepto del derecho, como parte de la ética, será preciso apartarse de todo sistema metafísico o racional y estudiarlo en la realidad presente y pasada. Así considerado, se advierte que se llaman jurídicas "a las normas de la conducta humana impuestas por la costumbre, la tradición, las ideas reinantes o las leyes, siempre que la violación de estas normas pueda tener una sanción o castigo por parte del poder público". De lo que resulta que la norma jurídica es un hecho o fenómeno social, cuyo carácter se lo da la imposición coercitiva del poder público. (Pág. 18, II).

El derecho, reducido como vemos a las normas impuestas por el poder público, puede estudiarse analizando los casos, la ciencia del derecho, la razón o filosofía de las leyes.

El derecho ha nacido independientemente de la voluntad y de la conciencia, por una "aquiescencia experimental" ajena a fines, como un organismo; verdad que ignoran las escuelas de filosofía racional y metafísica.

El crecimiento del derecho se realiza a base de lucha; sea contra la injusticia: a Themis, diosa de la justicia, se la represen-

ta con una balanza en una mano y una espada en la otra; con la balanza pesa el derecho, con la espada lucha por establecerlo; o sea también, en otra forma de lucha consciente y voluntaria, cuyo objeto es el cambio del derecho: la revolución o la evolución del derecho.

¿Cuál es la esencia del derecho? La fuerza, la coacción que lo acompaña. El derecho no es sino "una sistematización de la fuerza", o sea, la "fuerza sistematizada". Y se comprende fácilmente este concepto: si no hay derecho sin "la sanción o castigo del poder público", la fuerza y el derecho se confunden. Derecho sin fuerza no es derecho; en cambio, toda sanción crea derecho; luego, lo esencial es la fuerza. Así se explica que el libro del doctor Bunge fuera traducido al francés con este título: "Le droit c'est la force". Sentencia paradojal que queda bien comentada y esclarecida con sólo leer el capítulo XXI, en su parte relativa al derecho internacional.

No hay para qué decir que el derecho natural, o mejor el filosófico, no existe; no hay para qué hablar de filosofía del derecho, sino al modo de Korkounov, de teoría general del derecho, ni del derecho de los débiles. "El espíritu de rebelión de los débiles ha arrancado como cosa artificial desde el cristianismo".

En la evolución del derecho los prejuicios antropomórficos o antropocéntricos han supuesto fines de perfeccionamiento humano. Nada hay, sin embargo, más falaz que semejante creencia; el derecho se desenvuelve en virtud de simples causas naturales, que nada tienen que hacer con la libertad, la sociabilidad, el progreso y tantas otras cosas que se suponen fines humanos. "El derecho se forma por meros movimientos vitales, tan mecánicos y simples como las reacciones adaptativas de los microorganismos que fluctúan entre el reino animal y vegetal". Luego, a través de largas edades geológicas, la estirpe adquiere conciencia y voluntad y se constituye el epifenómeno o sobre-agregado psicológico. Pues bien: el derecho consciente y voluntario es un modo de epifenómeno o de sobre-agregado al derecho primitivo y original."

El derecho no es sino un producto de la selección natural y de la herencia biológica; de ahí que sólo la biología podrá descubrir su **última ratio.**

Digamos, para concluir: el derecho es un conjunto de poderes tendientes a la realización de un fin de progreso, y el progreso

es una manifestación objetiva de la evolución orgánica. (Pág. 52, II).

Hasta aquí hemos resumido, con la mayor fidelidad, la teoría jurídica del doctor Bunge; agregaremos algunas líneas más, intentando fijar su valer y su carácter.

6. — Los antecedentes jurídico - filosóficos de la teoría del doctor Bunge los conocemos por su propia declaración al hablar del método: "La ética", de Wundt; los "Principios jurídicos", de Bierling; la "Teoría general del derecho", de Korkounov, y las "Lecciones de filosofía del derecho", de Vanni.

Ciertamente que estos filósofos y juristas no pertenecen a una misma escuela, ni el doctor Bunge ha tratado de amalgamar sus ideas en una sola teoría; por el contrario, si exceptuamos a Korkounov, que pertenece a la misma escuela de Bunge, y a Bierling, en cierto sentido, los otros no parecen haber ejercido sobre él influencia alguna.

El sistema jurídico del doctor Bunge encuadra dentro de la teoría "realista" moderna, en cuanto sostiene que no hay otro derecho que las normas impuestas coactivamente por el poder público, que no hay otra filosofía o ciencia del derecho que la teoría general relativa a esas normas.

Un principio semejante importa desconocer toda idea o noción de justicia; todo principio ideal superior a la ley escrita, niega la esencia misma del derecho, para fijarse exclusivamente en su manifestación exterior, objetiva: la ley o norma jurídica. Vanni hace notar con propiedad, que esta escuela confunde la legalidad con la justicia ("Lezioni," pág. 270). Lo que la ley sanciona y la fuerza sostiene, es legal, pero no por eso es justo. La fuerza, por más sistematizada que se halle, no alcanzará nunca la propiedad de volver por sí justa una norma jurídica. Es así cómo la teoría "realística", ante la dificultad de dar al derecho un fundamento intrínseco, ha renunciado a su conocimiento, limitándose a fundar una teoría de la ley.

El doctor Bunge, al reducir su filosofía a una simple doctrina general del derecho, al Allgemeine Rechtslehre, ha cedido a la influencia predominante al tiempo de sus primeras preocupaciones jurídicas.

Ante los excesos del dogmatismo y de la metafísica y la ineficacia de los resultados de estas escuelas, los juristas del siglo pasado se vieron impelidos a abandonar la vieja filosofía metafísica del derecho; a renunciar, como dice Geny ("Science et Technique", pág. 21, II), a la ambición de robar a la justicia ideal sus secretos impenetrables, y se concretaron a fundar un sistema científico, a base del derecho efectivamente existente. A esta época, que ofrece como nota distintiva común ese horror por el derecho natural, corresponde la obra del doctor Bunge, que por medio de Korkounov se vincula a Merkel y Bergbohm, sistematizadores de los principios de la escuela. Coincide con esta nueva dirección de los estudios jurídicos, la crisis mundial por que ha pasado la filosofía del derecho, relatada y documentada con juicio y erudición por Juan Bautista de Lavalle en su libro la "Crisis contemporánea de la Filosofía del Derecho", (Lima, 1901).

Pero la orientación de las ideas y las convicciones cambian con los tiempos; desde que Saleilles, en 1922, habló en la "Revue de Droit Civil" del renacimiento del derecho natural, se ha operado en el mundo una verdadera transformación. Charmont ha detallado la "Renaissance du Droit Naturel," (Montpellier, 1910); Kohler, el implacable enemigo de Ihering, ("Moderne rechtsprobleme", 1907, pág. 1), ha declarado que después de cincuenta años de separación y repudio, la filosofía vuelve a unirse al derecho; Geny, en su obra "Science et Technique" dedica particular atención a las nuevas escuelas filosóficas del derecho y en especial a la del padre Cathrein; y por fin, lo más significativo de todo: en los Estados Unidos se ha constituído en 1910, The Editorial Committee, en el seno de la Association of American Law Schools, para divulgar el conocimiento de los modernos juristas filósofos europeos. ("Rivista italiana di Sociologia", 1916, pág. 212).

Bien se sabe que no se trata de volver al viejo derecho natural metafísico; se procura, más que otra cosa, proclamar la legitimidad de la filosofía; la posibilidad de un derecho natural semejante al que explica Stammler: **Ein Naturrechts mit wechseln. den Inhalt.**

Acaso podríamos decir al doctor Bunge, con sus mismas palabras, que si comenzara de nuevo su carrera literaria, la influencia de las nuevas corrientes atenuaría un tanto sus preocupaciones antifilosóficas y antimetafísicas.

Si notamos las huellas de la teoría "realística" en las ideas del doctor Bunge, no está, en nuestro sentir, menos manifiesta la influencia de la doctrina bio-sociológica, sistematizada principalmente por Spencer.

No es esta, sin duda, la oportunidad de intentar la crítica de esta escuela biológica, analizada y juzgada ya definitivamente (Groppali, "Il problema del fondamento intrinseco del diritto" (1905), pág. 160), pero es útil advertir que la investigación de los orígenes ha oscurecido en la mente del doctor Bunge el concepto del derecho. Entre el hombre animal primitivo y el hombre moderno, hay la profunda distancia que separa la animalidad de la humanidad; para aquél el factor biológico resulta esencial y hasta único; para éste pierde su primitivo valer, a fin de entrar en el concurso de todas las fuerzas sociales. Por ingeniosa que sea la aplicación de las leyes de la vida a la sociedad, no llega a satisfacer; pues, al menor análisis se descubre la falacia que resulta de aplicar a la sociedad, organismo de ideas, las leyes de los organismos naturales.

7 — Cualesquiera que sean los lunares que la crítica descubra en la obra del doctor Bunge, el valor positivo de su labor en conjunto, hará olvidar y hasta disculpar aquéllos. Fué un incansable obrero de la ciencia; su independencia de ideas y la originalidad de alguna de sus concepciones muestran la agudeza de su ingenio y la fuerza de su voluntad; rasgos que aseguran a sus escritos vida perdurable.

Su credo moral independiente, contrario a toda idea de humanidad, a todo sentimiento de amor cristiano, muestra el peculiar estoicismo con que sabía sostener sus convicciones. No creo que deje una legión numerosa de discípulos que sigan sus ideas: eran tan personales y sentidas; pero habrá contribuído a desarraigar hondos prejuicios; habrá roturado el campo en donde otros, ya libre de malezas, arrojarán la nueva simiente.

Su personalidad literaria podría resumirse en algunas breves notas. Dialéctico sutil, sabía encadenar las pruebas con lógica y orden admirable. Erudición vasta, universal, ayudada por una ardiente y poderosa imaginación, capaz de las más amplias generalizaciones. Su mayor defecto lo encontramos en esa tendencia peculiar a simplificar aun las cuestiones más complejas y a pre-

sentarlas en una forma esquemática, valiéndose de una excesiva seguridad en los juicios, traducidos, a veces, en un estilo demasiado franco (Pertusio, "Il diritto," Prefazione, pág. XIII).

En este bregar infinito por las ideas, hagamos un alto; cerremos los libros del doctor Bunge y, secretamente, con suave emoción, recojamos la esencia de su vida; ese continuo y noble batallar en persecución de un ideal de justicia y de verdad, que importa su mejor enseñanza; guardémosla íntimamente, que vale más que todos los pensamientos y las obras de los hombres.

FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS
BIBLIOTECA

II — EL IDEALISMO DE JOSEF KOHLER

1 — El neo - hegelianismo de Kohler. 2 — Su fundamento filosófico. 3 — El sistema. 4 — La política jurídica. 5 — Apreciación crítica.

1 — Nadie podría disputar a Josef Kohler, por la profundidad de su obra y por la extensión de su influencia, los títulos a ser considerado como representante de la orientación filosófico - histórica en el campo del derecho.

Kohler, que ha sido clasificado entre los neohegelianos, ha recibido de Hegel la idea de la evolución, según la cual las cosas no son, es decir, no tienen una esencia permanente sino que van transformándose, en un eterno proceso; según esto, a la concepción metafísica que enseña a buscar una esencia inmutable, debe oponerse la concepción histórica del cambio constante, de la evolución. Si aplicamos esta concepción al campo del derecho, resulta que todo lo que sobre él es posible conocer está contenido en su historia concebida como un proceso universal y eterno, en persecución de un ideal de cultura. Cada derecho nacional debe ser considerado como un miembro que participa de la cultura universal, que es como un esfuerzo de elevación de abajo a arriba, que cada pueblo realiza participando de la cultura universal. Este proceso de la cultura, en el campo del derecho es sólo posible recomponerlo comparando las leyes de todos los pueblos, para trazar sus progresos y sus regresiones, la ley universal de su desarrollo; así se explica que Kohler oponga al voluntarismo de Ihering y a la metafísica del derecho natural, una especie de fatalismo historicista.

No podría penetrarse, ni siquiera de un modo superficial, en la concepción del derecho de Josef Kohler, sin referirla en sus líneas esenciales a su posición filosófica, a la que está unido su sistema de derecho, de modo tan indisoluble que sólo representan miembros inseparables de un mismo cuerpo.

2 — No es posible discutir, ya que él mismo lo reconoce reiteradamente, que Kohler forma en el grupo de los nuevos hegelianos, los cuales, aunque salidos del maestro, han sabido renovar la sustancia y dar a la doctrina una nueva forma.

La obra de Kohler ha nacido bajo la impresión de la incapacidad del crudo positivismo para responder a los interrogantes fundamentales de la ciencia y de la filosofía, y ante la bancarrota de las posiciones metafísicas racionalistas absolutas. Desde luego, ha concebido la necesidad, para que exista ciencia, de una potencia organizadora, de una fuerza de unidad que explique la regularidad del desenvolvimiento de los seres, dándonos la llave de su proceso, por encima de las frívolas explicaciones racionalistas y de las gibosidades positivistas; es decir, reconoce la necesidad de una filosofía seria y fundamental que preste unidad y resuelva las oposiciones de los seres y las cosas. Encuentra satisfacción semejante anhelo en un fino panteísmo, que si no lo ha tomado directamente de Hegel, viene de mucho más atrás, de los filósofos indios, de Platón, de los árabes, de la Edad media (1).

Kant había enseñado la dualidad entre el yo y el no yo, los hegelianos la funden en la unidad del ser que se muestra en el devenir, "la base de todo una fuerza general dotada de una inconsciente tendencia hacia un fin"; el universo es, por tanto, un desarrollo indefinido en el que la esencia de los seres, permanente y eterna, va mostrándose y realizándose en el proceso de la vida; el ser y el no ser se funden, pues, en el devenir. Del mismo modo lo uno y lo múltiple, la unidad y la pluralidad de la sustancia se funden en la ley de la causalidad, que une lo particular al gran todo, porque aun lo particular es hijo de una causa y por ella queda ligado a la vida del todo. Este panteísmo permite llegar al conocimiento de la realidad; si los seres y las cosas se encaminan en un proceso eterno hacia un fin, podemos concluir que hay un pensamiento inmanente en el universo, esencia de todas sus transformaciones. Hegel cometió el error de asimilar este pensamiento al pensamiento individual del hombre, y abusó de esta analogía para crear su dialéctica y explicar las transformaciones según la forma lógica de la tesis, antítesis y síntesis; los nuevos hegelianos despreciando esta forma lógica se han asimilado la sustancia, aceptando el proceso, el principio de la transformación. Hay hasta aquí dos principios fundamentales que es preciso retener: un panteísmo idealista; existe un pensamiento inmanente del Universo que lo lleva a un fin, y una evolución eterna que no es más que esa esen-

(1) Geny, "Science et Technique", T. 2, pág. 111.

cia ideal que va mostrándose a través de los cambios; las cosas van haciéndose en el eterno devenir. Así vemos conciliada la opinión de los que afirman que todo cambia, que todo se transforma, que la esencia es inalcanzable, con aquella que ve en las cosas una esencia permanente, inmutable, eterna.

La evolución hegeliana es el desarrollo de la idea como esencia de las cosas, es como un plan divino que se cumple y nos encamina hacia la Idea absoluta; los neo hegelianos reemplazan esta entidad abstracta e inexplicable de la idea, en lo relativo al hombre, por una noción más comprensible y clara: la cultura; es decir, que la vida de la humanidad no es sino un proceso de evolución, no siempre ascendente ni rectilíneo, movido eternamente por una fuerza inmanente que la empuja hacia un fin de civilización, de cultura; de modo que la evolución, ley fatal del universo, toma para la humanidad la forma de un proceso de cultura. Por cierto que no es nada fácil precisar qué es para Kohler la cultura, justamente porque se trata de una noción metafísica imposible de delimitar, y en prueba de ello valgámonos de la propia definición que nos ha de servir, si no para precisarla, a lo menos para dejarla bien caracterizada. "Cultura es la evolución (desarrollo, desenvolvimiento) de las fuerzas contenidas en la humanidad, hacia una forma predefinida de humanidad", y en otro sitio nos la define en su sentido místico, mucho más difícil de precisar, "como una corriente continua de magnificencia divina, con el fin de realizar las aspiraciones de Dios". ("Filosofía", pág. 23).

Toda la obra del saber humano debe, en consecuencia, moverse en la única tarea posible: la de reconstruir ese proceso de cultura; para ello es indispensable partir de la idea de la realidad del tiempo y del espacio. Los kantianos habían enseñado antes, que estos no eran sino forma **a priori** del conocimiento; Kohler cree que son realidades comprobables, no sólo por los sentidos sino también por nuestra propia corporalidad. Tiempo y espacio dominan en el mundo fenoménico; ellos no son apariencias sino realidades ("Filosofía", pág. 10). De esto se desprende que todo el saber viene a resumirse en la historia. Si la metafísica enseña que hay un pensamiento inmanente en el universo, que es como un plan divino, que las cosas van revelando en su eterno proceso; si el conocimiento positivo no puede aspirar a poseer ese pensamiento, todo nuestro saber queda contenido en la historia que nos muestra a través del tiempo, en el espacio, las formas su-

cesivas adoptadas por ese pensamiento y que nos permite trazar la evolución ideal. Es así cómo este hegelianismo viene a ser una filosofía de la identidad que funde en uno el problema del ser y el conocer, la unidad y la pluralidad, el ser y el no ser.

El derecho en esta concepción no es nada más que un fenómeno de cultura y, a la vez, elemento indispensable para que el fin a que la cultura se encamina sea alcanzado. Existe en toda sociedad un ideal que corresponde a su tendencia predominante, y que no podría realizarse sin la colaboración del derecho; bien se comprende que este ideal es para Kohler trascendente; el individuo no es más que un órgano del todo; el individuo debe reconocer en su propia voluntad la presencia de lo divino. El jurista debe limitarse a poner en relación los hechos con ese sistema del mundo, si pretende llegar a la ciencia y a la filosofía.

3 — Es claro que ante esta concepción es indispensable aplicar un método de riguroso positivismo para conocer los hechos, y en el campo del derecho ninguno ofrece mayor seguridad que el método comparativo. Kohler lo reconoce expresamente: "sólo una investigación comparada verdadera, seria, elaborada, es sin duda el antecedente indispensable para alcanzar a una filosofía científica del derecho". ("Problemi", pág. 28). Resulta así la obra jurídica fundamental de Kohler un derecho comparado que lo lleva al conocimiento de los hechos; por ello recompone el proceso del desenvolvimiento y funda una historia universal del derecho, la que ligada a su concepción del mundo se vuelve una verdadera filosofía del derecho. Derecho comparado, historia universal, filosofía del derecho, son las tres etapas indisolublemente ligadas en el desenvolvimiento de su pensamiento. Así debe entenderse la exacta afirmación de Geny cuando escribe: "su filosofía del derecho no parece representar otra cosa que una continuación, apenas un prolongamiento, o acaso más bien una síntesis de sus estudios de derecho comparado". ("Science et Technique", pág. 119).

En esta dirección del derecho comparado sirve para la constitución de una ciencia, la historia universal del derecho comparado. Kohler mismo lo expresa así, con claridad, cuando escribe: "La historia universal del derecho, que suele también denominarse ciencia del derecho comparado, tiene por objeto la investigación, hasta donde sea posible, del derecho de todos los pueblos,

lo mismo de los vivos que de los muertos, e investigarlo no sólo por lo que se refiere al orden jurídico objetivo, sino también a su actuación en la vida jurídica subjetiva. Este campo es infinito, tan infinito como la historia del espíritu humano, y no es aquí nunca posible, naturalmente, sino una aproximación al ideal; no sólo a causa de la enorme extensión del asunto, sino también, ante todo, por haber desaparecido tan extraordinario número de materiales". ("Filosofía", pág. 55).

En este pasaje están contenidas las bases fundamentales de su método; es preciso estudiar el derecho de todos los pueblos de la tierra, pero advirtiendo que cada derecho nacional no es sino un miembro de la cultura humana y que sus caracteres sirven para esclarecer la imagen total de la humanidad (2). Es preciso no olvidar que la evolución del derecho de los pueblos está sometida a las leyes del progreso, que una dirección única le sirve de base y que la evolución comporta dos elementos: la obediencia a ciertos fines y la libertad en los medios, que reunidos producen la legalidad (3).

El segundo principio metodológico nos impondrá comparar sólo las instituciones de pueblos que se encuentran en el mismo grado de cultura, juzgado no sólo por su manifestación exterior sino por sus caracteres interiores, comprendiendo entre estos los que resultan de la influencia de los grandes hombres, "seres casi sobrehumanos", y de la influencia que las legislaciones de pueblos extranjeros ejercen sobre cada derecho nacional.

4 — Pero hemos dicho que la juridicidad supone medios escogidos libremente para alcanzar fines necesarios; cabe, pues, la acción inteligente del jurista en la elección de los medios; cabe, en una palabra, la política jurídica, en la que tanto auxilia el derecho comparado. "Nosotros reconocemos ahora, que el jurista no es solamente un investigador del derecho, sino también un político del derecho, cuyas experiencias pueden ser puestas al servicio del progreso del derecho", como afirma Kohler con toda precisión ("Congrés", pág. 234). Sea por medio de la técnica del derecho, sea por la filosofía del derecho, no es dudoso que este neohegelianismo quiere influir en la evolución del derecho, no por cierto para cambiar de dirección al proceso fatal de la cul-

(2) Sauser Hall, "Fonction et méthode du droit comparé", pág. 100.
(3) "Congrés International de droit comparé". t. I, pág. 229.

tura, sino simplemente para acelerar en los pueblos retrasados el movimiento de la civilización. De aquí resulta, sin embargo, una aparente contradicción cuando leemos, por una parte, que el derecho no es más que una manifestación del espíritu racional que gobierna la humanidad y de su impulso cultural ("Filosofía", pág. 47), y en otro lugar agrega: "En todas estas relaciones se trata de sentir dentro de sí mismo el impulso de la evolución y de trabajar para elaborarlo. El jurista deviene así colaborador consciente de la idea del mundo y de la historia universal". (Pág. 49). Pero es lo cierto que si el panteísmo de Kohler no anula totalmente la libertad y la acción humana, la deja reducida a límites de inferioridad y de estrechez notorias. ("Filosofía", pág. 19).

En resumen: el método comparado consiste en la constatación de las instituciones jurídicas positivas, en su comparación entre sí, para rehacer el proceso fatal de la evolución de la cultura de la humanidad, que nos conduce a fundar una historia universal general del derecho, que nos permita continuarla en el presente, acelerando o encauzando su proceso dentro del plan divino; en consecuencia, el derecho comparado tiene una doble función: científica, en cuanto constata hechos, deshace procesos, funda tipos y clasificaciones; práctica, en cuanto ayuda al jurista a encajar las leyes nacionales dentro del verdadero plan racional que preside el desenvolvimiento de la cultura humana.

5 — No será preciso detenerse largamente para demostrar cuán lejos nos encontramos de esta dirección fundamental. La obra de Kohler resulta estimable en cuanto condena la quimera de un derecho natural, inmutable y eterno, y el frío y estéril positivismo; "existe para todos los tiempos una regla de relación, la regla de relación entre el derecho y la cultura que recibe solamente un contenido variado en la infinita variedad de los estados de formación humana" (Geny, p. 118). Diremos, pues, que existe algo estable para todos los tiempos y algo que cambia con el carácter de la cultura de cada época. Es cierto también que Kohler, implacable enemigo de Ihering, ha pretendido destruir su voluntarismo tan poco filosófico ("Filosofía", p. 37), para fundamentar un nuevo positivismo, fecundo en idealidad, que ha servido de base a su inmensa obra de jurista, de graves y severos rasgos, capaz de fructificar independiente de su sistema filosófico;

pero su grande error, que nos impone apartar sus puntos de vista fundamentales, radica en haber creado entre el ser y los fenómenos una entidad romántica: la cultura, que deforma la realidad para adaptarla a su concepción particular, que no tiene por cierto mejores títulos que la de otros tantos para exigir el homenaje de las inteligencias; es como la fórmula de una fe que liga tan sólo a los creyentes. Esta concepción romántica le ha llevado a fundir el conocimiento de los hechos y su esencia metafísica en el proceso de la evolución, resultando que todo saber se encierra en la historia que constata los hechos y retrasa la evolución. Rechazamos la concepción del neohegelianismo y no aceptamos tampoco que haya una sola evolución, que sea posible una historia universal humana en el sentido que Kohler lo pretende, como una ascensión de abajo a arriba, sino tantas evoluciones como culturas, imposibles de ligar entre sí en el campo de una suprema finalidad.

No es, entonces, para nosotros el derecho comparado un antecedente de la historia universal del derecho cuya sustantividad negamos, y desconociendo esa finalidad trascendente a donde se dirige la evolución, no aceptamos tampoco la función práctica que Kohler quiere reconocer al derecho comparado. En fin, de Kohler recogemos la enseñanza de su virtuosa labor, la masa inmensa de materiales, observaciones, datos, que valen por sí, independientes de la posición filosófica neohegeliana, bastante fecunda, sin embargo, como para continuar fructificando.

FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS
BIBLIOTECA

III — INFLUENCIA DE KANT SOBRE FILOSOFIA DEL DERECHO CONTEMPORANEA

1 — El recuerdo de Kant. 2 — Necesidad de un estudio de conjunto. 3 — El verdadero valer del kantismo. 4 — Los principios fundamentales. 5 — Las escuelas neo-kantianas. 6 — Nuestro propósito.

1 — El segundo centenario del nacimiento de Kant ha servido para poner de manifiesto, una vez más, el inmenso prestigio de su nombre y la poderosa influencia que ha ejercido sobre el pensamiento filosófico y científico posterior. A la imponente e innumerable bibliografía kantiana, se ha agregado una literatura de homenaje, que, especialmente en Alemania, ha venido a atizar el fuego inextinguible de ese culto intelectual rendido a Kant, a su vida, a su filosofía (1).

Bastaría observar la devoción con que los unos acogen esta celebración y el ardor de los ataques de los otros, para afirmar que Kant vive aún en el pensamiento de los hombres de nuestro siglo, en cuanto lo niegan y combaten, como cuando se rinden a la sugestión de su influencia.

2 — Para estudiar y fijar el influjo de Kant sobre la ciencia del derecho y sobre su filosofía, es indispensable considerar el sistema en su conjunto, porque siendo sistemático por excelencia el pensamiento kantiano, no podríamos llegar a su precisa inteligencia, si nos detenemos a estudiar tan sólo un aspecto particular. Por otra parte, tratándose del derecho, muy poco podría alcanzarse con su análisis particular dentro de la obra de Kant, por cuanto éste no se propuso, propiamente, elevar un sistema jurídico, sino revelarnos la naturaleza del derecho, sus peculiaridades y esencia, de tal naturaleza, que a su respecto podríamos decir lo que Boutroux afirma de la moral kantiana, en la que no se propuso Kant investigar cómo, en el hecho, se conducen los hombres, ni

(1) Hacemos referencia a los trabajos recientes de Voerlander, Cassirer, Bauch, Helle, Buchenau, Cohen, Riehl, Messer, Adickes, Kuhnemann, Kroner y muy especialmente a la aparición de "Eine Vorlesung Kants uber Ethik" publicado por Paul Menzer, que constituye el más significativo aporte para ayudarnos a penetrar en el pensamiento de Kant. Véase Arthur Lieber. "Neue Kant Literatur. Gesamt Katalog der Deutschen Philosophischen Literatur".

se ocupó de componer tratados de geografía moral, sino simplemente quiso saber si el imperativo de la moral es un hecho bruto, orden arbitrario o sugestión del sentimiento, o si se apoya en razones válidas para toda inteligencia (2). En su tiempo, además, el estado de los conocimientos jurídicos no permitía una poderosa sistematización; todo el saber jurídico estaba reducido al derecho privado; el derecho público, el penal, y tantas otras ramas no se habían aún formado, de tal manera, que el real influjo de Kant sobre la doctrina jurídica no procede de su doctrina del derecho, sino principalmente de su sistema filosófico.

3 — En la filosofía kantiana aparece como punto de partida, en la fundamentación de la ética, el consenso común o el sentido moral que nos asegura de la existencia ineludible de las leyes morales, que como se encaminan a crear un deber, imponen inevitablemente un concepto de libertad como su último fundamento. Si debes, es que puedes; el deber no puede ser concebido sino en relación a un agente libre; luego, la libertad es el fundamento último de la ética.

Las leyes de la libertad, opuestas a las de la naturaleza, ofrecen aspectos diferentes según se refieran al derecho o a la ética propiamente dicha. Las jurídicas se aplican a las relaciones exteriores entre los hombres y a su conformidad a la ley; tienen como punto capital de referencia los deseos y las necesidades particulares del sujeto, cuya acción debe conformarse a las leyes de la libertad, en cuanto son compatibles con la libertad igual de otro hombre (3).

Aquí surge la grave cuestión, sobre si Kant permaneció fiel o no, en el campo de la ética y en el del derecho, a las bases de su método trascendental (4).

Kurt Lisser, en un trabajo reciente (5), sostiene que si bien en la ética se apartó de ellas, en el derecho ha permanecido fiel a la deducción trascendental, a los dos conceptos fundamentales de su filosofía crítica: el hecho externo, de que siempre parte, y el

(2) E. Boutroux, "La natura e lo spirito", R. Carabba ed., 1909, pág. 78.
(3) Léon Duguit, "Jean - Jacques Rousseau, Kant et Hegel", París, 1918, pág. 23.
(4) Si se quiere penetrar en el sentido y esencia de la filosofía kantiana, como dice Voerlander ("Historia de la Filosofía", t. II, pág. 157), es preciso principalmente dominar su método.
(5) "Der Begriff des Rechts bei Kant — Mit einen Anhang über Cohen und Gorland" — Verlag von Reuther und Reichard — 1922.

método trascendental con el que llega a conceptos puros fundamentales. El derecho positivo corresponde al hecho externo, y los principios puros del derecho sirven de base a la doctrina positiva, en la que están contenidos dichos principios **"Das Faktum der Wissenschaften ist hier das positive Recht, von Kant auch das statutarissche genannt, im Naturrecht sind dessen Prinzipien enthalten. Hier bewegt sich Kant wieder ganz in der Bahn, die die Kritik der reinen Vernunft vorgezeichnet hat: "dass alle unsere Erkenntnis mit der Erfahrung anfange" bedeutet hier, es muss tatsaechlich positives Recht vorliegen als das Material der philosophischen Kritik, die ohne solches Faktum durch anmassliches Konstruieren mit der Rechtswissenschaft in dilettantischen Wettbewerb treten würde"** (6). Punto de vista que contrasta con la autorizada opinión de Stammler, según la que, Kant no ha llevado a término su investigación, siguiendo las enseñanza de su método trascendental. **"Aber Kant"**, nos dice, **"hat in seine Rechtslehre die kritische Methode selbst nicht voll durchgeführt"** (7).

Queda fuera de nuestras preocupaciones, en este momento, el problema de la unidad y coherencia del sistema total de Kant, a que acabamos de aludir, pero podemos afirmar, como algo definitivamente establecido, que si bien los principios fundamentales del sistema se acuerdan con las preocupaciones y con nuestro actual modo de ver los problemas, su sistema propiamente, nos llevaría a un individualismo repugnante, en cuanto se asienta sobre la libertad individual, a un formulismo vacío y estéril y a un absolutismo despótico y arbitrario, que manda sin esclarecer el fundamento de la autoridad y nos encamina a una especie de atomismo social, que salido de Rousseau pone la fuerza y la autoridad social a merced del acuerdo de los hombres.

Todos los homenajes carecerían entonces de significado si fuéramos a constreñirnos a alabar la doctrina jurídica de Kant como un sistema completo.

4 — Consideremos en su conjunto el sistema kantiano y tratemos de puntualizar los pensamientos fundamentales que sirven de base a una legión de juristas modernos, y en los que asientan sus desarrollos filosóficos (8).

(6) Lisser, cit. Pág. 15.
(7) "Lehrbuch der Rechtsphilosophie" (1922), pág. 34.
(8) Seguimos en este punto al profesor Dr. Sauer en su notable artículo: "Der Einfluss Kants auf die Rechtswissenschaft — Zu Kant 200. Geburtstag, en "Deutsche Juristen Zeitung" — 1º de abril, 1924.

La obra entera de Kant reposa sobre una división capital, que separa la crítica de la razón pura de la crítica de la razón práctica, con lo que se crean dos campos: el del conocimiento y el de la voluntad, o más bien, el del conocimiento del mundo y el de los propios fines del hombre; allí impera la ley de la causalidad, aquí la libertad, la finalidad. El derecho pertenece, sin duda, a este último. Esta proposición tiene una inmensa influencia en el campo del derecho; según ella, la vida del derecho es ajena a la ley de la causalidad. Toda discusión a su respecto resulta así ociosa.

La responsabilidad de los hombres queda justificada, sea por actos u omisiones, la seguridad del deber se vuelve un lugar común en la vida jurídica, y gracias a su influencia se destruyó la sugestión materialista que pesaba sobre la ética, especialmente hacia la mitad del siglo pasado, por efecto del triunfo de las ciencias naturales y económicas. Esto no importa negar la posibilidad de explicar la voluntad y la acción de los hombres por un método causal, pero en tal caso no puede hablarse ya ni de ética ni de derecho, sino de ciencia natural o de historia.

En las disciplinas particulares, este punto de vista es de muy fecundas aplicaciones, porque ayuda a esclarecer innumerables problemas prácticos; piénsese, por ejemplo, en dificultades como las relativas a la caracterización del sujeto del derecho, sobre la que tanto insisten relativistas del tipo de Spengler, y se constatará cómo quedan esclarecidas, con sólo advertir que la esencia jurídica del sujeto no reposa en la efectiva existencia de las personas, sino en las funciones y en las finalidades que persigue la voluntad. El derecho no debe ocuparse del conocimiento de la realidad sino de las relaciones entre los hombres, y así debe construir su propio objeto, equiparando estas imágenes, puramente pensadas, con objetos verdaderamente existentes.

Al segundo gran principio que procede de Kant, lo denominaremos con la sugestiva expresión corriente, del movimiento copernicano, **(der kopernikanischen Wendung)** cuya sintética expresión podría ser la siguiente: los conocimientos no se dirigen según las cosas, sino que, a la inversa, las cosas se rigen según los hombres, según las condiciones de nuestro conocimiento. Esto enseña al jurista a no olvidar su propio punto de vista, a no considerar las relaciones, la voluntad, las obligaciones, las penas, el Estado, la comunidad, sino desde el punto de mira del jurista,

ajeno a los conceptos de naturaleza, distinto del de la sociología, biología, psicología, política, que no servirían sino para oscurecer la verdadera inteligencia de las cuestiones. Con esto desaparece la constante contradicción entre situaciones de hecho y soluciones jurídicas, que se suelen presentar como antagónicas, cuando en realidad ellas deben conciliarse siempre, en el campo jurídico.

Nos queda por considerar un último punto, en que la filosofía crítica ejerce sobre el derecho un influjo determinado. Kant ha enseñado a distinguir entre ideas constitutivas y regulativas del conocimiento. Las primeras, como una condición esencial del conocimiento, se refieren a la estructura del "objeto" del conocimiento; las segundas son una "condición de la inteligencia", que es meramente regulativa de los procedimientos de nuestra mente, sin que dé seguridad de la realidad objetiva. Esas condiciones son las "formas" de los sentidos y de las "categorías" del entendimiento. Partiendo de los variados contenidos de la sensibilidad alcanzamos al conocimiento racional con la ayuda de concepciones que conducen a la unidad sintética. Mientras las formas de la intuición y las categorías del entendimiento, son constitutivas, las ideas de la razón son solamente regulativas de nuestros razonamientos (9). Las primeras fundamentan un concepto y ofrecen sus rasgos esenciales, los segundos conducen a un concepto y fundan una premisa. Stammler ha encontrado en esta distinción la llave de todo su sistema, fundando sobre ella la diferencia entre concepto **(Begriff)** e idea **(Idee)** del derecho, que siguen desde cerca los relativistas Radbruch, Dohna y M. E. Mayer. Se concibe la posibilidad de considerar dos aspectos del derecho, el del derecho existente efectivamente, en su mayor parte vigente, y el del que debiera ser. Este último sirve de modelo al primero; no es, sin embargo, un derecho ideal con contenido en el sentido del viejo derecho natural, sino solamente un pensamiento formal, que expresa la finalidad última del derecho en toda vida de comunidad, un pensamiento del que deriva en el derecho la justificación última en su existencia y la efectividad de su significado; lo que suele llamarse corrientemente la justicia.

La vida jurídica no puede concebirse en su real significado prescindiendo de la noción de justicia; la seguridad del Estado, que se alcanza por el ejercicio de las funciones del legislador, del juez, del empleado administrativo, no quedaría garantizada si eli-

(9) Calderwood, "Vocabulary of Philosophy", pág. 80.

minamos toda idea de justicia. Frecuentemente suele afirmarse que la obra del juez se realiza exclusivamente en el campo de la pura lógica, que enseña a ajustar el caso ocurrente al precepto legal, por un proceso puramente deductivo; los que así piensan, rebajan el valer de la jurisprudencia, orientándola no hacia la ética, sino hacia la lógica, por una confusión que no les permite ver que ésta no es en el derecho sino un medio de trabajo, no su fin, ni su idea regulativa.

Por fin, Kant ha enseñado a las sucesivas generaciones de discípulos, la posibilidad de constituir una ciencia del derecho, como teoría de la ley, vinculada a la existencia del Estado, y por lo mismo fundada en un elemento transitorio y variable, que se distingue claramente de la teoría del derecho, aunque conserven entre sí un secreto parentesco.

Kant no ha alcanzado, sin embargo, a descubrir la ley suprema fundamental del derecho, ya que la de la ética, el imperativo categórico, a la que suele aludirse como fuente única, no tiene propiamente sentido y valer jurídicos, porque asentada en una constatación de carácter humano, universal, no tiene en cuenta el punto de vista del derecho, vinculado a la vida, existencia y organización del Estado. Esta ley jurídica fundamental es de una inexcusable exigencia, pues sólo de ella puede nacer el fundamento y razón de ser del derecho que le permitirá entrar en el campo superior de la ciencia y ofrecer, a la multiplicidad inagotable de los casos judiciales ocurrentes en la aplicación del derecho, un fundamento inconmovible.

Estas direcciones fundamentales, que forman la esencia de la filosofía kantiana, constituyen la base de su poderosa influencia sobre la ciencia del derecho contemporáneo y la síntesis de su contenido, que nos permite percibir claramente su trascendencia y profundidad.

5 — Pero la demostración más cumplida de la influencia del pensamiento de Kant sobre la filosofía jurídica contemporánea ha de resultar recordando, aunque sea de un modo esquemático, el nombre de la obra de las escuelas y de los pensadores modernos que han seguido las huellas del sabio de Koenigsberg.

Para no volver sobre historias demasiado conocidas, diremos simplemente, y sin ánimo de ofrecer un cuadro completo, que los neokantianos alemanes pueden ser estudiados separándolos en

cuatro grupos: el de los apriorístas de la escuela de Marburgo con Cohen, Stammler, Natorp, Cassirer, Salomón; el de los positivistas y ficcionistas con Kelsen, Vaihinger, Kruckmann; el de la escuela del Sud - Oeste alemán, de Baden, con Rickert, Lask; el de los relativistas Jellineck, Radbruch, M. E. Mayer, a los que podríamos agregar el grupo de los lógicos independientes con Husserl, Driesch, Scheler (10).

Los de la escuela de Marburgo, los más fieles discípulos de Kant entre los nuevos, han aplicado al derecho el método trascendental, abandonado por el maestro, en el campo de la ética. Para Cohen la ciencia del derecho es el hecho científico de la ética y, a la vez, toma aquélla de ésta sus fundamentos y su criterio. Cohen ha dado a su escuela principalmente su método, pues, ha tratado recién por primera vez en 1910, con cierta extensión, de la filosofía del derecho, en su "Fundamentación de la ética de Kant en sus aplicaciones al derecho, religión e historia" (11). Stammler, el representante más autorizado de esta escuela en el campo de la filosofía del derecho, ha resumido todas sus conclusiones en su "Lehrbuch" (1922), que es una preciosa síntesis irreemplazable.

Los positivistas y ficcionistas, a cuyo frente podemos colocar a Hans Kelsen, cuyo libro "Der Soziologische und der Juristiche Staatsbegriff — Kritische Untersuchung des Verhaeltnisses von Staat und Rechts" (Tübingen, 1922) marca un momento trascendental en el desarrollo del pensamiento jurídico filosófico, partiendo de la filosofía positivista de Avenarius y Petzoldt, puesto desde el punto de vista del idealismo crítico (12), llega a la unificación del Estado y del derecho, demostrando que el concepto substancialista del Estado no es otra cosa que la transformación de puros medios de conocimiento, adoptados por el espíritu humano para reducir a unidad la multiplicidad de los fenómenos, en otros tantos objetos de conocimiento. La ciencia, que pone detrás del fenómeno la substancia, detrás del derecho el Estado, cumple un procedimiento de la misma validez lógica que el de la mitolo-

(10) En la Introducción hemos adoptado otra clasificación que creemos más exacta y útil.

(11) Lisser, citado. Pág. 48; Karl Voerlander, "Historia de la Filosofía", T. II, Pág. 360; Sterlard, "Interpretation de la doctrine de Kant par l'école de Marburgo", 1913. Pág. 200.

(12) Kelsen, cit., pág. 211.

gía que veía a Apolo detrás del sol, a las dríadas detrás del árbol (13).

La escuela del sud-oeste alemán no cuenta con una obra tan característica y concluída como las de Stammler y de Kelsen; parte del punto de vista de la filosofía de los valores desarrollada por Rickert (14) e influye sobre la dogmática jurídica principalmente. Algunos de sus más caracterizados representantes, como Lask, por ejemplo, parecen apartarse más, cada día, de las huellas de Kant, a tal punto que bien puede discutirse si es propio continuar considerándolos en el grupo de los filósofos neokantianos.

Los relativistas, cuya última expresión nos da Max Ernest Mayer en su "Rechtsphilosophie", fundan un relativismo crítico por oposición al absolutismo y al relativismo escéptico.

Y, finalmente, los que siguiendo las huellas marcadas por Husserl en su Fenomenología ("Ideen zu einer reinen Phaenomenologie und phaenomenologischen Philosophie" Halle a. d. S. 1913) quieren dar al criticismo un alcance nuevo, cuya exposición y desarrollo ha hecho el doctor Félix Kaufmann en un denso libro ("Logik und Rechtswissenschaft-Grundriss eines Sytems der reinen Rechtslehre" - Tubingen, 1922, especialmente a partir de la página 43).

6 — El objeto principal que persigo al hacer esta precipitada síntesis no es el de ofrecer un estudio, ni siquiera sumario, de la obra inmensa que ha nacido siguiendo las huellas de Kant y bajo su influencia; intento tan sólo poner ante los ojos del lector, objetivamente, los materiales con que los hombres modernos, sin pensarlo acaso, han elevado a la memoria de Kant, un monumento que asegura por siglos la imborrable influencia del maestro de Koenisberg. No menos grande es la influencia fuera de los límites del Reich; bastaría citar a Croce (15) y a Gentile en Italia, a Renouvier en Francia; y hasta nuestro propio país, tan insensible a toda agitación filosófica, acaba de conmoverse al celebrar el se-

---

(13) Condorelli, "Il rapporto fra stato e diritto secondo il Kelsen", "Rivista italiana di Filosofia del Diritto", 1923.

(14) Erich Kaufmann, "Kritik der Neukantischen Rechtsphilosophie", Tübingen, 1921. Pág. 35.

(15) G. Rensi, "Il travasamento di Kant in Croce — Polemiche antidogmatiche", pág. 35; C. Schuwer, "La pensée italienne contemporaine. L'idealisme de Croce et de Gentile", en "Revue Philosophique", mai - juin, 1924.

gundo centenario del nacimiento de Kant, cuyas enseñanzas parece que comienzan a orientar las cátedras universitarias (16).

No se trata, pues, de colocar un ídolo en un altar para adorarle, sino de marcar una hora del pensamiento humano en que lucha por recobrarse, oscurecido por esa filosofía del materialismo y del positivismo, que, como escribió Ortega y Gasset, más bien que dos filosofías son dos maneras de ignorancia filosófica.

BIBLIOTECA

(16) Me refiero a la semana kantiana dedicada por la Facultad de Filosofía y Letras de Buenos Aires, de la que participaron Rojas, Korn, Franceschi, Jacob, Alberini, Rodríguez, Cuocaro y Ventura Pesolano.

IV — EL CRITICISMO DE GIORGIO DEL VECCHIO

A propósito del 25º aniversario de su enseñanza (1)

1 — La influencia del pensamiento italiano. 2 — La obra de Del Vecchio. 3 — Fundamento filosófico. 4 — Los problemas. 5 — El concepto del derecho. 6 — El problema de la justicia. 7 — Lo real y lo racional. 8 — Crítica y conclusión.

1 — La influencia del pensamiento jurídico filosófico italiano sobre la dirección de la enseñanza y de las escuelas de las naciones de Sud América, se ha ido acentuando en los últimos tiempos. La sugestión del positivismo, aquí como en todas partes, no tuvo otro efecto que el de oscurecer las nociones filosóficas y el de hacer perder el plano de la consideración de sus problemas. El signo del nuevo despertar fué la introducción en la enseñanza universitaria, del celebrado manual de "Filosofía del Derecho" de Icilio Vanni, que en pocos años (2) ha alcanzado la cuarta edición española y el honor de constituir el texto exclusivo de las cátedras de filosofía jurídica de las universidades sudamericanas. La influencia de Vanni ha debido ser fecunda, porque representa una posición de transición, entre la afirmación positivista y el idealismo de las nuevas escuelas. Las generaciones presentes se alejan de la dirección impresa por la influencia de Vanni; un anhelo francamente idealista las aproxima a Kant y a las escuelas filosófico-jurídicas alemanas, cuyas enseñanzas, a no ser la barrera infranqueable del idioma, estarían aún más profundamente encarnadas en nuestro espíritu moderno. Uno de los obreros de esta fecunda transformación ha sido Giorgio Del Vecchio, que formado en la dirección idealista, y firme en la línea de la cultura itálica de Vico a Petrone o Filomusi Guelfi, ha puesto en admirable forma latina los problemas y las soluciones de la filosofía. Su influencia tiende a extenderse cada día, sus libros traducidos ya a

---

(1) Publicado en Modena, 1931, en "Studi filosofico e giuridico, dedicato a Giorgio del Vecchio", en el homenaje rendido a este ilustre maestro.

(2) Es oportuno recordar el hecho excepcional de la importante edición peruana, con ilustrada introducción y valiosas notas, por los doctores Juan Bautista de Lavalle y Adrián Miguel Cáceres Olazo (tercera edición: Lima, 1923) que representa un acontecimiento singular en las letras americanas.

catorce idiomas, llevan sus ideas a las más opuestas culturas, aseguándoles una prolongada vitalidad.

2 — Una impresión de conjunto de la obra filosófico-jurídica de Giorgio del Vecchio, toca con la grave dificultad de su dispersión en multitud de estudios monográficos, ricos de espiritualidad y desbordantes de conceptos, pero que no alcanzan a dar la sensación de que el autor haya agotado en ellos todas las posibilidades de su pensamiento, o abrazado la totalidad de las perspectivas que se abren a su concepción. Si este estado puede dificultar la exposición, obra sin embargo como un estímulo que despierta el interés, que impulsa a conocerle, y muestra, como más urgente, la necesidad de descubrir las líneas fundamentales de una construcción de pensamiento, destinada por la honda sugestión que entraña a influir poderosamente sobre la formación intelectual de las nuevas generaciones.

De la fecunda producción de Del Vecchio, deben ser estudiadas con preferencia, cinco de sus obras fundamentales, que mencionadas en el orden de aparición, son las siguientes: "I presupposti filosofici della nozione del diritto", 1905; "Il concetto del diritto", 1906 - 1912; "Il concetto della natura e il principio del diritto," 1908; "Sui principii generali del diritto", 1921; "La Giustizia", 1923-1924. Puede decirse que miradas en conjunto estas obras contienen un sistema completo de filosofía jurídica, que las demás contribuyen a esclarecer o desarrollar (3).

(3) Las obras principales de DEL VECCHIO son las siguientes: "L'evoluzione de l'ospitalitá" Roma. 1902; "Il sentimento giuridico", 1920. 1908; "La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino", Génova, 1903; "Diritto e personalitá umana nella storia del pensiero", Bologna, 1904; "I presupposti filosofici della nozione del diritto," 1905; "Il concetto del diritto", 1906-1912; "Su la teoria del contratto sociale," Bologna, 1906; "Il concetto della natura e il principio del diritto," 1908; "Sull' idea di una scienza del diritto universale comparato", Torino, 1909; "Il fenomeno della guerra e l' idea della pace," Torino, 1911; "Sulla positivitá come carattere del diritto," Modena, 1911; "Effetti morali del terremoto in Calabria, secondo Francesco Mario Pagano," Bologna, 1914; "Sui caratteri fondamentali della filosofia politica del Rousseau: Conferencias en la Universidad de Madrid, abril de 1923: "Sui principii generali del diritto," 1912; "La comunicabilitá del diritto e l' idea del Vico", Trani, 1911; "L' etica evoluzionista' (nota critica), Roma. 1903; "Il comunismo giuridico di Fichte" (nota critica), Roma, 1905; "Un punto controverso nelle teorie delle dottrine politiche," Roma, 1909; "Tra il Burlamachi e il Rousseau", 1910. Después de escrito este estudio han aparecido la notable versión de Recaséns Siches (segunda edición, 1935), las nuevas ediciones de las "Lezioni di Filosofia del Diritto" (1932 - 1936) y numerosas monografías entre las que debemos recordar especialmente los "Saggi intorno allo Stato" (1935), que han dado base a las ediciones españolas: "Crisis del Derecho y Crisis del Es-

3 — Los fundamentos filosóficos de la filosofía del derecho de Del Vecchio se asientan en el idealismo; son inumerables los pasajes de sus obras que pudieran ser citados en confirmación de este aserto. Su representación del mundo lo hace mirar a la conciencia como centro y síntesis y colocar al yo en grado de primacía sobre la naturaleza. "Tal es verdaderamente la condición del hombre en la naturaleza", escribe, "por un lado se halla comprendido y penetra en ella como último y superior término en el orden de las formaciones y de los desenvolvimientos; por otro lado, esto es, en la cualidad precisamente constitutiva y característica de su ser, como sujeto que piensa, se refleja sobre la naturaleza, la resume toda en sí mismo y la pone y comprende como idea suya". La concepción mecánica y la concepción metafísica de la naturaleza, no son, sin embargo, excluídas en esta interpretación, más bien trata de ligarlas, de fundirlas en el sujeto. "El principio de causalidad, entendido en forma absoluta, es decir, como fin y como medio, mata a la naturaleza, mientras que el concepto teleológico la reanima en todas sus partes. Las dos interpretaciones, la causal y la teleológica, son pues inseparables en cuanto formas lógicas del mismo intelecto" (Alloggio, "Le nouve teorie del diritto", pág. 92). Así se explica la posición idealista de Del Vecchio que vive en la fusión de los elementos extremos. "Así, por una crítica interna de la razón se declaran y superan las antinomias que se encuentran en la concepción de la naturaleza. A la orientación objetiva del pensamiento, por la cual todas las cosas se consideran en el orden de su génesis externa, según el nexo mecánico entre antecedentes y consecuentes, se contrapone legítimamente la orientación subjetiva, que corresponde al último grado de conocimiento y reflexión sobre sí mismo. Es decir, que se contrapone o, mejor, se añade como integración más alta y definitiva, la certeza de que el mundo es una representación nuestra, una posición del yo y cualquier cosa que se encuentre u ocurra en el mundo, siempre y necesariamente, se halla conformada a la

tado" (1935), "El Estado Nuevo" (1939) y a la francesa, "Justice, Droit, Etat" (1938). Pueden verse para la crítica: Viglietti; "Le premesse metafisiche della dottrina di G. Del Vecchio" (1938); Batino, págs. 94 y 180; Poggi, pág. 189; Djuvara, "Archives" (1937), pág. 186. Los acontecimientos políticos de su patria han influído poderosamente sobre la doctrina jurídica de este ilustre filósofo; su reciente conversión al catolicismo ha de tener también influencia sobre su obra posterior. El P. Wilches ha publicado la noticia de esta conversión. Véase la revista "Universidad Bolivariana". Vol. IV, 1939, pág. 177.

idea según la cual aquélla se toma y la distingue en el propio ser" ("Il concetto della natura," Cap. IV).

Esta concepción del mundo presta fundamento a la actividad práctica. El único principio que permite la recta y adecuada visión del mundo ético, es, precisamente, el carácter absoluto de la persona, la supremacía que corresponde lógicamente al sujeto sobre el objeto. La facultad de abstraer y de encontrar a sí mismo, fuera de la naturaleza, de referir al yo por medio de las ideas, toda la realidad que en él converge, constituye el ser propio y específico del sujeto, su naturaleza en eminente sentido.

Esta concepción idealista, se especifica en el campo del método, adoptando una posición crítico-formalista. Del Vecchio no oculta su participación en ese movimiento de retorno a Kant, que "es una de las notas características del pensamiento moderno". ("Los supuestos filosóficos", pág. 92).

El proceso de todo conocimiento científico, supone referir el fenómeno particular a su concepto; así el concepto representa prioridad lógica sobre el fenómeno. No habría unidad de visión conceptual, como dice profundamente Petrone, no habría conocimiento científico, cuando no fuere posible obtener de las cosas concretas y vivientes un carácter inmutable y esencial, necesario para los procesos de la mutación, las contingencias y el devenir. Ya desde Sócrates el proceso que caracteriza la ciencia consistía en la elevación de lo sensible particular a lo inteligible universal. Ese elemento de universalidad, que es condición de toda experiencia, es lo que según la tradición aristotélica y kantiana se llama forma o concepto en el sentido del ser universal, superior y anterior, lógicamente, de todo reconocimiento. Como esta forma no ha de encontrarse en la experiencia particular, en las cosas dadas del mundo, será preciso buscarla dentro de nosotros mismos, por un análisis del contenido de la conciencia. Es así como Del Vecchio se coloca en una posición de base lógica predominante; la base universal no se refiere a la esencia de las cosas, sino a nuestra manera de concebirlas. Esta posición ha autorizado a algunos críticos, a mirar este punto de vista lógico como una negación o desdén de la materia histórica del derecho; exageración que no está ciertamente en el pensamiento de Del Vecchio. "Reconocer la objetividad y la prioridad lógica de la forma", expone, "significa: aceptar la condición metódica fundamental para la teoría del derecho. Ciertamente esta teoría no tiene por único objeto la

determinación de los elementos formales: la noción de la forma debe estar integrada con la de contenido, la cual, a su vez, exige doble indagación, una empírica y otra especulativa, en cuanto que el contenido del derecho puede ser empírico o racional". Y más abajo agrega: "La indagación de la forma es estéril, si se la entiende como negación de la del contenido, cuando en lugar de distinguir las dos indagaciones se pretenda sacrificar la una a la otra".

4 — Definida en lo que antecede la posición filosófica de Del Vecchio, debemos referirnos, para informar sobre su sistema de filosofía jurídica, a los problemas sustanciales que contempla y soluciona en su obra. Bien ha escrito que el tránsito desde una forma inferior a otra superior del conocimiento, se señala porque aquello que para la primera es un dato, para la segunda es un problema; lo que para la ciencia es una constatación, es un interrogante que la filosofía debe esclarecer. Tres son los problemas fundamentales que contempla. El del concepto universal del derecho; el problema deontológico del ideal del derecho, contenido en el problema de la justicia, y el de los elementos universales contenidos en el derecho positivo.

5 — Para la determinación del concepto del derecho es preciso referirse a lo que es inmutable en el mismo, lo que no cambia a pesar de las constantes variaciones históricas, lo que les presta unidad y las explica como desarrollos de una misma naturaleza. Podemos afirmar, dice Del Vecchio, que quien pretenda definir de un modo objetivo y universal el concepto del derecho, deberá referirse únicamente a la forma del mismo, es decir, al tipo lógico que necesariamente va unido a todo caso de experiencia jurídica, puesto que es, precisamente, lo que indica la posibilidad de tal experiencia. ("Supuestos", pág. 143).

El ejemplo de la historia y el que ofrece la constatación de los datos sobre el derecho, bastan para establecer que el camino del empirismo no puede satisfacer la exigencia del concepto; según aquellos, el derecho se ofrece en un cambio constante, en un estado de contradicción, pero esta relatividad histórica sólo se refiere a la materia; la forma permanece invariable; sólo así puede explicarse que se hable de una evolución jurídica, que supone algo que se transforma y cambia sin perder su naturaleza esencial.

Esta constatación nos pone dentro del campo del problema crítico del derecho; los rasgos del concepto sólo pueden ser descubiertos por una reflexión sobre nuestra propia conciencia. La noción del derecho ha de tener, según esto, un carácter formal, no sustancial, lógico no deontológico, ajeno a todo criterio de valor.

El criterio jurídico sólo se aplica al campo de las acciones humanas, pero éstas pueden ser miradas desde dos puntos de vista, valoradas éticamente de modos diferentes, según el criterio de la moral y del derecho. La separación de estos dos criterios es indispensable para percibir los rasgos del concepto. "El criterio jurídico se distingue del moral por su posición lógica. Considerar jurídicamente una acción, significa igual que considerarla en cuanto pertenece a un orden exterior, en el cual coincide con el obrar de los demás sujetos. La determinación del valor jurídico de una acción jamás puede existir considerándola por sí sola; tal determinación sólo existe cuando la misma acción está coordinada y armonizada con la de los demás. La función lógica del derecho se ejercita allí donde es posible una colisión entre varios sujetos, una antítesis entre la manifestación de varias voluntades, y precisamente tiende a establecer entre ellas un orden objetivo. El criterio moral, en cambio, supone una antítesis entre varias posibles manifestaciones de un mismo sujeto y tiende a resolver la colisión interna que se verifica en este sentido, o sea, a establecer un orden ético subjetivo". ("Concetto", pág. 69).

Este orden exterior se ofrece con los caracteres de bilateralidad; se refiere no a acciones ligadas sólo accidentalmente, sino de naturaleza recíproca, y por eso mismo aparecen como necesarias, con la calidad de exigibles ante los demás. El prevalecer ante los demás no es un elemento sobrevenido o complementario, sino que es la misma esencia lógica del derecho.

Del Vecchio resume estos rasgos del concepto en una definición del derecho en la que sintetiza las conclusiones de su investigación: El derecho es la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina, excluyendo todo impedimento ("Concetto", pág. 148).

6 — Si es controvertido el problema del concepto del derecho, mucho más oscuro se presenta el problema de la justicia,

que se refiere al fundamento universal y último del derecho, al que deben conformarse las leyes.

En esta determinación puede distinguirse la noción formal, indiferente ante toda sustancia empírica, y el contenido ideal de la justicia, que permite avaluar, comparativamente, la mayor o menor justicia de todo cuanto pueda afirmarse **sub specie juris.**

La noción formal de justicia, nace como consecuencia de una actitud propia de la conciencia. "El ser subjetivo, en cuanto tiene conciencia de sí, se contrapone necesariamente a un objeto, el cual entra por eso mismo en la esfera de la conciencia... Pero lo que la crítica no ha puesto hasta ahora suficientemente de relieve, es que el objeto que se contrapone al sujeto, puede, a su vez, ser reconocido por éste como sujeto. En esta hipótesis surge una nueva relación que no es reducible a la fórmula antitética general: yo y no yo, sino que debe concebirse precisamente como relación intersubjetiva, es decir, entre un yo y otro yo" ("Giustizia", pág. 42). Importa entonces dejar establecido que hay una forma específica de la conciencia, por la cual el sujeto se contrapone objetivamente a otro y se reconoce a sí mismo perteneciente a un orden de relaciones con otro, y de esto nos es lícito expresarnos que hay una conciencia de sí en forma objetiva, por la que la subjetividad se proyecta en una coordinación. Con esto tenemos ya las bases de la noción de justicia, plantada en la esencia de nuestra naturaleza racional. La coordinación necesaria entre el yo y el otro yo, crea la base fundamental de una relación de justicia.

Se ha objetado que este modo de determinación de la noción de justicia, conduce a un esquema lógico de significado puramente formal, semejante al **suum cuique tribuere** de la máxima clásica, de la que no puede deducirse ninguna aplicación particular y concreta, pero esta neutralidad es una condición necesaria de su valor universal, que debe comprender todos los casos posibles de la experiencia jurídica, quedando una e inmutable, en relación a su múltiple y movible contenido. Sin embargo, estas máximas de justicia son invocadas por la conciencia, como si en cada caso tuvieran un contenido material sobreentendido, de modo que puede afirmarse que el elemento trascendental de la noción de justicia no se agota en la universalidad de la forma lógica, sino que sirve también para constituir el criterio de última

instancia y el paradigma ideal respecto a todo su posible contenido. Este contenido ideal de la justicia se resume en el conocimiento integral de la personalidad de cada uno. Del Vecchio nos ofrece aquí, de modo profundo e irreprochable, lo que Miceli denomina, con propiedad, la génesis racional del principio de justicia, cuyo fundamento se encuentra en el respeto de la persona humana, como sujeto autónomo, en el derecho a ser tratado siempre como persona.

7 — El tercer problema de la filosofía del derecho en la obra de Del Vecchio se refiere a la relación entre lo real y lo racional, entre la fenomenología y la filosofía del derecho, entre la legislación y el derecho natural.

Sobre la variedad que la fenomenología del derecho constata opone la unidad del espíritu humano, partiendo de la sentencia de Vico: este mundo civilizado fué ciertamente hecho por los hombres y sus principios se deben encontrar en la misma mente humana. Las exigencias de la razón deben mostrarse en la historia a través de sus complejas y variadas vicisitudes. Del Vecchio concibe una ciencia, la del derecho universal comparado, que sea quien recoja y ordene los momentos de este proceso, en el cual se refleja el cumplimiento de una exigencia final de la razón, con lo que se convierte en un eficaz instrumento para la progresiva unificación del espíritu humano ("La Ciencia del Derecho Universal Comparado", pág. 25).

La conciliación del derecho natural y el positivo la busca en el campo de los principios generales del derecho. Estos principios, por su universalidad, no pueden ser deducidos por abstracción, es decir, por la vía de la generalización creciente de las normas particulares. Así como de los principios generales no se pueden de extraer **a priori**, por simple deducción, todas las soluciones particulares del orden jurídico, que tienen también elementos empíricos y contingentes, así de las determinaciones particulares no puede inferirse el conocimiento adecuado de aquellos principios que, en su generalidad, superan virtualmente toda aplicación particular. Lo racional no está para Del Vecchio fuera de lo real, sino dentro de él. Tan es verdad, que en la legislación positiva encontramos ya ocultos o implícitos, o explícitamente formulados principios generales, que le son inmanentes, como lo universal en lo particular (Maggiore). Este modo de considerar muestra la

posición del autor que se aparta tanto del rudo empirismo como del extremo racionalismo. No se trata de fundar principios generales sacados de un derecho natural, que aspira a predominar sobre las normas especiales del derecho positivo, ni que puedan ser extraídos de éstas por generalización sino que existen, dentro de esas normas, conforme a la naturaleza de la relación que reglan.

8 — Nadie podría descansar en la completa seguridad de presentar fielmente el núcleo de los pensamientos esenciales de la filosofía del derecho de Del Vecchio; que no han alcanzado, al menos en su aspecto formal, la coordinación y unidad que les prestaría un sistema concluído (4), pero he creído que ningún homenaje podría ser más significativo, llegando de tierras tan distantes, que el de la demostración de nuestro amoroso empeño por ofrecer una comprobación de la simpatía intelectual y del grande interés, con que miramos su admirable esfuerzo.

El estilo literario de Del Vecchio revela la expresión de ideas hondamente pensadas, iluminadas por una erudición vastísima, que maneja con una admirable conciencia; el encadenamiento de su lógica es siempre preciso y riguroso, deja en el espíritu una resonancia que renueva constantemente la sugestión de sus ideas. Temperamento de verdadero maestro; inquieta, enseña, adoctrina. Es, sin disputa, una de las figuras más interesantes de la Italia filosófica y la que adquiere cada día mayor relieve en el campo de la disciplina filosófica del derecho. Su obra más considerable resulta ser su esfuerzo por la restauración del derecho natural, al que le ha dado un sentido mucho más humano y filosófico. Su filiación viene, sin duda, del idealismo alemán y espe-

(4) No conocemos una exposición de conjunto del pensamiento de Del Vecchio; son, sin embargo, muy valiosas contribuciones las que ofrecen los siguientes estudios: Luis Recaséns Siches: "La filosofía jurídica idealista de Del Vecchio", en "Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico" — Editorial Labor, pág. 94; Sabino Alloggio, "Natura e diritto in Giorgio del Vecchio", en "Le nuove teorie del diritto", Società editrice Dante Alighieri, pág. 85; Vincenzo Miceli, "Teoría de Del Vecchio", en "Principii di Filosofia del Diritto", seconda edizione, Società editrice libraria, 1928, pág. 747; Fernando de los Ríos Urruti, Prólogo a la traducción bajo el título "Los derechos del hombre y el contrato social"; Quintiliano Saldaña, "La justicia del profesor Del Vecchio y la justicia pragmática", Góngora-Madrid, 1925. Prólogo a la traducción de la "Justicia"; F. Rivera Pastor: "El ideal de la naturaleza humana como método del derecho", estudio preliminar a la traducción de "El concepto de la naturaleza y el principio del derecho"; y los Prólogos de Mariano Castaño, a las traducciones de "Los supuestos Filosóficos" y de "El concepto del Derecho". Esta observación se refiere al año 1931, en que fué escrito este estudio.

cialmente de la influencia de Stammler, cuyas huellas parece seguir aunque lejos de toda servil imitación. Tiene además un título muy alto conquistado en servicio de la cultura: la fundación de la "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", la tribuna más alta del pensamiento latino en los dominios de la filosofía jurídica.

Cierro estas notas con una fervorosa adhesión al maestro y al filósofo, que sea a la vez un símbolo de la aspiración hacia una cultura latina integral.

FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS
BIBLIOTECA

V — "EL RELATIVISMO JURIDICO" DE OSVALDO SPENGLER (1)

1 — La razón del éxito. 2 — Las premisas esenciales. 3 — Las diversas culturas. 4 — La tesis de la discontinuidad histórica. 5 — El principio del derecho. 6. — Apreciación crítica.

1 — La profunda emoción provocada en el mundo por la obra de Splenger "El Ocaso de Occidente" (**Der Untergang des Abendlandes**) (2), radica no tan sólo en sus potentes virtudes propias, cuanto en un estado particular de la conciencia colectiva, en un estado de ansiedad propicio a todas las revelaciones.

La Gran Guerra ha precipitado la disolución de todas las ideologías que sustentaban nuestra civilización. La concepción evolucionista del mundo y de la vida, la idea del progreso, la creencia en el poder de la inteligencia, de la razón como medio de penetrar en todos los secretos del mundo, fueron otros tantos dogmas de fe en la religión de la ciencia. La sacudida ingente provocada por los extraordinarios sucesos de los últimos años ha bastado para que se los comenzase a mirar con desdén, a citarlos con la fría adhesión de las fórmulas consagradas. Se trabajaba según ellos, pero ya no por ellos.

El valor de los acontecimientos, de la acción humana que definía en esos años el destino de la vida, se ha demostrado que importa más que esas impasibles filosofías, que nos muestran al hombre como sujeto a voluntades secretas e implacables que lo sacrificaban a obscuros designios. Los sistemas que el positivismo había edificado tan penosamente, se desvalorizaban; el verdadero problema, urgente y actual, no era ya el del conocimiento sino el del valor y del destino de la vida humana, que no había de resolver la inteligencia, declarada impotente, sino la imaginación, la intuición, rica en revelaciones, capaz de alimentar la sensibilidad moderna, sobrecargada por los prolongados dolores y emociones.

---

(1) Este estudio que publicamos en 1924, ha sido traducido al italiano y reproducido en la Revista "Politica", año XIII, Febraio - Aprile, 1931, atribuído falsamente al señor G. Farina D'Anfiano.

(2) Dos tomos (1921 - 1922). Hay traducción española de Manuel G. Morente (Calpe, 1923) tan sólo del primer tomo (en dos volúmenes). No conocemos versión alguna de la parte que hemos traducido. Con posterioridad se ha publicado la traducción completa de esta obra.

La obra de Spengler es, sin disputa, una expresión, la más clara, de esta necesidad, de esta inquietud que procura encontrar un sentido particular a la existencia, según un método místico y sentimental, que desdeña la lógica originaria y precisa, para abrazar una simple lógica misteriosa y secreta. Sólo así se explica la inmensa emoción que ha provocado en el mundo.

2 — El espíritu positivo concebía el mundo como algo dado, sometido a una necesidad que la inteligencia debía penetrar. El pensamiento fundamental de Spengler nos hace ver la existencia como un proceso de vida, capaz de ser vivido, sentido, pero no conocido. "Lo que Goethe llamó naturaleza viviente, eso es lo que yo llamo historia universal, en el más amplio sentido; el universo como historia". La continuidad de los sucesos, la sucesión, que era condición indispensable de toda explicación histórica, la ley del progreso, de la evolución, carecen de sentido ante la discontinuidad que proclama. Las divisiones de la historia: antigua, moderna, contemporánea, no tienen ya razón de ser, no existe una humanidad, como un solo ser, como una única vida; hay tan sólo agrupaciones humanas, que adquieren una alma propia, traducida en símbolos peculiares, alma que tiene su juventud, su plenitud, su ocaso y que finalmente muere, sin que puedan recoger, los que le suceden, su herencia espiritual. A esa alma peculiar la denomina Cultura, rica en vida espiritual, en posibilidades creadoras y cuyo sino la conduce a la Civilización, período en que agotada toda capacidad original, toda fuerza interior, viven los hombres de la simple acumulación de los bienes, de la sistematización de los conocimientos, de todo lo que hace amable la vida; sin afán por perpetuarse en el tiempo, sin vínculo que los ligue al pasado, tal como el hombre occidental, sin fe, sin hijos, sin tradición.

3 — Ramiro de Maeztu ha observado, justamente, sobre esta obra: "que la interpretación que contiene del Derecho Romano, la explicación que da del triunfo del Cristianismo, como una de las muchas religiones del mismo tipo que aparecieron en aquel tiempo... son hallazgos preciosos, que bastan para explicar la agitación espiritual que en toda Alemania ha producido la obra de Spengler".

Sin embargo, en realidad, el breve tratado sobre la evolu-

ción del derecho, con particular referencia del Derecho Romano, que hemos traducido (3), no aparece en la obra como un motivo central, sino simplemente como un ejemplo significativo para confirmar una tesis sobre "las relaciones de las culturas" (4). Insiste Spengler sobre la discontinuidad de la historia y asienta esta tesis fundamental: lo principal son las culturas mismas, lo secundario las relaciones entre las diversas culturas, a pesar de lo que en contrario juzgan los historiadores modernos. Aquel que pretende haber fundado un esqema conceptual dentro del que va acomodando los hechos de la historia, cree poseer ya todos sus secretos, sin reflexionar que cada cultura tiene un alma propia incomunicable, que es lo realmente importante y que necesariamente queda fuera de esa cadena de sucesión de las culturas. Así se debería escribir la historia de los "tres Aristóteles", el griego, el arábigo y el gótico, que no tienen de común ni un concepto, ni un pensamiento; o también la historia de las mutaciones del cristianismo mágico y faústico, ante la cual se desvanecería "el cristianismo" y perdería todo sentido la idea de la infalibilidad (5). En una palabra, lo que se pretende afirmar es que el alma propia de cada cultura no pasa con la forma de sus instituciones a los hombres de las culturas que le suceden; que al recibir la herencia histórica no va con ella la propia sustancia, que no está nunca en los instrumentos sino en los espíritus, y que estos son incomunicables. Y como ejemplo más significativo para confirmar esta tesis, se detiene a puntualizar el proceso histórico del Derecho Romano, que bajo la apariencia de una inmutabilidad fundamental que dura más de dos milenios, esconde, en realidad, una constante mutación esencial a través de las tres culturas por que ha atravesado, que le han impreso una diferente significación (6).

El derecho antiguo es, por esencia, un derecho municipal; la concepción de la existencia, de aquellos tiempos, estaba ligada a la vida de la ciudad dentro de la que se fundían los individuos. El concepto de persona individual no tenía sentido, sino en rela-

(3) Este estudio ha sido escrito para servir de prólogo a la traducción de la sección C del capítulo 1º del Tomo 2º de "Der Untergang des Abendlandes", de Spengler, publicado en la "Concepción spengleriana del Derecho", 1924.

(4) El título general de la sección es: "Die Beziehungen swischen den Kulturen". Pág. 62, T. II

(5) Ver pág. 67.

(6) Pág. 97, T. II.

ción a la ciudad a que pertenecía y cuyo cuerpo formaba; de tal manera que no se era persona por el reconocimiento de una calidad humana ni por pertenecer a una raza, ni por vivir dentro de una comunidad, sino en cuanto formaba parte de un organismo particular; así se explica que para los antiguos fuera el destierro una pena grave e infamante, porque el proscrito dejaba en su ciudad su calidad de hombre y se convertía en una cosa, bajo el dominio de las que lo acogían. La concesión de la ciudadanía importaba la adquisición de la calidad de persona, de sujeto de derecho. En estas organizaciones primitivas, el hombre frente al derecho, podía ocupar desde la posición suprema, de divinidad con derecho a un culto, como los Emperadores, hasta la más inferior, de esclavos a los que se negaba todo derecho; su posición jurídica dependía de su situación como personas, se encontraban las cosas, objetos de derecho, concebidas con un sentido esencialmente material y estático.

El derecho como saber, estaba contenido única e íntegramente en los casos prácticos que el pretor o el funcionario resolvía ante sí y por sí, libre de toda norma legal o jurídica. Los romanos antiguos eran por eso brillantes prácticos, pero carecían absolutamente de toda ciencia jurídica, de todo edificio de abstracciones. No existía, pues, ciencia jurídica, ni legislaciones orgánicas, ni principios; todo lo suplía ventajosamente la larga experiencia de la vida de los funcionarios, a la que se entregaba sin control la solución de todos los casos ocurrentes. Ni el juez inglés, con su peculiar poder creador del derecho, puede ser parangonado justamente a este funcionario antiguo que vivía en el día, entregado a su propia inspiración, ayudado tan sólo de su experiencia personal de la vida.

Con el sucederse de una nueva cultura, las creaciones jurídicas cambian fundamentalmente su sustancia. El nuevo sentido de la vida de la cultura arábiga hace mirar al hombre no como un elemento material que integra el cuerpo de la ciudad, sino como el creyente de una determinada religión, cuyo cuerpo místico forma, constituyendo una persona del derecho, que no tiene nada de común con los cuerpos, y así como en la cultura apolínea (antigua) la noción de persona estaba unida a los cuerpos, y limitada por la extensión de las ciudades, en la cultura mágica (arábiga), era persona el creyente de la religión particular, sin otro límite que el de la propia comunidad de los creyentes.

Y así puede constatarse en esta última cultura, en paralelo significativo, la paridad de desarrollo de la historia de las literaturas judía, cristiana y persa. Al mismo tiempo, por los mismos métodos, se forman los libros sagrados de las religiones, y con el mismo espíritu el libro fundamental del derecho: el Corpus Juris. La jurisprudencia se aleja de las experiencias prácticas de la vida como en los tiempos del Pretor, y nace en todas partes una casta de juristas, intérpretes de un texto sagrado e inmutable. La convicción de que el espíritu de Dios ha penetrado en el secreto de la letra de los textos, deja a la jurisprudencia exclusivamente en manos de los elegidos e iluminados, que conservan la pureza de los sagrados textos. Todo derecho ha nacido **deo auctore** como lo declaran las primeras palabras del Digesto; y así como el derecho antiguo fué creado sobre la base de las experiencias prácticas de la vida y para los ciudadanos, este derecho arábigo, mágico, procede de Dios, se anuncia por el espíritu de los elegidos e iluminados, e impera no dentro de los límites de una ciudad-estado sino sobre la comunidad de los creyentes de una determinada religión.

El derecho llamado romano no existía, en los tiempos antiguos, como un cuerpo de doctrina de valor universal. El hombre antiguo no había ni siquiera concebido la posibilidad de un tal derecho; su mundo se contenía en los límites de la ciudad y no alcanzaba a representarse una unidad humana y una substancia inmóvil y eterna sobre la que se asentara un solo derecho. El hombre de la cultura arábiga, que vivía dentro de su religión particular, no podía fundar tampoco un derecho universal; "su mundo" estaba reducido a sus correligionarios, que sobrepasaba, por cierto, de los límites de las ciudades, constituyendo una nación particular. Así las grandes recopilaciones de Justiniano, productos supremos de esta época, no pudieron ser nunca expresión de un derecho universal, porque a su lado vivían en el mismo Imperio otras tantas legislaciones que correspondían a sendas religiones.

La vida jurídica de la tercera cultura, la de los pueblos de Occidente, comienza en un todo independiente de las creaciones de Justiniano, por entonces, completamente perdidas. El derecho particular de los pueblos germanos se desarrolla en todas partes en modo semejante al desenvolvimiento del derecho antiguo, hasta alcanzar las formas de las recopilaciones del tipo de la "Lombarda". Hacia 1100, en la Universidad de Bolonia, un alemán,

Irnerio, inaugura sobre el manuscrito de las Pandectas, recientemente descubierto, una verdadera escolástica jurídica que dió a los principios romanos, como una "razón escrita", una fe semejante a la que se reconocía a la Biblia y a Aristóteles. Algunos años más tarde, otro acontecimiento vino a modificar el curso del desarrollo histórico, con la creación del monje Graciano, que echa las bases, con su famoso "Decreto", de la ciencia del derecho religioso y los fundamentos jurídicos del catolicismo, realizando con ello la ambición de un derecho común occidental: el Corpus Juris Canonici, lo que no había podido alcanzar el Imperio.

Con esto comienza el período típicamente occidental de la historia jurídica. El sentido de la experiencia práctica de la vida pierde valor, y su puesto es ocupado por el simple juego de los conceptos; el libro de Justiniano se alza frente a la vida y la domina, constituyendo el único "mundo" de los juristas. Las costumbres jurídicas sacadas de las necesidades, de las creencias, de la vida en fin, son reemplazadas por los viejos textos y toda la ciencia de la jurisprudencia convertida en un vacío estudio, simplemente filológico del texto y comentarios. El jurista se vuelve un filólogo, que ajeno a las realidades del mundo lucha encarnizadamente por hacer entrar la vida, deformándola dentro de sus moldes conceptuales. La vida del pensamiento toma aquí una forma de lucha entre los conceptos: las formas contenidas en Aristóteles, Euclides y el Corpus Juris, contra la realidad misma, a punto de que el símbolo de nuestro saber estaría contenido en un prolongado combate por la liberación del espíritu contra la tiranía de los viejos textos, de las autoridades de los maestros antiguos. El derecho no emana ya de la ética profunda, contenida en la existencia social y económica, sino que es extraído anticipadamente, por una simple destilación intelectual, de los viejos textos que necesariamente debían contener toda la verdad.

Esta inmensa aberración que ha hecho sustituir, en el mundo occidental, las fuentes naturales del derecho, por las artificiosas, tiene su aplicación en el modo particular como el hombre gótico (el del Renacimiento) concebía la existencia; él, a diferencia del hombre apolíneo (el de la antigüedad) para quien la vida era algo en sí, que nacía y concluía en sí mismo, concebía la existencia como algo que había comenzado antes que él y debía proseguir hasta mucho después. En tal concepto precisaba, para dar sentido y profundidad a su existencia, buscar un pasado sobre el

que asentaría su presente. El descubrimiento del ejemplar de las Pandectas, el despertar del pensamiento greco-romano en el Renacimiento, la sugestión que en especial las ruinas romanas repartidas por todas partes debieron ejercer sobre su ánimo, le hicieron abrazar el libro jurídico-romano con una fe ardiente que no surgía precisamente de que se reconociera una grandeza y una profundidad espiritual extraordinaria al saber romano, sino cediendo a su propia necesidad espiritual que le obligaba a buscar un suelo lejano y remoto para hundir las raíces de su cultura. Esta exigencia del alma de la cultura occidental, y no la sabiduría de los romanos, como suele repetirse hasta el fastidio, es lo que explica la persistencia de las formas jurídicas a través de culturas tan diferentes por su organización, su estructura y su espíritu.

Si los hombres de occidente, se agrega para subrayar el sentido, hubieran conocido, en vez de Roma, a Egipto, su necesidad de un pasado al cual debían ligarse, hubiera encontrado igualmente reposo en las instituciones egipcias, y con ello las formas y el lenguaje de nuestra cultura habrían cambiado esencialmente, por la asimilación de las formas de la cultura egipcia.

Pero aquel episodio que nos ha hecho adoptar las formas romanas, ha perturbado fundamentalmente el proceso del desarrollo de la vida jurídica de occidente. El derecho se ha convertido en un simple juego de conceptos, pues, como la necesidad histórica ineludible impide, al asimilar la forma de las instituciones, recoger a la vez su sentido íntimo, su propia sustancia, el jurista occidental, al revivir las formas romanas, ha debido imbuirlas de un nuevo espíritu que él creía fiel a su letra, con la que deforma la realidad presente, ignora las exigencias de la vida, prostituye su función, armándose contra la realidad en una lucha inconsciente, obstinada, y alza el libro de la sabiduría romana para obligar a las necesidades sociales a someterse a la vanidad de sus conceptos eternos.

Todo el desarrollo jurídico moderno serviría para comprobar esta prolongada lucha entre el libro y la vida, entre las representaciones conceptuales y la realidad, entre la teoría y la praxis, entre la forma y el contenido. Los romanos concebían las cosas, objetos del derecho, como algo material; las exigencias modernas imponen ampliar y modificar ese concepto, pues, hay muchas cosas, no corporales, objeto del derecho, como la electricidad o los derechos intelectuales que no caben dentro de las categorías sa-

cramentales de los antiguos, y que no son materia. Los juristas no las han acogido, sin embargo, objetivamente; han levantado contra ellas una tormenta de discusiones bizantinas y absurdas, y, en vez de buscar en los recursos de la técnica el modo de extender sus antiguos cuadros para alojar a las recién venidas, han levantado, como siempre, sus textos frente a la vida; ha sido preciso rebasar sus muertas estructuras, tardía y pesadamente. En un todo, la vida, dinámica creadora de funciones y movimientos de nuestros días, encuentra una valla en la estática fría e intelectualista del jurista romano, conservada en una pedantesca jerga tradicional.

4 — La tesis fundamental spengleriana sobre la discontinuidad del desarrollo histórico y la incomunicabilidad de los caracteres sustanciales de las instituciones, parece salir confirmada del estudio del proceso del derecho que acabamos de resumir. En realidad, no existe un solo derecho romano, como suele creerse, sino, a lo menos, tres: el derecho del Pretor, que nacía de las experiencias prácticas de la vida y que imperaba tan sólo sobre los ciudadanos; el derecho mágico religioso revelado a los elegidos, derecho de la comunidad de los creyentes que formaban un solo cuerpo espiritual y, finalmente, el derecho romano de occidente, fantástica y absurda reviviscencia del derecho romano mágico. El encadenamiento de los sucesos que han hecho pensar en un desarrollo único de un solo derecho se ve interrumpido y anulado por esta explicación. El derecho antiguo, el derecho mágico, el derecho occidental, no son tres etapas de un solo proceso, sino tres estados independientes, con un alma peculiar que llenaba formas institucionales homólogas, pero que carecían de una analogía fundamental. Lo más significativo y profundo de cada derecho está oculto; es lo que se entiende por sí mismo, lo que presupone y que vive en los hombres a que se dirige; es ese sistema interno de ideas y apreciaciones imposibles de hacer pasar de una a otra cultura, y sin lo cual carecen las instituciones de todo sentido y profundidad. Las leyes definen las palabras, pero la vida solamente les presta su verdadera interpretación, según la clara expresión spengleriana.

La concepción fundamental de Spengler, a nuestro parecer, no lo alista en la numerosa legión de los detractores del derecho romano; si así fuera, su obra carecería de toda originalidad; se

propone tan sólo demostrar cómo, bajo las formas aparentemente inmutables, se mueve en cada época una sustancia peculiar y cómo nuestro afán por alcanzar conceptos inmutables no consigue sino retrasar el proceso de la vida y deformar su curso. El valor absoluto, la verdad que encierran los textos, la sabiduría de los jurisconsultos romanos no están en cuestión; una posición de polémica frente al romanismo a la antigua usanza carece de sentido, precisamente porque el derecho, por su naturaleza, no es nada en sí, separado de la apreciación de la vida corriente en cada época. Aquí reside, a la vez, el relativismo y el absoluto spengleriano; relativismo, frente a una concepción universal del derecho, que resulta imposible; absoluto, en cuanto cada derecho debe traducir fielmente la voluntad de vivir y el sentido de la vida de cada cultura, no como un color propio, como se lo proclama generalmente, sino como una sustancia que le da un sentido totalmente distinto. A la vulgar e indeterminada expresión corriente, lugar común de los manuales, que nos enseña que el derecho nace de las exigencias de la vida y que nos lo muestra transformándose en una sucesión interminable, dentro de un esquema que sirve como de un hilo conductor que nos trae desde la antigüedad, por Roma y la Edda Media hasta nuestros días, encadenándonos formas y estructuras vacías de sentido, opone Spengler una concepción que ve, por encima de las formas y de sus relaciones, el alma particular, perecedera, que anima el derecho y le comunica su sustancia; alma particular que nace, vive y muere, y que como incomunicable a las culturas que le suceden, priva de todo sentido al problema de la sucesión histórica, al de las relaciones entre las culturas; es una discontinuidad que nos lleva a fijarnos en las culturas mismas y no en su encadenamiento y relación.

El intelectualismo comteano, el logicismo de Hegel, el evolucionismo, que nos imponen meter la sustancia de la vida histórica, presupuesta como una unidad, dentro de esquemas creados por la imaginación, en imágenes o analogías fantásticas entre los distintos procesos históricos y el de la mente humana o su modo de discurrir, o las interpretaciones románticas de la naturaleza, ignoran la sustancia de la vida, la avaluación real de los hechos, para limitarse a encadenar formas instrumentales vacías de sentido. Propiamente hasta ahora se ignoraba el valor humano absoluto de las instituciones; no habían alcanzado a concebir el universo como historia, según la profunda expresión goetheana.

La obra de Spengler adquiere aquí una honda e infinita sugestión, en cuanto trata de penetrar, con un supremo esfuerzo, en el alma propia de cada cultura, reflejada en su arte, en sus matemáticas, en sus ciencias que traducen un sentido propio, una apreciación, un estilo peculiar de vida, espíritu animador de sus instituciones.

Basta leer la antítesis admirable con que cierra y compendia su capítulo sobre el derecho, para apreciar la luz que arroja este talento resplandeciente, sobre la interpretación de los hechos, y de qué manera, bajo su influjo recibe un sentido nuevo el derecho romano y cómo surge de él una expresión viva y directiva para el pensamiento en el campo del derecho moderno; copiémoslo de nuevo, que vale la pena tenerlo grabado bien hondo. El derecho antiguo fué un derecho de los cuerpos, nuestro derecho es de funciones. Los romanos crearon una estática jurídica, nuestra misión es la de una dinámica jurídica. Para nosotros las personas no son cuerpos sino unidades de fuerza y voluntad, y las cosas no son tampoco cuerpos sino fines, medios y creaciones de esas unidades. La representación antigua era de cuerpos, de posición (estática); la moderna es de movimiento (dinámica) y se llama relación. Para un romano un esclavo era una cosa que producía nuevas cosas. El concepto de la propiedad intelectual no fué nunca alcanzado por un escritor como Cicerón, que no concebía la propiedad de una idea práctica o las posibilidades de una gran empresa. Para nosotros, sin embargo, el descubridor, el organizador, el empresario, es una fuerza generadora que actúa sobre otras fuerzas ejecutoras a las que les da dirección, sentido y medios que aseguran la propia eficacia. Ambos pertenecen a la vida económica, y no como poseedores de cosas sino como portadores de energías. Los romanos hicieron una estática jurídica, un derecho de los cuerpos; nosotros precisamos fundar una dinámica jurídica, un derecho de las funciones; admirable definición que resume en una antítesis el carácter distintivo de dos épocas.

5 — Pero en sus desarrollos sobre el derecho no hay tan sólo el intento de penetrar en el alma de las culturas, la comprobación de una tesis histórica admirable, que no tenemos para qué discutir aquí; se pretende, de paso, decirnos también qué y cómo debe ser el derecho y en este punto nos es forzoso oponer serios reparos.

Para Spengler la ciencia del derecho no se encuentra ni siquiera en sus comienzos, la entrevemos apenas en las lejanías; vivimos envueltos en viejos conceptos jurídicos; lo que hasta hoy se ha llamado ciencia del derecho, o es filología de la lengua jurídica o escolástica de los conceptos jurídicos; la del derecho es la única ciencia que extrae el sentido de la vida de conceptos fundamentales eternos. Un derecho teorético, elaborado fundamentalmente sobre nuestra vida efectiva, no ha comenzado aún. Nuestro jurista occidental es un filólogo que pone, en lugar de las experiencias prácticas de la vida, el análisis lógico de conceptos que sacan de sí mismo su fuerza y su vitalidad. De ahí que se haya perdido de vista el hecho esencial de que el derecho debe representar el espíritu de la existencia social y económica de su tiempo; ni el **Code Civil**, ni el **Landrecht** prusiano, ni Grocio, ni Momsen, se han dado exacta cuenta de este hecho. El derecho debe derivarse exclusivamente de la vida real. Como el **jus** romano procedía de las resoluciones prácticas de los funcionarios, el nuevo derecho debe proceder de las experiencias prácticas de la vida económica; así resultará el verdadero derecho, producto de la elaboración teorética de los valores fundamentales de la vida. Una profesión jurídica sabia es, según esto, lo más contrario a la realidad del mundo; ella desprecia, necesariamente, la verdadera experiencia para seguir la que procede del pensar, con lo que levanta una lucha inevitable entre la moral que fluye de la vida práctica y la propia de la profesión de la ciencia. Resulta, pues, que el derecho debe ser tan sólo una formulación conceptual de los valores dados en la vida.

6 — Sin duda, Spengler se ha dejado arrebatar ante el penoso espectáculo que ofrece nuestro derecho, constituído por un cuerpo de leyes, informe y opresor, vasto osario, en el que se han recogido restos de todas las culturas, y el de una jurisprudencia afanada en amasar una pseudo ciencia deformadora de las mentes, que así como aquél traba el desarrollo de la vida, ésta alza entre el jurista y la realidad una muralla infranqueable, y en vez de colaborar en la obra de liberación iniciada por todos los espíritus serenos, ha tenido más fe en su originalidad radical, y sin darnos fórmulas humanas de solución nos predica el idílico regreso al estado en que el derecho salía, como por obra de una emanación misteriosa, de la mente de jueces y patriarcas. Su ex-

plicación del origen y fuente del derecho es primitiva e incompleta. No puede afirmarse que el derecho proceda exclusivamente de la vida efectiva; es elemental que el derecho es una superestructura social; que él debe crear, como tal, una representación conceptual, intuitiva de lo existente, que aspira a encauzar las corrientes de la vida oponiendo, a veces, a sus tendencias el simple pensar; reflexionar sobre un derecho ya presupone una apreciación moral, un juicio en contraposición a las tendencias de la vida; el problema jurídico no es siempre encontrar el cauce por donde corra la vida de modo más suave, sino constantemente el modo de guiarla y dirigirla, contrariándola a veces, para acomodarla a un concepto particular de vida.

En los momentos en que en una comunidad social existe una ética fuerte y predominante, el derecho suele ser su expresión; pero esa ética no es la vida ni puede alcanzársele por las experiencias prácticas, y cuando esa ética fuerte falta, el derecho es una simple creación humana, que debe producir por sí, efectos morales y creadores; es por sí mismo **ethos,** dirección para la conducta, fuente de mil creaciones nuevas. Sería preciso cerrar los ojos ante la realidad para ignorar estos rasgos esenciales del derecho, que nos muestran todo lo que tiene de artificial y humano. La historia de la propagación del código francés es un ejemplo brillante de la influencia artificial sobre la legislación de los pueblos; así pudo Grenier, con una claridad de visión que el tiempo ha confirmado, comentando la aparición de este código, anunciar que muy pronto se convertiría en una moral universal. Recurrir a la experiencia de la vida, tal como la entendían los romanos primitivos, experiencia al día, que no aparece como pensada, ni coordinada, ni sistematizada como pensamiento, para con ella solucionar el gran problema del origen del derecho, invocando a la vida como un fantasma indefinible pero propicio, es pretender disipar la sombra con un conjuro, iluminar con una condensación las tinieblas.

No sólo el derecho no nace de la vida sino que es simple instrumento artificial de dominación, expresión de una conciencia de clase, ajena a la naturaleza. Spengler mismo lo hace notar con maestría. El derecho contiene una representación del mundo correspondiente a una tendencia política y económica que es independiente de éste o de aquél pensar teorético, que está en relación con la clase social que tiene en sus manos el poder efectivo y

con ello la creación del derecho; verdad histórica indiscutible que comenta agudamente la invectiva que Anatole France dirige al derecho contemporáneo.

Para legitimar su modo de ver Spengler ha debido, partiendo de esos falsos supuestos, aunque con lógica implacable y severa no exenta de presuntuosidad, rebajar el valor de ciertas constancias de la historia. Su aguda explicación de la reviviscencia del derecho romano en Occidente es acaso el ejemplo más significativo. El hombre gótico (de los tiempos de Irnerio y de Bartolo) necesitaba, según su concepto de vida, para dar sentido y profundidad al presente, ligar su existencia al pasado; el casual descubrimiento del manuscrito de las Pandectas le dió ocasión para anudarse a la existencia romana; ese "desgraciado" y eventual episodio sirve como llave de la explicación del giro actual de nuestros pensamientos jurídicos, que a no haber ocurrido, serían hoy indiferentemente de estirpe egipcia, persa o babilónica. Sería vano disimular que el más elemental rigor lógico rechaza, como pueril, semejante explicación. Reconocemos el valor de los grandes como de los pequeños hechos en la historia; pero, francamente, no nos satisface que un estado social que tiene ya ocho siglos de existencia, esté fundado exclusivamente en un episodio que debió ser trivial y que se conserve merced a una aberración de la conciencia de los hombres. Salta a la vista que aquí debe ocultarse una profunda ley de la historia, una fatalidad implacable, algo de la estructura y de la esencia fundamental de los hombres de Occidente. El propio desarrollo contenido en este libro parecería así revelarlo; la cultura moderna ha nacido por préstamos sobre la cultura antigua; hemos constatado la "recepción" de Aristóteles, de Euclides, del **Corpus Juris** y si bien cada pueblo ha puesto en ellos algo del modo particular de su alma, sus inagotables influencias no se han extinguido todavía; hasta la física, en su expresión moderna más atrevida y revolucionaria de la relatividad einsteniana, no ha pretendido romper con el pasado, sino simplemente completar, extender, precisar, las antiguas fórmulas. Es necesario —ha dicho Einstein— dar una fórmula más exacta a la célebre ley de Newton, es preciso concebir el espacio de un modo diferente, para que desaparezcan ciertas contradicciones; pero no se ha atrevido a afirmar que las fórmulas de sus antecesores fueran falsas, que la geometría de Euclides

no fuera tan posible como la geometría de Riemann (7). El pensamiento social vive de selección y de acumulación, no de repentismos e improvisaciones.

El Derecho Romano no ha revivido en Occidente merced al "desgraciado" descubrimiento del ejemplar de las Pandectas ni a las glosas de Irnerio, sino porque desde Constantino fué un derecho mágico, religioso, con un profundo fondo cristiano, y la civilización occidental, también de base cristiana, encontró en él los principios "universales" humanos que exigía, resumidos en un sistema admirable, a través de una técnica perfecta en la que, con razón, ha visto Houston Chamberlain (8) el motivo más importante de su influencia y vitalidad. La razón rechaza con vehemencia hasta la simple hipótesis de que un código persa o egipcio, indiferentemente, hubiera podido tomar el lugar del **Corpus Juris.**

El derecho debe ser tan sólo una formulación conceptual de los valores dados en la vida; este es el pensamiento fundamental de Spengler. El nos impone vivir rigurosamente en el día, renunciar al saber jurídico y a la experiencia acumulada al modo occidental. El Pretor, nuestro perfecto modelo, dictaba cada año su edicto, que, en realidad, ni siquiera imperaba durante ese año; no había más derecho que el que se pronunciaba en cada caso, que para él solo valía; nihilismo idílico semejante al de la jurisprudencia sentimental, que recomienda dejar al juez a solas con su conciencia, el oído atento a la voz de la justicia humana que procede como emanación de la vida social misma, y libre de las

---

(7) Emile Borel afirma en su prefacio a "La Théorie de la Relativité par A. Einstein": "Si el valor científico y práctico de estas fórmulas es indiscutible, se debe reconocer que su dominio de aplicación real, es limitado... Hay casi la misma relación numérica entre la teoría de la relatividad y la mecánica usual que entre la esfericidad de la tierra y el arte del arquitecto. Los arquitectos, como todos los hombres civilizados, saben desde la infancia, que la tierra es redonda, pero cuando construyen una casa, no tienen nada que hacer con esta verdad y están de acuerdo en que las verticales son paralelas. No debe decirse que procediendo así cometen un error muy débil, o un error despreciable; este lenguaje que aparece como queriendo invocar circunstancias atenuantes, es defectuoso; no debe vacilarse para afirmar que el error no existe o, si se prefiere, es rigurosamente nulo".

Aun en mecánica celeste, en que las velocidades son más grandes que en la mecánica terrestre, la gran mayoría de los cálculos no será modificada en nada por la introducción de los términos complementarios de Einstein; solamente en un número muy pequeño de casos, esos términos intervendrán efectivamente; los astrónomos deben,pues, conocer su existencia pero dejarlos casi siempre de lado".

(8) "Los fundamentos del siglo XIX", citado por Geny en "Science et Technique".

leyes y de los principios de la jurisprudencia. ¡Terrible solución, si la extendemos fuera de los límites que le han fijado los códigos más modernos (9), a menos que se asegure para el juez, por maravilloso conjuro, la asistencia de algún espíritu misterioso que lo guíe e ilumine. Y, en realidad, es preciso reconocer que la obra de Spengler no está privada del todo del concurso de lo maravilloso; el concepto esencial de Cultura, como alma propia de cada período histórico que presta su sustancia a todas las instituciones y sirve de pensamiento director de todos los desenvolvimientos, resulta ser algo como un símbolo cabalístico; recurramos a las propias palabras de Spengler para definirla: "La historia es la realización de la cultura posible"; y después de explicar todas las nociones complementarias: "estas nociones fundamentales son en parte incomunicables por conceptos, definiciones, demostraciones. Un devenir sólo puede ser vivido, sentido con una inteligencia profunda y sobrecogida". (Ein werden nur erlebt. mit tiefen wortlosen Verstehen gefühl werden koenne. Pág. 81, T. I). En vano para precisar estas nociones hace una alusión a la morfología. "Todas las maneras de concebir el mundo pueden, en última instancia, designarse con la palabra morfología. La de las leyes naturales y de los nexos causales se llama sistemática. La monfología de lo orgánico, de la historia y de la vida, de todo lo que posee dirección y sino se llama fisiognómica". "Un hombre puede educarse para la física, el historiador en cambio nace. El historiador comprende y penetra los hombres y las cosas de un solo golpe, guiado por un sentimiento que no se aprende, que elude toda intervención premeditada y goza de la plenitud de sí mismo, en harto raros instantes. Descomponer, definir, ordenar, circunscribir efectos y causas, eso puede hacerse siempre que se quiera: es trabajo; lo otro, en cambio, es creación. La fisionomía y la ley, la metáfora y el concepto, el símbolo y la fórmula, tienen muy distintos órganos". ¡No se negará que esto es hablar claro y valientemente, levantar bien alto una bandera. Creíamos que el método positivo estaba en crisis, pero esto muestra que se lo cree irremediablemente muerto; sin embargo, estos incomunicables conceptos fundamentales, este método que nos enseña a penetrar todas las cosas humanas, ciencias, artes, matemáticas, derecho, por una aprehensión profunda e inefable,

(9) Código Civil Suizo, Art. 2º.

no nos parecen tan seguros como para que nos atrevamos a abandonar nuestros pobres y defectuosos métodos, nuestro exiguo saber.

Comprendemos que la bancarrota del puro racionalismo nos haga desconfiar de la inteligencia como órgano exclusivo del conocimiento y nos empuje hacia el sentimiento, la inspiración, la intuición, pero no sería justificado que una decepción nos echara en brazos de un desvarío. La razón es insuficiente, pero ¿quién se atrevería a apagar esa única luz y a cerrar sus ojos, en un arrobamiento místico a la espera de una iluminación interior?

No es preciso declararse conservador a todo trance para ponerse en abierta oposición a la tesis de Spengler sobre el derecho. Convenimos con él en que en el cuerpo del derecho moderno, las leyes y los principios jurídicos corrientes, se hallan frecuentemente prostituídos bajo la inconsciente adoración de los modelos antiguos; que la sugestión romántica de la sabiduría romana hace aún sus víctimas, pero no afectemos creer que esas aberraciones constituyen toda la ciencia del derecho moderno, como aparece aquí con cierto amargo sabor de caricatura. Sería preciso olvidar a Ihering, en cuyas manos el "espíritu del derecho romano", ha adquirido un sentido nuevo, y que nos enseñara, antes que Spengler, que el derecho es inseparable del sistema de ideas, de los conceptos de vida de los hombres que lo crearon; de Saleilles, en quien hemos aprendido a considerar al derecho en función de las necesidades sociales y económicas de cada época y, por fin, de Windscheid, el príncipe de la dogmática jurídica del siglo XIX, como se lo denomina con exactitud; en suma, de todo el saber jurídico moderno, para atreverse a afirmar que la ciencia del derecho ha sido hasta hoy o filología del lenguaje jurídico o escolástica de los conceptos jurídicos. Es cierto que las fórmulas se repiten como un mal eterno, según lo advirtió Goethe con su habitual profundidad; pero no olvidemos lo que Spengler también sabe: que dentro de las mismas fórmulas vive en cada nueva cultura un espíritu diferente que no desaloja al antiguo, sino después de una lucha comúnmente sangrienta. El derecho romano es, justamente, el mejor ejemplo. La movilidad constante de la vida ha podido, sin embargo, acomodarse dentro de sus fórmulas, precisamente, por la infinita flexibilidad y por su exuberante riqueza de contenido humano. Esto encierra un sentido profundo y universal que requiere también ser explicado

profundamente, a base de constancia de hechos y constatación de rasgos espirituales humanos, nunca por hechos efímeros y triviales o por aberraciones de la conciencia moral. No encuentro, pues, maravilla en que debamos aún luchar contra las reviviscencias del viejo espíritu jurídico y en que penosamente vayamos filtrando en ellas nuestro espíritu. Esa es la ley tantas veces verificada del desarrollo social.

Mientras los filósofos sigan leyendo con provecho y meditando a Platón, Aristóteles y Cicerón; mientras los físicos no olviden a Pitágoras y a Euclides, estaremos ciertos que hay todavía algo humano universal "en el saber antiguo" y que el mundo occidental no ha de prescindir del todo del "libro" del saber jurídico romano, aunque haya dejado de ser, hace ya mucho tiempo "oráculo y texto mágico", expresión de la verdad revelada.

La sociedad humana no puede concebirse sin la existencia de un derecho, que no es la vida misma ni nace directamente de ella; el arbitrio, que no otra cosa representa la justicia al día, del pretor, es inconciliable con la necesidad conceptual de una permanencia de la que sacan su fuerza y su justificación las leyes, y que contiene nada menos que el problema ineludible de la justicia; Spengler ignora deliberadamente esta fatal necesidad; no soluciona los problemas que la evolución del derecho plantea sino que los menosprecia y anula, mostrándonos un camino ascendente hacia las épocas primitivas en que para una organización rudimentaria bastaba un derecho embrionario.

Estos reparos no han de amenguar, por cierto, la profunda emoción que se experimenta ante este talento resplandeciente, ante esta sensibilidad honda y delicada, ante esta erudición profunda, extensa, soberana, ante esta lógica formidable, mordiente, agresiva. La penosa labor que representa la traducción que precede, doblemente ardua para quien no posee el dominio absoluto del idioma, preciso para desenmarañar esta prosa tudesca tan duramente torturada, acredita, mejor que cualquier palabra que pudiera decirse, el fervoroso entusiasmo que la lectura de la obra es capaz de provocar.

Podrá negarse a Spengler la originalidad de su doctrina (10),

(10) H. Rickert: "Ciencia cultural y ciencia natural", pág. 14. El libro, en ciertas partes, no deja de tener interés; pero cuando preconiza como método nuevo el pensamiento de una "morfología de la historia universal", esto

podrá mostrársele como un pesimista que envenena la vida, precisamente en momentos que la vida reclama acción ardiente; pero el influjo de la profunda sugestión humana que encierra, que es como la voz de nuestro tiempo, será manantial inagotable de inspiración. La más grande obra humana no puede ser medida en sí, sino en relación a las posibilidades que descubre, capaces de fructificar en el espíritu de los otros hombres; y este parece ser el carácter distintivo de la obra de Spengler. Así, en presencia de esta crítica, el lector acaso recuerde el duro epigrama que Schiller dirigía a los continuadores de Kant: "Wenn die Koenigen bauen, haben die Kaerrner zu tun".

---

es, una biología generalizadora de la vida histórica, todo buen conocedor de lo escrito sobre estas materias comprende al punto cuán ingenua es la nueva idea. La fundamentación lógica de esta "morfología" que Spengler intenta, estaba ya refutada mucho antes de escrita.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS NACIONALES

I. La filosofía del derecho en los Estados Unidos de América

La filosofía del derecho en los Estados Unidos de América no ha adquirido el desarrollo que hubiera podido esperarse de su vasto poderío y de sus magníficos institutos de cultura; sin embargo, no podría afirmarse que ella no exista absolutamente.

La tendencia filosófica predominante y casi exclusiva en América es el pragmatismo de Schiller, Dewey y James; bajo su influencia no ha aparecido en la filosofía del derecho sino una sola preocupación: la de la realización del derecho mirada desde el punto de vista de un plan de las reformas necesarias en la legislación y de una doctrina de la interpretación de las leyes (1). La figura más interesante es la del decano de Harvard, Roscoe Pound en cuya "Introduction to the Phisolophy of Law" (1924) se descubre su vasta información de la literatura jurídica europea (Véase la bibliografía, pág. 285); su doctrina, de sentido sociológico, tiende a fundar un método de pensamiento para resolver los problemas jurídicos, "el equilibrio de los intereses" (balancing of interest), ligado en cierto sentido a la noción de "Standard" jurídico, cuyo estudio ha sido introducido en Francia por Marcel O. Stati ("Le Standard Juridique" — 1927, págs. 45, 43 y 79). A esta misma escuela pertenece el profesor Hocking ("Present status of the philosophy of law and of rights" — 1926). Dentro de estas mismas preocupaciones prácticas es justo recordar a John Henry Wigmore (2) en cuyo "Problems of law, its past, present and future" — 1920, trata de la evolución del derecho, de las reformas de la legislación y de las bases para una legislación universal; esta última parte es desarrollada, al parecer, en su vasta obra: "A panorama of the world's legal system", tres volúmenes, 1928. A los nombres citados sería preciso agregar los del juez Benjamín M. Cardozo ("The growth of the law"), Albert Kocourek ("Jural relations", 1927), Edwin W. Patterson, que colaborara con uno de los jefes del pragmatismo americano, John

(1) La influencia del pragmatismo americano sobre las ideas políticas, ha sido puesta de manifiesto por W. J. Elliot: "The pragmatic revolt in politics", en especial los rasgos de anti-intelectualismo y romanticismo (Pág. X).

(2) Autor de un importante trabajo: "A list of one hundred legal novels", 1922, de un objetivo semejante al perseguido entre nosotros por Eduardo Acevedo Díaz (h.), con sus estudios sobre "El teatro contra la ley".

Dewey, en un seminario de Filosofía del derecho para juristas y filósofos y el de Benjamín F. Wright ("American interpretations of Natural law", 1931). Puede agregarse aún, como esfuerzo americano en el campo de la Filosofía del derecho, la obra de divulgación que ha cumplido el "Editorial Committee", que desde 1910 se ocupa de la traducción de los modernos filósofos del derecho europeos. Véase Patterson: "La philosophie du droit en Amerique", en "Revue Trimestrielle de Droit Civil," año 1930, pág. 973 y Cesarini Sforza, "La filosofia del diritto in América", en "Rivista italiana di sociologia", año 1916, pág. 212.

II. La filosofía del derecho en Inglaterra

La índole realista y práctica de los pensadores ingleses no se aviene con las especulaciones ideales; no existen por eso en Inglaterra verdaderas escuelas de Filosofía del derecho a la manera que se entiende en el Continente. La dirección del pensamiento jurídico que más se acerca a nuestra disciplina, es la que procede de Austin y en la que podemos contar a Holland, Salmond y Ritchie; hay además una dirección histórica y otra política, que se encuentran, en muchos aspectos, muy cerca de nuestras preocupaciones. Holland ("Elements of jurisprudence", 1880), Salmond ("Jurisprudence" 1907), Ritchie ("Natural Rights", 1903) se plantean el problema de la distinción entre un derecho natural y positivo, y lo resuelven afirmativamente, pero se limitan a buscar en los hechos, en la moralidad, el fundamento del derecho natural. La corriente histórica debe ser referida en sus orígenes a Henry Maine (Vanni, "Saggi di filosofia sociale e giuridica", Seconda parte, pág. 73; "Gli studi di Henry Summer Maine e la dottrine della filosofia del diritto"). Hacen parte de esta dirección Frederic William Maitland, en cuyos "Collected Papers" (1911) se encuentra, al decir de Jean de Pange, tratadas las cuestiones esenciales del derecho inglés y de la filosofía del derecho (von Gierke: "Les théories politiques du Moyen Age", pág. XV) y Frederic Pollock, colaborador de aquél. F. Pollock, "Storia della scienza politica, con uno studio di V. Beonio Brocchieri" (1923). Debemos recordar aquí el autorizado libro de A. V. Dicey, "Le droit et l'opinion publique" (1906) que es un valioso documento, para interpretar la evolución del derecho inglés. El aspecto de los problemas políticos relativos a las rela-

ciones entre el individuo y el Estado parece ser el tema de mayor interés en Inglaterra; para comprobarlo basta recordar el interés que despiertan las obras de un joven escritor que comienzan a circular con profusión; me refiero a Harold J. Laski, cuya "Introducción a la política" (Revista de Occidente) y su "Libertá nello stato moderno" (Laterza & figli) acaban de ser traducidas, y tienden a contener el avance de la omnipotencia del Estado. Véase Getell, "History of Political Thought", págs. 393, 446 y 462; Cosentini, "La réforme de la législation civile", págs. 55 y 69; "Archives de Philos. du droit" — Nos. 1 - 2, pág. 231; "English Law from the Foreign Standpoint" by Hans W. Goldschmidt — London. 1937 — en especial la parte traducida por nosotros: "La Ciencia Legal Inglesa", en "Boletín de la Facultad de Derecho y C. Sociales". Año II (1938) Nº 5, pág. 335 y "La théorie anglo-américaine du droit vue par un juriste du continent" por Gustav Radbruch, en "Arch. de Ph. du Droit", 1936, Nos. 1 - 2, pág. 29.

III. La filosofía del derecho en Rusia

Debe entenderse que al hablar de filosofía del derecho en Rusia, aludimos al movimiento de ideas anterior a la revolución de 1917. Para el comunismo bolchevique, como se ha dicho reiteradamente, el Estado no es más que la organización de la dictadura militar del proletariado. El derecho, relación de hombre a hombre, debe ser reemplazado por la economía, relación de hombre a cosa; debe desaparecer el ciudadano para dar paso al productor. La obra de destrucción que este movimiento representa, es una simple vuelta a la barbarie, de la que será preciso recomenzar un nuevo proceso, ya iniciado por el propio bolcheviquismo que no ha podido renunciar al derecho y a los códigos al modo occidental.

El carácter común a los pensadores rusos de filosofía del derecho es ese rasgo de misticismo religioso primitivo, que se manifiesta ya en cruel materialismo o en un absoluto renunciamiento. Las corrientes europeas han tenido también en Rusia sus representantes, que no han agregado nada original a las doctrinas, a no ser lo que resulta del modo peculiar suyo de representarlas. Nos interesa recordar a los pensadores que han influído sobre Occidente; el anarquismo de Bakunin y Kropotkin, la mística de

Dostojewski que aspira a fundir el derecho en la ley cristiana. Las figuras más considerables parecen ser las de Boris Cicerin y Vladimiro Solowieff, pero los mejor conocidos entre nosotros son Petrazycki, (véase Gurvitch, "Une philosophie intuitionniste du droit: Leon Petrazycki", en "Archives de ph. du droit", números 3 - 4, 1931, pág. 403), y Korkounov, para no recordar a Kowalewsky que es más bien un escritor inglés. Corresponde a Petrazycki, el honor de haber iniciado una labor extraordinaria en pro de una disciplina nueva: la política jurídica (Lambert, "La fonction du droit civil comparé, pág. 825) y a Korkounov haber influído considerablemente entre nosotros con su obra "Cours de théorie générale du droit" (1903 - 1914) a través de las enseñanzas y los libros del profesor Carlos O. Bunge, para crear una corriente realista en el campo de la introducción al derecho (3).

Algunos profesores rusos, dispersados por la revolución e incorporados a los círculos intelectuales europeos continúan en ellos su labor; como ejemplo pueden citarse a Alejandro Gorovtseff, antiguo profesor en la Universidad de Pern y Petrogrado ("Etudes de Principiologie du droit" — Primera parte (1928), Théorie de l'objet en droit — Segunda parte, Théorie de sujet de droit, 1928) y muy especialmente a Jorge Gurvitch, profesor de la Universidad rusa de Praga, cuya fecunda actividad ha dado en el campo de la filosofía del derecho la obra "Idée du droit social" (1932), de la que dice en el prólogo Louis Le Fur que es una obra "qui fera date dans l'histoire de la pensée juridique", pág. IX. Véase: "Philosophie und Recht" — año II, entrega 2a.; todos los artículos contenidos en este número de revista sobre los escritores rusos han sido resumidos en la "Rivista internazionale di filosofia del diritto", año III, pág. 205; en la misma revista, año I, pág. 37 "La realtá giuridica secondo gli autori russi", Ganeff; idem, año XII, pág. 109: "Leone Petrazycki" por Pietka.

IV. La filosofía del derecho en Bélgica

Las ideas jurídico - filosóficas en Bélgica se debaten entre dos grandes y opuestas corrientes: la positivista, representada por Laurent, Hennebicq, Picard, Mailleux, de Page, Cornil, Van der Eycken y la racionalista - religiosa de Jacques Leclercq y Jean

(3) Véase en apéndices: "Carlos O. Bunge. El realismo jurídico".

Dabin. Laurent es el punto de partida del positivismo jurídico con su doctrina de la pura exégesis de los textos legales; Hennebicq ("Philosophie du droit et droit naturel" — 1897) crea una especie de sociología del derecho natural; Picard ("Le droit pure" — 1899; "Les constantes du droit" — 1921) que tanta influencia ejerce entre nosotros, ha pretendido crear una ciencia jurídica positiva; Mailleux ("L'exégése des codes et la nature du raisonnement juridique" — 1908); de Page ("De l'interpretation des lois" — 1924 — 2 vols) y Van der Eycken "Méthode positive de l'interpretation juridique" — 1907, que sobre las huellas trazadas por Geny, procuran encontrar la solución al problema de la interpretación de las leyes y, por fin, Cornil ("Le droit privé" — 1924), que con una visión más amplia, aunque en una estrecha síntesis, intenta dar una "sociología jurídica simplificada".

El abate Leclercq ("Lecons de droit naturel", dos vols., 1927 - 1929) vuelve a la doctrina estrictamente tomista, a su método racional y experimental a la vez, y Dabin ("La philosophie de l'ordre juridique positif" —1929) que representa al derecho como dominado en sus fundamentos por la moral y en especial por la moral católica, que es la que puede prestarle solidez.

Bonnecase en un recomendable y denso estudio ("Probléme du droit et science belge du droit civil" — 1931) recuerda como carácter distintivo de las ideas jurídicas en Bélgica el haber estado preservadas de la contaminación del romanticismo. En esta obra se caracteriza al clasicismo por tres rasgos principales: obediencia a la regla; preeminencia de la razón sobre el sentimentalismo; superioridad de la verdad histórica sobre la verdad orgánica. Estos rasgos aplicados a las escuelas de derecho belgas muestran que, en verdad, son más bien clásicas que románticas. (Véase: Bonnecase cit., Caps. III y IV; Cosentini, "Legislation civile", pág. 76).

V. La filosofía del derecho en España

Nada podría agregarse a la erudita y prolijísima nota sobre "el momento actual" de la filosofía del derecho en España puesta por el eminente profesor Recaséns Siches, a la obra de Giorgio del Vecchio, T. II, pág. 290. Según estas informaciones y colocándonos desde el punto de vista estricto de una filosofía del derecho sistemática, nuestras referencias deberían reducirse a algunos

pocos nombres: en la dirección racionalista del derecho natural Luis Mendizábal y Martín ("Tratado de Derecho Natural", 1920), Fernando Pérez Bueno ("Rosmini. Doctrinas ético - jurídicas", 1919). La dirección que partiendo de las enseñanzas de Giner ha torcido hacia el socialismo: F. Rivera Pastor, stammleriano en las "Doctrinas del Derecho y del Estado", 1910, y en la "Lógica de la libertad", 1918, y socialista agrario en "El nuevo orden jurídico", 1924; Fernando de los Ríos Urruti, discípulo de Giner en "La Filosofía del derecho en don Francisco Giner", 1916, y socialista en "El sentido humanista del socialismo", 1926; D. Adolfo Posada parece seguir más fielmente la inspiración gineriana, en "Teoría social y jurídica del Estado", 1922. Merece mención especial Quintiliano Saldaña que está empeñado en dar fundamento a un pragmatismo jurídico (Luño Peña, "Il pragmatismo giuridico di Q. Saldaña", en "Riv. Int. di filosofia del diritto." Año XI, fasc. II). La cultura jurídica de los pueblos latinos debe un señalado servicio al profesor de Salamanca, Wenceslao Roces, gracias a cuyo esfuerzo poseemos las traducciones de "Economía y Derecho" (1929) y "Tratado de filosofía del derecho", de Stammler, que son dos obras maestras fundamentales. Esta nota debe terminar con un recuerdo especial para el profesor de Valladolid, el ilustrado e incansable Luis Recaséns Siches, que en su "Filosofía del Derecho de Francisco Suárez" (1927), "Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico" (1929) y en las extensas y valiosas notas puestas a su traducción de la Filosofía del Derecho de del Vecchio (1929 - 1930) ha revelado un vasto dominio de los sistemas y de las ideas históricas y actuales de filosofía.

Entre las últimas publicaciones pueden citarse: Luño Peña, "La Justicia social", Zaragoza, 1933; Legaz Lacambra, "Kelsen. Estudio crítico de la teoría pura del derecho y del Estado en la escuela de Viena", Barcelona, 1933; del mismo autor "El estado de derecho en la actualidad. (Una aportación a la teoría de la juridicidad)", Madrid, 1934 y Recaséns Siches, "Los temas de la Filosofía del Derecho, en perspectiva histórica y visión de futuro", Barcelona, 1934. El profesor Legaz publica en la traducción de Sauer, "Filosofía Jurídica y Social", un extenso y erudito apéndice, pág. 90, sobre las tendencias dominantes en España en la filosofía jurídica, política y social, que puede ser consulta-

do con provecho. Son muy valiosas las informaciones que ofrece Recaséns Siches en sus "Estudios", pág. 440 (4).

VI. La filosofía del derecho en Sud - América

La falta de una comunicación constante entre los círculos intelectuales de las naciones de América, nos hace ignorar recíprocamente la obra cumplida en cada uno; con el ánimo de contribuir a ese conocimiento, aunque sin la esperanza de proporcionar una información completa, redactamos esta nota bibliográfica. Puede decirse que en todas las naciones de América, las ideas jurídico - filosóficas han evolucionado, aunque tardíamente, según el ritmo del pensamiento europeo; en la filosofía del derecho de los últimos tiempos se nota un predominio de la corriente del positivismo jurídico, el que va cediendo lentamente a las penetraciones de las influencias del criticismo neokantiano. Véase: Carlos Arturo Torres: "Corrientes filosóficas en la América Latina", en "Idolos del foro" (pág 205), Madrid.

BOLIVIA

Ignacio Prudencio Bustillo, profesor en la Facultad de Derecho de Sucre. "Ensayo de una filosofía Jurídica" — Sucre, Bolivia, 1923. Imprenta Bolívar. La dirección filosófica de esta obra se define por el siguiente párrafo: "El realismo — con este nombre se conoce en el mundo científico la doctrina que divulgamos — significa una reacción, contra el derecho natural a la vez que un empeño para emplear en las investigaciones jurídicas, sociales y políticas, los mismos métodos experimentales que tanto han hecho adelantar a las ciencias físicas y biológicas" (pág. V); sin embargo se percibe en todo el libro un sentido de moderación y equilibrio en el juicio de las posiciones adversas (5). Se recuerda también en Bolivia a Luis Arce ("Derecho Natural") y a Daniel Sánchez de Bustamente ("Principios de Derecho". La Paz, 1902).

---

(4) Felipe González Vincen ("Deutsche und Spanische Retchtsphilosophie der gegenwart". 1937) ha publicado un cuadro comparativo muy completo de la filosofía del derecho en Alemania y en España, que se lee con provecho e interés.

(5) Pueden verse en la carta que publica C. Medinacelli, las orientaciones y propósitos del autor — "Revista de la Universidad de Chuquisaca", Año III, pág. 59.

BRASIL

Hay en este país una dilatada y honda tradición jurídico filosófica: basta recordar los nombres de Tobías Barreto ("Questoes vigentes de philosophia e de direito", Recife, 1875; "Estudos allemaes", Recife, 1892); Silvio Romero ("Philosophia do Direito", Río de Janeiro, 1908) y Clovis Bevilaqua, la figura más prominente de la ciencia jurídica americana, entre los vivientes. (6)

Almachio Diniz, "Uma theoria geral do direito", Bahía, 1913; "Os presuppostos pragmatistas da moderna philosophia do direito", Río, 1919. Crítica a esos presupuestos.

Pedro Lesa, "Estudos de Philosophia do Direito" (IIa. ed., Río, 1916). "Suministrar una explicación del derecho, de acuerdo con los hechos, cuya observación es el único fundamento" (pág. 12) (7).

José Mendes, "Ensaios de Philosophia do Direito", (2 volúmenes) Sao Paulo, 1905 (8).

Eusebio de Queiroz Lima, "Principios de Sociología Jurídica". Compendio para a cadeira de philosophia do direito — Río. "No me sometí al sectarismo de ninguna escuela" (Introducción). Sirve de texto en la cátedra de filosofía del derecho de Río, según nota del Programa del profesor Dr. Joaquín Abilio Borges. En el prólogo de la segunda edición (Río, 1931) se alude a las últimas transformaciones de las cátedras de Introducción y Filosofía del Derecho en el Brasil. (3a. Ed. 1933).

Pontes de Miranda. "Systema de Sciencia Positiva do Direito", Río, 1922 (2 tomos). — Jurista de una vastísima erudición y de una admirable fecundidad. Esta obra es una aplicación de las ciencias positivas para la fundación de la ciencia del derecho. "Introducción a la sociología geral" — Río, 1926. Naturaleza sociológica de las normas de derecho. (Pág. 207).

José María Bello, "A Nocao philosophia e social do direito", (Breve ensaio de methodologia), Río de Janeiro, 1933. Trabajo escrito para una tesis de concurso y que trata de conci-

---

(6) Bevilaqua, "A doutrina de Kant no Brasil" en pág. 77 de "Immanuel Kant. Festa commemorativa".
(7) Waldemar Ferreira — "A. Congregacao da Faculdade do Direito de S. Paulo", 1928, pág. 81.
(8) Idem, pág. 109.

liar la doctrina de Bergson y la necesidad de renovación social. Págs. 8 y 183.

Tristao de Athayde (Alceu Amoroso Lima), "Introduccao ao Direito Moderno", Primera parte: O Materialismo jurídico e suas fontes. Río de Janeiro, 1933. Obra de una vasta formación que tiende a la restauración de un derecho integral, que ha sido "privado de todo elemento formal, en el materialismo jurídico de un Marx, y de todo elemento material, en el formalismo jurídico de un Kant, para ser reducido a una simple secreción del Estado". (Pág. 161). Amoroso Lima, es además un publicista de una vasta obra y de una incesante actividad; debe también recordarse: "Política", Río de Janeiro, 1932 (2a. edición), en especial los capítulos 3, 4 y 5.

Jonathas Serrano, "Philosophia do Direito". (Livraria Catholica. 1933. Río de Janeiro. 2a. edición). Define la filosofía del derecho como el estudio de los primeros principios jurídicos, pero en el sentido de una metafísica jurídica (Pág. 47).

Hermes Lima, "Introduccao á Sciencia do Direito". (Companhia editora nacional: Sao Paulo - Río de Janeiro - Bahía - Lisboa. 1937. 3a. edicao). Es un panorama muy claro y muy bien informado, para servir de introducción al derecho y a su filosofía.

COLOMBIA

En una noticia sobre la bibliografía jurídica de Colombia no puede faltar un recuerdo para la obra vasta y erudita del Dr. Antonio José Uribe, publicista fecundo y político de una dilatada influencia, que ha contribuído en los últimos años a la solución de todos los problemas internos y externos de su propia patria; sus recientes obras (tres volúmenes — 1931) y especialmente el relativo a "Colombia y los Estados Unidos de América", (Bogotá, Imprenta Nacional), que se refiere a los dolorosos episodios de la separación de Panamá, son una prueba del valer e influencia de este eminente americano.

Pedro M. Carreño, "Filosofía del Derecho" en "Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia", año 1929.

José Rafael Sañudo. Profesor de la Universidad de Nariño, "Filosofía del Derecho", Pasto, 1928. Citado por Recaséns:

"Filosofía del Derecho" por el profesor Giorgio del Vecchio. T. II, pág. 307.

Cayetano Betancur, "Ensayo de una Filosofía del Derecho" (Editorial Católica, Medellín, 1937).

CHILE

Las preferencias de los expositores parecen dividirse en este país, entre el escolasticismo del señor Fernández Concha y el positivismo de Letelier y Alvarez.

Alejandro Alvarez, "Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil", París, 1904. Obra de una dilatada influencia aun en los círculos intelectuales europeos. La orientación de esta obra queda de manifiesto en el siguiente pasaje. Refiriéndose a una ciencia jurídica edificada sobre la base de la historia del derecho y de la legislación dice: "Elle sera una véritable philosophie, en ce sens qu'elle aboutira a la connaissance des choses" (Pág. 187).

Valentín Letelier, "Génesis del Estado y de sus Instituciones Fundamentales", Buenos Aires, 1917. Desdeña el derecho natural, al que califica de una de esas hipótesis que mayores servicios han prestado a los pueblos (Pág. 25).

ECUADOR

En la literatura jurídica más próxima a nuestra disciplina ocupa lugar preeminente el doctor Angel M. Paredes, erudito y fecundo publicista. Vamos a mencionar algunas de sus obras principales: "Sociología general, aplicada a las condiciones de América" (Quito, 1924, 2 volúmenes), en la que se propone "coordinar las tesis generales con la indagación de los orígenes de las civilizaciones americanas" (Pág. VII). "La Conciencia social" (Quito 1927), libro de tendencia francamente psicológica. "Naturaleza del poder público y del sometimiento del hombre a las autoridades del país" (Quito 1929) es un análisis del principio de la soberanía y del deber de obediencia. "Teoría general del derecho civil internacional". (Quito, 1931); tomos 2 y 3, 1934. Se advierte en estos últimos tomos que se acentúa su sentido filosófico, en especial la teoría del orden público (T. II) y la de los derechos adquiridos (T. II). Acaba de publicar (1935)

"Los resultados sociales de la herencia" en el que continúa los temas iniciados en la "Conciencia social".

PARAGUAY

La obra más considerable en este país es la del actual Rector de la Universidad Dr. Cecilio Báez. De ella mencionaremos: "Filosofía del Derecho". Asunción, 1929. Define así esta materia: "El derecho no es más que un fenómeno humano social y como tal decimos que la filosofía del derecho es una ciencia especial que tiene por objeto estudiar las condiciones de la vida social, para promover racionalmente la reforma de las instituciones políticas, sociales y jurídicas, con el intento de favorecer el desenvolvimiento progresivo de la personalidad y de la sociedad humana, bajo la garantía y salvaguardia del Estado, instituído éste como órgano del derecho". Más adelante agrega, que descarta "la Teodicea y la Metafísica", y manifiesta los puntos de vista en que coincide con Vanni (Pág. 48). En esta obra sólo se contiene la parte general de la materia; la parte especial no publicada aún en conjunto ha comenzado a aparecer en la "Revista de Derecho y Ciencias Sociales" de Asunción. (Véanse números de octubre 1929 y enero 1930). "Introducción al estudio de la Sociología", 1903; "Principios de Sociología", 1921.

PERU

La honda tradición peruana como centro histórico intelectual, recuerda en nuestros estudios los nombres de José Silva Santisteban, Luciano Cisneros, Miguel Antonio de la Lama y Luis Felipe Villarán, que ocupan con sus nombres la historia de la segunda mitad del siglo pasado. En la bibliografía contemporánea se mencionan los nombres de Manuel Vicente Villarán, es espíritu inquieto y progresista, profesor de filosofía del derecho, a partir desde 1896; Juan Bautista de Lavalle: "La crisis contemporánea de la filosofía del derecho", Lima, 1911, libro de una vasta información y que contiene importantes datos históricos (Cap. IV). Este mismo autor da dado, en unión con Adrián Miguel Cáceres Olazo, la primera traducción de la filosofía del derecho de Vanni (1909) con un interesante prólogo y notas. El prólogo de la tercera edición (1923) podría servir de índice de

la penetración en América del neokantismo, a que nos referíamos al comenzar (9). José de la Riva Agüero: "Concepto del Derecho, Ensayo de filosofía jurídica", Lima, 1912. Define el derecho como "la actividad social coactiva y constante, la fuerza durable colectiva" (Pág. 38).

URUGUAY

La vida intelectual uruguaya se ha desenvuelto siempre manteniendo una fundamental comunidad con la vida argentina, a tal punto que reconocen algunas páginas comunes, como la relativa a la enseñanza del uruguayo Juan Carlos Gómez en la cátedra de la Universidad de Buenos Aires. La bibliografía más reciente puede ser referida así: Federico Acosta y Lara: "Filosofía del Derecho", (Apuntes de Clase) 1890, 2 tomos; Carlos Vaz Ferreira: "Sobre la propiedad de la tierra"; Aparicio Méndez: "La jurisprudencia como fuente del derecho", Montevideo, 1929; Antonio M. Grompone: "Filosofía de las Revoluciones Sociales", Montevideo 1932. Es un análisis de las ideas contemporáneas de tendencia revolucionaria, en especial del socialismo, anarquismo, sindicalismo, con el ánimo de descubrir el principio de las transformaciones sociales. Juan Llambías de Azevedo, "La filosofía del derecho de Hugo Grocio", Montevideo 1935. Trabajo realizado con método y conciencia; conforme a su título, sólo estudia la doctrina del derecho natural en Grocio, con exclusión de la valoración crítica del sistema y la exposición de los preceptos particulares (Pág. 11).

Sobre Venezuela no nos ha sido dado obtener dato bibliográfico alguno que pueda ser digno de mención.

---

(9) Lavalle acaba de publicar un interesante estudio "Filosofía del Derecho y Docencia Jurídica" en homenaje al Dr. Manuel Vicente Villarán, con motivo de su jubilación, que contiene valiosas informaciones sobre los estudios jurídicos en el Perú y en especial sobre la filosofía del derecho de la que es tan distinguido cultor. Las directivas de la cátedra del profesor Villarán han sido estudiadas en ese mismo homenaje por el doctor José León Barandiarán. "Revista de Derecho y Ciencias Políticas". Año III, N. 3, Lima MCMXXXIX, pág. 621.

La enseñanza de la Filosofía del derecho en la Universidad de Córdoba

1 — Interés relativo del asunto. 2 — Extensión que abarca. 3 — Períodos de la historia de la Universidad. 4 — Dirección ético religiosa. 5 — Dirección racionalista. 6 — Racionalismo armónico. 7 — Racionalismo liberal. 8 — Racionalismo religioso. 9 — Las últimas transformaciones. 10 — Su orientación actual. 11 — Nota complementaria. 12 — El valor de la tradición filosófica de la Universidad.

1 — Los antecedentes relativos a la enseñanza de la Filosofía del derecho en nuestra Universidad tienen sólo un interés y un valor educativo e histórico. En la de Córdoba, como en todas las otras Universidades de América, no ha florecido nunca un sistema original, ni ha llegado a crearse una escuela filosófica que hubiera podido prestar una fisonomía particular a nuestra disciplina; se han limitado todas, con más o menos retardo, a glosar el pensamiento de los maestros europeos y a seguir servilmente sus huellas, a tal punto, que basta para referir todas sus transformaciones, señalar en cada instante la escuela o el pensador que las inspira.

2 — Los que hacen historia bajo un prejuicio de escuela van a buscar en Grocio y en su influencia los orígenes de la filosofía del derecho (1); la verdad, por el contrario, es que separadas o confundidas se han planteado en todos los tiempos las cuestiones fundamentales de la filosofía del derecho, y si hemos de pretender iluminarlas con los resplandores que proyecta el pensamiento histórico, será preciso ascender en el tiempo sin reconocer los límites que artificiosamente se procura imponer.

3 — La historia de la Universidad de Córdoba puede ser contenida en seis grandes períodos, susceptibles de ser subdivididos aún en otros tantos. El período jesuítico, desde la fundación (1614) hasta la expulsión de la Compañía de Jesús (1767); el franciscano, desde esta fecha hasta 1808 en que se entrega la

(1) "Hugo Grocio es el creador del sistema de filosofía del derecho que se designa con el nombre de derecho natural". Stahl, "Historia de la Filosofía del Derecho", pág. 210. Sin embargo, la tesis opuesta se sostiene con mejores fundamentos. "Lejos, pues, de apartarse de la concepción tradicional del derecho, Grocio se presenta como un discípulo de ella, y al lado de Suárez, como un restaurador de los principios tomistas, frente al voluntarismo disolvente de la baja escolástica". Llambias de Azevedo, "La filosofía del derecho de Hugo Grocio", pág. 30.

Universidad al clero secular; el de la independencia política de la Nación (1810-1820); el período provincial (1820-1853); el nacional, desde 1854 hasta la sanción de la ley de universidades en 1885, cuando se inicia el último período, que parece aproximarse a su fin con las constantes promesas de una reforma fundamental de su organismo. En este largo espacio de tiempo, que comprende más de tres siglos, mirado desde el punto de vista de la enseñanza de la filosofía del derecho, podrían distinguirse, excluyendo las últimas transformaciones, dos direcciones fundamentales: la teológica, que comprende los períodos jesuítico y franciscano, y la racionalista que parte desde la introducción de las reformas del plan de estudios del Deán Funes, en 1813, hasta las direcciones más recientes.

4 — Bajo la dirección teológica, desde los primeros tiempos, los problemas de la filosofía del derecho se estudiaban en la teología moral y en la filosofía moral, materias que formaban parte de las facultades de teología y de arte (filosofía), respectivamente. La teología moral era la ciencia que trata de la aplicación de los principios de la teología dogmática, al orden de las acciones humanas; y la filosofía moral, la ciencia que considera los actos humanos en cuanto se acomodan a la naturaleza racional del hombre y lo conducen a su fin último, y comprendía la teoría del deber, el acto humano y la regla concreta de los deberes, la ley natural (Etica y ley natural). (Rickaby, "Moral philosophy or ethics and natural law", 1905 — pág. 1). Ambas disciplinas representaban un campo de aplicación de los fundamentos teológicos, no eran sino la parte práctica de la teología. En este período aparece un sujeto extraordinario, digno de una mención particular: el sacerdote jesuíta, profesor de teología y filosofía, Domingo Muriel, que fué acaso el primero que dictara un curso de Filosofía moral en la Universidad. (Véase: "Vida del Venerable Sacerdote D. Domingo Muriel, por un discípulo suyo". Córdoba, 1916, pág. 144).

El padre Muriel, bajo el nombre italianizado de Ciriaco Morelli, publicó en Venecia, en 1791, su libro "Rudimenta juris naturae et gentium", que ha sido editado por la Universidad Nacional de la Plata, 1911, en la versión castellana de Luciano Abeille. Al interés de esta obra se une la circunstancia de dedicar especial atención al derecho indio-hispánico; discute la situa-

ción de los indios y de los colonos y el principio de las instituciones indígenas. (Lib. I, Disputas VIII, X, XI; Lib. II, Disps. I a IV). El padre Muriel debió ahondar su tema sobre los indios americanos en una segunda obra: Jus naturae, et gentium apud Indos meridionalis attenuatum, cur? (¿Por qué ha sido atenuado el derecho natural y de gentes entre los indios meridionales?), que no llegó a publicarse, por cuanto sometida a la censura eclesiástica, no obtuvo el permiso correspondiente, aunque tampoco fué censurada. Véanse: Furlong Cardiff, "Domingo Muriel", pág. 81; Cabrera, "Misceláneas", T. II, pág. 103.

5 — El período racionalista comienza con la creación de la cátedra de derecho natural y de gentes, en el plan del Deán Funes, para la cual recomendaba inspirarse en las enseñanzas de Grocio, a través de Pufendorf y resumidas con reconocida fidelidad por Heinecio, a quien indicaba como autor de texto (2). La obra de Grocio se caracteriza por un potente esfuerzo que tiende a la separación de los fundamentos del derecho y de la teología. Aquellos se fundaban en la naturaleza humana racional, de modo tan independiente, que afirmaba que existirían aun en el supuesto de que Dios no existiera. La obra de Heinecio "Elementos de derecho natural y de gentes" se difundió mucho en España y en América; fué traducida y adaptada por Garrido y Ojea. La influencia de esta reforma debió ser, como se comprende, de una gran trascendencia; al mismo tiempo se amplió el campo de la filosofía moral que se estudiaba por el texto de Jacquier ("Institutiones philosophicae") con el estudio de la constitución del Estado, que debiera proporcionar los primeros elementos de una filosofía política. Esta dirección racionalista, tal como quedaba trazada en el Plan de Funes, debió persistir, salvo retoques insignificantes, hasta que la Universidad vuelve a ser una institución nacional, en la que aparece luego la influencia de una nueva corriente racionalista. Véanse nuestra "Enseñanza del derecho en la Universidad de Córdoba", (1913); "La filosofía en el Plan de Estudios del Deán Funes", (1915); "Una tesis de Filosofía en el siglo XVIII", (1919); "El Plan de Estudios del Deán Funes" (1940).

(2) "Plan de Estudios", ed. 1832. Pág. 29. Véanse: "Plan de Estudios para la Universidad de Córdoba" por el Dr. Gregorio Funes (edición de la Biblioteca Nacional, Buenos Aires, 1940) y nuestro estudio. "La influencia de Descartes en el pensamiento filosófico de la Colonia", Bs. Aires, 1937.

6 — Hacia 1860, la Filosofía del derecho había pasado del dominio de la escuela de Grocio a la de Krause (3). Es verdad que los discípulos no recurrían, al parecer, a las propias fuentes de este sistema krausista, a ese racionalismo armónico, especie de eclecticismo que produjo en España un movimiento de carácter más bien cultural que filosófico (4), sino que se valían para llegar a él, de las enseñanzas de Ahrens (5). Tengo a la vista el programa manuscrito para el examen de derecho natural y de derecho público (1856) del muy ilustrado profesor Luis Cáceres (Archivo de la Universidad, "Documentos, 1857 - 1858" — folio 169), y puede afirmarse que es una reproducción casi textual del índice del pequeño "Curso de Derecho Natural" (1853) de Ahrens.

7 — La filosofía del derecho sufrió más tarde, en nuestra Universidad, un pasajero eclipse; en el Plan de 1870 no aparece ningún estudio sobre los fundamentos del derecho, salvo lo que puede referirse a la economía política (Garro, "Bosquejo Histórico", pág. 372), pero luego se establece el derecho natural que se divide en dos materias en 1889 (6): la introducción al derecho en el primer año de estudios y la filosofía del derecho en el último, bajo la dirección del profesor Dr. Telasco Castellanos, más tarde Rector del Instituto. La orientación no había variado en todas estas vicisitudes; el programa de la nueva Filosofía del derecho sigue la inspiración Krause - Ahrens (7); las notas manuscritas del programa, escritas por el profesor, recuerdan además a Guillermo Tiberghien de la misma escuela y que ha servido eficazmente con sus ideas a los principios del liberalismo político; a Fernández Elías, krausista moderado ("Novísimo tratado completo de Filosofía del Derecho", pág. 159). Puede afirmar-

(3) Véase Gurvitch, "L'idée du Droit Social", 1932, pág. 442.

(4) Sobre la influencia de Krause: de los Ríos, "La filosofía del derecho de D. Francisco Giner", nota pág. 29.

(5) Sobre proyecciones modernas de las enseñanzas de Ahrens puede verse: "H. Ahrens und die Anfaenge der wirtschaftl. soziol. Rechtsauffassung", "Revue Internationale de la Thécrie du Droit". 1935, pág. 37.

(6) En la Memoria del Rector, de 1882 se afirma que funcionaba desde 1881 la cátedra de Derecho Natural (pág. 31), y en la Memoria de 1884 (pág. 30) se dice que se separó del derecho canónico, en 1883, la filosofía del derecho.

(7) La Academia de la Facultad de Derecho resolvió en su sesión de 5 de abril de 1889, que el profesor de Filosofía del Derecho dé más extensión a la parte histórica de la disciplina. En la memoria del decano Dr. José Echenique, año 1887, se pide la creación de la cátedra de filosofía del derecho; a esa iniciativa corresponde el establecimiento de esta disciplina, bajo su denominación moderna.

se que esta dirección krausista se conformaba muy bien con la concepción del Estado liberal, y así se explica que se estudiara al mismo tiempo a Lieber, cuya "On civil Liberty and Self - Government" (1853), traducida por Florentino González (1872) presentaba la libertad bajo un aspecto orgánico, limitando los excesos individualistas del período anterior (Gettell, "History of political thought", pág. 365). Estas notas manuscritas presentan otras referencias de marcado interés: en ellas se menciona también, a Taparelli (8) y a su traductor Ortiz de Lara y, por fin, a Fernández Concha; en esto está ya el núcleo de lo que había de ser más tarde la tendencia predominante de la cátedra. Taparelli ("Ensayo teórico de Derecho Natural apoyado en los hechos", 1866, traducción de Juan Manuel Ortiz y Lara; "Curso elemental de Derecho Natural", traducción Tejado, 1871) ha constituído el tipo clásico de ese racionalismo ético - religioso que ha representado muy bien, en esta parte de América, el sacerdote chileno Rafael Fernández Concha ("Filosofía del Derecho o derecho natural", 2a. ed., 1887).

8 — La cátedra tomó de nuevo, bajo el racionalismo, cierto acento religioso, con las enseñanzas del profesor Pablo Julio Rodríguez, espíritu suave e insinuante, de una acentuada formación clásica, que en sus lecciones solía acogernos con un gesto paternal inolvidable; estampa de todo maestro de verdad, que sabe que mejor enseña por la participación emocional de sus convicciones que por la crítica racional o por la construcción de los sistemas. Del profesor Rodríguez han quedado, en el campo de la filosofía del derecho, unos apuntes manuscritos que contienen sólo definiciones que obligaba a repetir a sus discípulos, y que le servían para esclarecer, por el comentario, las ideas fundamentales en ellas contenidas.

9 — Quiero detenerme aquí en estas referencias: la cátedra se ha orientado en los últimos años más bien en un sentido positivista (9), según las enseñanzas de Vanni, Cosentini ("Filosofia del Diritto", 1914) y Picard, ("Le Droit Pure", 1908).

---

(8) Sobre Taparelli, "Rivista I. de Filosofia del Diritto", 1935. — pág. 506.
(9) Los últimos profesores fueron el Dr. Ignacio M. Garzón, que no innovó en las direcciones impresas a la cátedra por el profesor Rodriguez, y el eminente poeta y publicista Dr. Arturo Capdevila, que le impuso la dirección a que aludimos en el texto.

10 — Para concluir estas informaciones debemos recordar el proceso que ha conducido a la cátedra de Filosofía del derecho a su estado presente.

Bajo la influencia de Stammler las cátedras de Filosofía del derecho de las universidades argentinas han realizado un proceso de transformación, que corresponde exactamente al proceso de las ideas a que hemos hecho referencia. En los primeros veinte años del siglo presente la Filosofía del derecho languidecía en las cátedras, primero bajo la influencia del racionalismo (Fernández Concha, Boistel, Escalante, P. J. Rodríguez); más tarde, absorbida por la enciclopedia jurídica o por la introducción al derecho que tendían a anularla o desconocerla (Bunge), o por una historia jurídica que aspiraba a sustituirla (Palacios, Melo). La introducción de las obras de Icilio Vanni señala el comienzo de un despertar filosófico. Vanni era un espíritu grave y amplio, de una rara fineza que provocaba una muy honda sugestión. En su espíritu matizado cabían las conquistas del método positivo, y dejaba entrever las exigencias y los rigones del pensamiento filosófico. En alguna medida, aunque no es fácil determinar su proporción, alcanzaron a favorecer la transformación obras como la de Vicenzo Miceli, de tan poderoso espíritu de sistematización.

Los programas de Filosofía del derecho fueron acogiendo los temas de la filosofía crítica kantiana. Nuestra adhesión a los fundamentos del sistema crítico de Stammler está documentada desde 1923, en las páginas de nuestras "Lecciones de Filosofía del Derecho" y en nuestro afán por divulgar su conocimiento, demostrado en el tema que propusimos para el concurso de esa cátedra, que dió motivo al trabajo del Dr. Arturo Orgaz (1923) "La doctrina jurídica del Neo-kantismo. R. Stammler". La lectura de las obras de Petrone ("Ultima fase de la Filosofía del Derecho en Alemania"), de Geny ("Science et Technique"), del sugestivo "Renaissance du droit naturel" de Charmont, concluyeron por afirmar una convicción que se iba acentuando cada día. Nuestro trabajo "La Filosofía del Derecho de Rodolfo Stammler" publicado en 1927 era para la cátedra de Córdoba una definición y un programa que anticipaba la publicación de nuestro curso de lecciones que se contiene en el presente libro. Ya en 1918, en ocasión del homenaje rendido al malogrado profesor Carlos Octavio Bunge, señalábamos la tendencia predominante en el ámbito del pensamiento jurídico filosófico, y afirmába-

mos que no se trataba de volver al viejo derecho natural metafísico; se procuraba, más que otra cosa, proclamar la legitimidad de la filosofía; la posibilidad de un derecho natural semejante al que explica Stammler: Ein Naturrechts mit wechselnden Inhalt; un derecho natural de contenido variable. Es verdad que el cuerpo del sistema no se incorporó a los programas hasta 1926, pero no puede dudarse que una íntima sugestión venía trabajando nuestro espíritu desde 1918. Era necesario el conocimiento puntual del sistema stammleriano, y eso fué posible después de la magnífica síntesis expositiva que dió al mundo el maestro, en su conocido "Lehrbuch der Rechtsphilosophie", cuya primera edición de 1922, se propagó rápidamente en el ambiente intelectual y vino a popularizarse más tarde por la dudosa traducción de Roces, de 1930. No sería preciso señalar, en esta ocasión, los puntos de coincidencia y de discrepancia que unen y separan a la cátedra de Córdoba de las enseñanzas del profesor Stammler; basta reconocer que debe a sus inspiraciones la dignidad filosófica en que ha sido colocada, la permanente inquietud que la agita, el modelo y el ejemplo a que aspira, la comunicación viviente con un maestro, que es la condición esencial de todo trabajo fecundo.

11 — En estas referencias no puede faltar un recuerdo para un hijo de Córdoba, formado en su Universidad, cultor de estas disciplinas, que arrojado fuera del país por la anarquía política, fué a enseñar en tierra extraña (10); me refiero al doctor Ramón Ferreira (1807 - 1874) que fué profesor y rector en el Colegio de Tacna, en el Perú (1852) y que publicó en Paraná, 1861, un "Manual de Derecho Natural", siguiendo "las huellas de algunas obras francesas como Perreau" (pág. 5). (Eléments de législation naturelle", 1801; Trad., 1821). Ferreira formaba parte del pequeño grupo de espíritus liberales en materia de religión, aunque en sus ideas no parece apartarse del racionalismo deísta de aquellos tiempos.

12 — La enseñanza de la Filosofía en la Universidad de Córdoba no ha sido, como suele creerse, fundada en los formalismos de la decadencia, un vano pasatiempo, un elegante o tosco discurrir sobre entidades abstractas y universales, ajenas a todo el

(10) Enseñó Derecho Público en la Universidad, hacia 1838 — Garro, pág. 333.

movimiento de la vida. La incomprensión de los unos o la política sectaria de los otros ha debido declararlo así para justificar su acción o para servir a las necesidades del tiempo. Es verdad que no se descubre un pensamiento original que pueda presentarse con los caracteres de una escuela propia, pero no sé si por tradición, rutina o milagrosa iluminación, esa Filosofía contenía una sustancia espiritual tan abundante y rica, como para crear un tipo humano de una dignidad y de una cultura superior.

La escuela de Filosofía del Derecho de Córdoba, si se me permite esta expresión, ha enseñado, desde los tiempos más oscuros y remotos, a mirar al Derecho y al orden público, no como la manifestación caprichosa del poder, ni como el acomodo subalterno para el triunfo de las pasiones y de los apetitos, sino como un orden ético superior capaz de someter el egoísmo de las pasiones individuales. Primero, bajo el amparo de la teología, refirió el principio del derecho a la razón suprema del acto creador, dignificando la razón jurídica al elevarla hasta la altura de la divinidad, por su participación en el espíritu supremo reflejado en las cosas. Más tarde, cuando el Deán Funes abre las puertas de la Universidad al racionalismo de Grocio, Pufendorf y Heinecio, el principio divino es reemplazado por un orden universal contenido en la razón humana, pero mirado como necesario, perfecto, inmutable, y por fin, ya casi en nuestro tiempo, cuando ese espíritu tan culto, penetrante y progresista que fué el doctor don Luis Cáceres, iniciaba en la Universidad el estudio de la escuela de Krause, aquel principio racional, aunque debilitado ya por las contradicciones y las réplicas, se mostraba intangible, con una fuerza inmensa de sugestión, al crear un ideal supremo de perfección, como destino final de la humanidad.

La tradición filosófica de Córdoba no reconoce entonces el principio de un sistema único e inmutable, pero de sus enseñanzas fluye un espíritu común, un contenido ético, una fe en los valores supremos, una confianza en la dignidad de los destinos humanos, que debía henchir el pecho de esperanzas y fortificar la conciencia en un impulso moral incontrastable.

Las generaciones salidas de estas aulas han realizado actos casi milagrosos, en relación a los modestos medios de instrucción que se les había proporcionado. Yo no afirmo que sea este fun-

damento moral la razón única de sus triunfos, la clave de la explicación de tanta acción maravillosa, pero no ha de negarse que esta abundancia espiritual, que esta fe en los valores supremos, preparaba al hombre para la comprensión del mundo, para el sacrificio y para la acción heroica. Sólo la abundancia espiritual capacita al hombre para recibir la revelación del espíritu (11).

(11) "Doctor Pablo Julio Rodríguez — Homenaje de la Universidad", Discurso del Dr. Enrique Martínez Paz (pág. 8.)

EL SISTEMA

EL SISTEMA

Generalidades

1 — El proceso de su constitución. 2 — Ventajas y peligros del sistema. 3 — Plan del sistema.

1 — Todo objeto de conocimiento, dato de la realidad o estado de conciencia, cuando nos disponemos a penetrarlo, relacionarlo, suscita cuestiones cuya solución nos vemos necesitados a intentar como condición del conocimiento. De la constatación de la realidad, la inteligencia va necesariamente a los problemas y de éstos a su solución. La unidad del espíritu, aspiración y tendencia manifiesta, exige que las soluciones sean entre sí concordes, inspiradas en la afirmación de un solo principio que proyecta su unidad sobre la variedad de los problemas; así nace el sistema: "totalidad de conocimientos ordenados según un único principio.".

2 — Con el sistema el pensamiento adquiere consistencia y amplitud, podemos llegar con él a una representación unitaria de la realidad; pero como en el principio que preside la ordenación hay, con frecuencia, elementos subjetivos, que proyectados por nosotros sobre los datos de la realidad llegan a deformarlos, convirtiendo el sistema no en imagen sino en caricatura del objeto, es preciso siempre concebir el sistema no como una construcción dogmática, cerrada, sino más bien como un plan, como un campo no materialmente delimitado, en el que las cuestiones o problemas se van mostrando en infinita variedad, que nos impone corregir, ahondar, desarrollar las soluciones concretas. Así se advierten las ventajas y los peligros del sistema; el provecho que es posible sacar de él y los escollos que debemos evitar. Concebimos de este modo una manera de ordenación que concilie la actividad constructiva y la inquisitiva; la sistemática y la problemática (1).

---

(1) Véase: Francisco Romero, "Un filósofo de la problematicidad". Madrid, 1934 (pág. 25).

3 — El plan de nuestro sistema de filosofía del derecho está dado por nuestros temas fundamentales, por los problemas a esclarecer. Hemos dicho que los temas de la filosofía se refieren ya al ser, o al saber o al obrar, y que en relación a la filosofía del derecho los expresamos así: el derecho como fenómeno de cultura; el derecho como realización práctica; correspondiendo los dos primeros al ser del derecho, ya como realidad, vida o existencia en el fenómeno, ya como sustancia, esencia, en su unidad.

LIBRO PRIMERO

EL DERECHO COMO FENOMENO DE CULTURA

Capítulo preliminar

Los problemas y el método

1 — Los hechos. 2 — Los problemas que plantean. 3 — Su repercusión práctica. 4 — El método adecuado.

1 — Para seguir un estricto orden lógico corresponde comenzar la exposición del sistema, proponiéndose el problema que plantea el derecho en su aspecto positivo; como conjunto de principios y de normas que rigen la vida de relación. Este aspecto es el que nos impresiona primariamente; es el que aparece a la primera observación sobre el derecho.

El derecho positivo se nos presenta, en la realidad, como un conjunto coordinado de principios y de normas que aparecen como la expresión de un sistema de creencias fundamentales, acerca de la apreciación de la conducta y sobre los fines de la vida del hombre en sociedad. Cualquiera que sea el estado de la cultura o el grado de civilización alcanzado por los pueblos, siempre y en todas partes encontramos una suma de creencias, que a veces se mantienen en el campo de la conciencia, aunque con el carácter de un orden necesario, o toman la forma de una norma social expresa, coercitiva.

Si hemos de seguir la vida de estas creencias en su proceso histórico, constataremos que están sujetas a una constante transformación; que lo que ayer las caracterizaba deja hoy de pertenecerles; bajo este aspecto el derecho no aparece como algo que es, sino como algo que se hace constantemente, como algo que llega a ser, en un proceso evolutivo perpetuo. A la primera observación (en la que queremos detenernos), según este modo de ser del derecho, nada aparece en él con carácter de permanencia, de inmovilidad, a manera de una esencia permanente, a no ser el cambio mismo en un movimiento interminable. Ante esta observación podemos concluir afirmando que el derecho como fenómeno,

como cosa que se ofrece a nuestra percepción, no existe sino que se hace; no se puede hablar de un derecho que se realiza definitivamente, sino de un determinado derecho, referido a un período histórico, a un cierto pueblo en un instante de su desenvolvimiento. El derecho, como fenómeno, vive bajo el aspecto de una sustancia social concreta, en estado de proceso, de evolución.

2 — Según dejamos establecido, todo derecho positivo es expresión de una materia social, de un sistema necesario de apreciaciones y de fines; si éste ni es siempre el mismo en un pueblo y si varía de pueblo a pueblo, se nos impone preguntar: ¿Cómo ha llegado a ser esa sustancia? ¿Cómo se transforma? ¿Cómo llega a adquirir el carácter de necesidad que autoriza la coacción?

Estos problemas relativos al proceso de la sustancia material, son los primeros que plantea la vida del derecho.

Concretamente expresados, estos problemas del derecho como fenómeno se reducen a dos: el de la génesis de la sustancia concreta de todo derecho positivo, del sistema de avaluaciones y creencias propias de cada tiempo, y el de la transformación, proceso, o desenvolvimiento de esa misma sustancia concreta a través del tiempo. Como la sustancia concreta no sólo se caracteriza por su propia naturaleza sino que se distingue también por su aspiración a la imposición coactiva, a alcanzar una efectividad, a mostrar un carácter de necesidad, el problema de la génesis se descompone en otros dos: el de la génesis de la sustancia y el de la imposición coactiva.

Los problemas de la transformación, que miran la sustancia concreta a través del tiempo, plantean a su vez dos cuestiones: la primera se refiere al paso de uno a otro estado en la sucesión, al problema de la política jurídica, que pretende resolver la cuestión, que se pregunta qué rol juegan la acción y la voluntad humana en la creación de las nuevas formas jurídicas positivas; la segunda se empeña en esclarecer el sentido y valor del proceso, como un desenvolvimiento total, en el que está contenido el problema de la historia.

Esta sustancia material concreta, se precipita en algún instante del tiempo, crea un estado de equilibrio, que se traduce en un orden jurídico establecido, en un sistema de legislación particular. Para explicar este equilibrio es necesario analizar las fuerzas que lo componen, y descubrir el principio de coordinación y

armonía que lo preside. Dos elementos fundamentales e irreductibles, el individuo y la colectividad, se debaten en una interminable tragedia, que constituye el problema fundamental del orden jurídico. Libertad y autoridad son los fines supremos en conflicto, y su conciliación y armonía es el término del problema del orden jurídico.

Sinopsis de los problemas de derecho como fenómeno de cultura.

De la génesis	de la sustancia de la imposición coactiva
De la transformación	de la política jurídica (plan) de la historia jurídica (destino)
Del equilibrio (orden)	de la libertad de la autoridad

3 — De la solución de estos problemas ha de derivarse la solución de numerosos problemas prácticos. Cuando se trata de la apreciación de la legislación vigente o de la solución de nuevos problemas jurídicos, debemos volver los ojos hacia la fuente originaria de donde el derecho saca su sustancia, buscar el principio de su legitimidad, para fundar, según él, una crítica o para anticipar las bases de la nueva solución. Por cierto que la conclusión no ha de ser la misma si se enseña, p. e., que la materia del derecho positivo se saca de la razón, que vive en relación a principios absolutos que sólo debemos adaptar a las circunstancias particulares del tiempo; o si se dice, como es corriente en nuestros días, que el derecho es un producto social, entendiéndose que debe ir cortejando a la opinión reflejada en la prensa, en el teatro, en el humor variable de las gentes. ¿Quién no se pregunta por el fundamento de la coacción social que ejerce la autoridad y cómo podría responderse a ese interrogante sin referirse al principio de la coacción jurídica de todo derecho positivo? La justificación de todo orden jurídico existente está ligada, en una palabra, a los problemas que plantea la vida del derecho, y es útil ad-

vertir que no son ellos preocupaciones propias de la especulación filosófica; al vivir, todo hombre, humilde o excelso, adopta, consciente o inconscientemente, una solución frente a estos ineludibles problemas.

4 — La naturaleza de la cuestión planteada determina su carácter y, como consecuencia, la peculiaridad del método a emplear. Nos referimos a una sustancia de carácter espiritual; no hemos de aplicarle, entonces, procedimientos que salgan directamente de las ciencias naturales; no pretendemos tampoco justificar como legítima una sustancia concreta determinada, cuya posibilidad negamos, por lo que no hemos de emplear el método crítico; tratamos de esclarecer un proceso espiritual, de averiguar cómo se hace, cómo llega a ser ese contenido de sentimiento, de creencias, de aspiraciones que constituyen la base de la sustancia de todo derecho positivo, y esa investigación no puede ser dirigida sino por los procedimientos psicológicos.

PRIMERA PARTE

GENESIS DEL CONTENIDO

SECCION PRIMERA

Noción de la sustancia concreta

1 — Naturaleza. Fenómeno natural u orden racional. 2 — Producto de la vida social. 3 — Creación cultural. 4 — Su contenido.

1 — Antes de exponer el tema central de nuestro asunto, relativo a la génesis de la sustancia concreta de todo derecho positivo, se hace preciso esclarecer la verdadera naturaleza de esa sustancia. Suele ser un modo de ver corriente el que considera al derecho como un fenómeno natural, cósmico, que la sutileza de los jurisconsultos ha deformado, y suele celebrarse, con el alborozo propio del que ha descubierto una verdad definitiva, cada vez que se cree haber conformado una institución jurídica, según un impulso natural, haberla aproximado a la naturaleza. Como ocurre con casi todas las afirmaciones, no está destituída de alguna verdad, pero en este caso, se ha exagerado a tal punto su principio verdadero, que bien puede ser mirada como un grave error.

Todo derecho positivo es, más bien que un hecho natural, un fenómeno artificial por opuesto a aquél; es claro que hunde sus raíces en las cosas naturales, pero no es un resultado, primario o evolucionado de las fuerzas físicas; no pretendemos afirmar con esto la existencia de un orden extranatural, pero es evidente que no hay vida social humana, en tanto que sobre las estructuras naturales no aparece una sobreestructura social, en la que los elementos psíquicos voluntarios le dan la nota característica. La sociedad humana es algo nuevo que viene a agregarse al plan de las cosas naturales. Desde nuestro punto de vista esta afirmación es de gran valer, porque determina que lo social está situado en un campo distinto que lo propiamente natural, que se mueve en el campo del espíritu y que, por consiguiente, ante sistemas o soluciones de esas que se envanecen con su proximidad a la natu-

raleza o a sus leyes, debemos apartarnos como de cosas sin interés.

La sustancia concreta de todo derecho positivo está constituída no por la ley de las relaciones entre los hombres, sino por la representación intelectual que cada sociedad se forma de esas relaciones, según el juicio de valor eminentemente relativo, propio de cada cultura; de ahí que resulta un afán inútil el de preocuparse de encontrar en la naturaleza real o mística, una sustancia concreta absoluta, válida para todos los tiempos; son ejemplos muy interesantes para comprender la vanidad de estos esfuerzos, en el campo positivista la sugestiva fórmula de la solidaridad, y en el campo místico las conclusiones del derecho natural, que no alcanzan a otra cosa que a proporcionar fórmulas efímeras de fondo ético, conforme a representaciones de la vida que no son ni únicas ni universales. La sustancia concreta del derecho es de naturaleza psíquica social.

2 — Si prescindimos de aquellas soluciones fundadas en premisas naturalistas o metafísicas, que no pueden satisfacernos porque desconocen la naturaleza psíquica y social del derecho, nos quedarían sólo por referir aquellas que miran al derecho como un producto de la vida social. Esta solución ha alcanzado en nuestro tiempo una difusión tan grande, que se la repite como un lugar común de valor entendido, que no exige ya ni crítica ni análisis particular; sin embargo, suele entendérsela en sentidos tan diferentes, que bien vale la pena detenerse en su consideración.

La vida social se manifiesta en la opinión pública, en ese juicio común sobre las cuestiones o problemas de la actualidad; no falta quien crea que el derecho deba ser su expresión, que las leyes deben ir siguiendo el ritmo de sus transformaciones. Aunque no parezca así a nuestra exageración democrática, es esta una concepción completamente errónea. La opinión es una forma de manifestación de la vida en multitud, sin sustancia, sin continuidad, sin permanencia; referir el derecho a la opinión sería ignorar la naturaleza de la vida social, que es una continuidad, una permanencia, una cierta sustancia viva; la opinión es el capricho, el humor cambiante, la negación de todo orden estable.

Desde que los hombres meditan sobre estos problemas se ha reconocido que en la vida social hay algo más que la simple reu-

nión de individuos, algo que aparece en cierto sentido como objetivo, real. Esta constatación ha dado motivo para que se piense en la existencia de ciertos entes místicos como "la voluntad general" de Rousseau o el "alma popular" de Savigny, que aparecen como un ser sobreindividual, del que emana la sustancia de la vida social y también la sustancia del derecho. Según Rousseau al reunirse los hombres en sociedad se forma, por una especie de afinidad semejante a la química, una sustancia indestructible y pura, la voluntad general, que vive independiente de la opinión corriente (1). Para Savigny, en cambio, en la vida social existe un elemento universal, el alma popular, especie de emanación de los espíritus reunidos en sociedad, como un perfume del alma de la colectividad (2).

No es dudoso que estas concepciones encierran un gran fondo de verdad, que explica su perenne vitalidad. Ellas refieren el derecho a una sustancia permanente, que se transforma según su propia ley, pero que está fuera del alcance de la voluntad individual o colectiva, que rige aun contra sus decisiones y que es lo único que lo legitima; es una especie de verdad simbólica cuyo sentido es indispensable resolver y aclarar. No es preciso detenerse a demostrar que esas entidades no existen realmente, porque no corresponden ni al mundo físico ni al mundo psíquico; no son ni espíritu individual, ni naturaleza, únicas realidades que acredita nuestra experiencia; recojamos sin embargo de estas concepciones el principio fundamental que denuncian e intentemos la tarea de la solución de nuestro problema.

3 — Después de exponer las soluciones corrientes del problema que nos ocupa, sin aceptar ninguna, nos es preciso fijar sobre él, de nuevo, nuestra atención. La sustancia concreta del derecho positivo no es producto social, pero es evidente que toda sociedad presupone la existencia de un derecho, y todo derecho no existe sino en una sociedad; es fácil concluir, entonces, que

(1) "Il y a souvent bien de la différence entre la volonté de tous et la volonté générale: celle-ci ne regarde qu'a l'intéret comun; l'autre regarde a l'intéret privé, et n'est qu'une somme de volontés particuliéres". ("Du Contrat Social", pág. 29).

(2) "La idea expuesta, según la cual se considera al pueblo como ser individual, sujeto natural y persistente del derecho positivo, no debe restringirse a la reunión de los individuos existentes en una misma época; débese por el contrario, considerar al pueblo como una unidad, en el seno de la cual se suceden las generaciones, unidad que enlaza el presente con el pasado y el porvenir" ("Sistema", T. I, p. 32).

entre derecho y sociedad humana hay una correspondencia tan estrecha que parece de rigor afirmar que el derecho, cómo sustancia concreta, está implícito en toda sociedad humana, de tal manera que sin él toda idea de sociedad se vuelve inconcebible.

La vida social humana, las relaciones de interdependencia y subordinación entre los hombres, no se cumplen conforme a reglas o leyes naturales que existen antes de la vida en colectividad, y que hayan de ser reveladas por el entendimiento, sino según las reglas nacidas de las apreciaciones que los hombres hacen de las relaciones sociales, según sus propias representaciones de vida, que corresponden al mundo relativo de sus sentimientos y creencias. En realidad toda vida humana, desde la más simple hasta la más elevada, se ve precisada, para existir como tal, a apreciar, a interpretar el mundo que la rodea; desde este punto de vista resulta un error manifiesto afirmar que sea primero vivir y luego filosofar, ya que quien vive filosofa, porque no es dado a los humanos limitarse a desarrollar vegetativamente el principio interno que es la vida, sin apreciar y entender el mundo que los rodea. Sea que se piense que vivir es sufrir, y que se enseñe a escapar de la vida por la nirvana o por la muerte, o que se busque la felicidad por un equilibrio que enseña a ordenar las pasiones en la beatitud, o que se viva en una dulce placidez viendo en las cosas una infinita e inagotable armonía, siempre la vida colectiva se conforma a alguna de estas representaciones, o a tantas otras que no proceden de la naturaleza aunque reciban su influencia indirectamente, y que son las que le dan el verdadero carácter a sus instituciones.

El derecho saca su propia sustancia material, histórica, de esas representaciones de vida, que se desenvuelven bajo todos los aspectos sociales como manifestaciones de la cultura; podemos decir entonces que el contenido material del derecho positivo es consustancial con la vida social. Si esto es así la vida social se caracteriza por ser en cada instante una cultura, una especie de creación más allá de la naturaleza. Ortega y Gasset dice con exactitud que la cultura es ese sistema de ideas vivas que cada época posee, y podríamos agregar, según las cuales vive cada sociedad. (3). Conforme a esto la cultura son creencias coordinadas que ni se agotan ni se fijan en una forma determinada, pues se vincu-

(3) "Misión", pág. 107.

lan al proceso general. El derecho, desde este punto de vista, es un aspecto o modo de esa cultura, es obra del "cultivo", una creación humana, formada sobre la base de los elemento naturales.

4 — Si nos proponemos ahondar algo más en el conocimiento de este asunto, descubriremos que la sustancia del derecho está constituída por avaluación sobre el modo de las relaciones sociales, y que estas avaluaciones se presentan ya bajo la forma de sentimientos o de creencias que nos impulsan a perseguir todo aquello que juzgamos socialmente estimable. El simple impulso individual no sería capaz de dar fundamento al orden social, porque la naturaleza absoluta y egoísta de sus instintos no reconoce más límites que los de su propia utilidad; recién cuando aparece un criterio de apreciación común de las relaciones, cuando los instintos se transforman en sentimientos y creencias sociales, los impulsos individuales se coordinan, limitan y regulan en una regla común de la conducta social.

Los sentimientos obran como un simple impulso, como una atracción de un valor social y no son, en el fondo, otra cosa que instintos evolucionados, idealizados. En esto encontramos comprobada nuestra afirmación sobre la escasa influencia de las fuerzas biológicas y naturales en la vida social; los instintos no valen por sí mismos sino en cuanto en ellos tiene su raíz el sentimiento. Bien podría trazarse un esquema que contuviera los instintos y los sentimientos correlativos; así veríamos ligados a la conservación del ser o de la especie los sentimientos de personalidad que revelan la conciencia de sí, el amor propio, el pudor, el honor, y los sentimientos colectivos que revelan la conciencia del grupo en que se fundan la jerarquía, la subordinación, la autoridad. Tan grande es luego la influencia de los sentimientos como impulso de la coducta social, que llegan a contradecir y contrariar los instintos de donde se originan. Los sentimientos de personalidad, que constituyen un valor humano, no natural, suelen hasta imponer el sacrificio de la propia vida poniendo por encima de ésta el respeto y la consideración de los demás. Estos estados psicológicos son los que prestan su sustancia al derecho, los que le dan individualidad propia en cada instante del tiempo, los que dibujan su figura cambiante sobre la trama invariable de los instintos.

La conducta práctica suele ser movida también por otro

factor espiritual; los sentimientos sociales tienden a intelectualizarse, van perdiendo gradualmente su carácter particular, temporal, de grupo, para ir adquiriendo cierta aspiración a la universalidad, a la permanencia; pierden en aliento vital lo que ganan en precisión intelectual: entonces los sentimientos se convierten en creencias; éstas parecen ser la etapa final del sentimiento, la forma grave y terminante en que se acogen antes de desaparecer barridas por un nuevo sentimiento. Las creencias son juicios de valores, no son sólo un impulso como los sentimientos, sino particularmente una conciencia. Los sentimientos son alógicos, no podría fundarse sobre ellos la regularidad de vida social, van sin límites, hasta consumir o destruir su propio objeto, son insaciables; sólo las creencias son capaces de introducir el equilibrio preciso para ese orden, de revestir el carácter de una necesidad moral, el aspecto de un deber. De creencias y de sentimientos está formada la sustancia de todo derecho positivo.

SECCION SEGUNDA

Génesis de la sustancia concreta

1 — Génesis de la cultura. Su progreso. 2 — Función de las élites. 3 — Rol de las masas. 4 — Psicología de la génesis.

1 — Establecido que la sustancia concreta del derecho es consustancial en la vida social, nos resta determinar cuál es el mecanismo peculiar de su aparición. El punto de partida de ese mecanismo lo encontramos en las condiciones peculiares de vida de cada instante. Los elementos cósmicos y antropológicos o no cambian o cambian muy lentamente; su influencia en estas transformaciones es entonces secundaria; no ocurre lo mismo con las condiciones sociales de hecho y con las creencias o representaciones intelectuales. Las condiciones del trabajo, del tráfico; la influencia de las ideas y de los descubrimientos o inventos, van creando problemas de apreciación y de interpretación sociales. Estos hechos provocan un estado de inquietud, rompen el equilibrio social y con ello se inicia un proceso, que es el punto de

partida de una nueva representación o apreciación. Un ejemplo bastante expresivo podríamos encontrar en el campo del derecho industrial, en el que trabaja un nuevo sentido de la responsabilidad, que ya no se satisface con la forma estricta del sistema clásico, que resulta insuficiente ante las exigencias creadas por el régimen industrial moderno; la noción de riesgo parece tender a complementar la noción de responsabilidad. La inquietud provocada por este estado ha hecho buscar soluciones expresadas en las fórmulas más opuestas, y que sacadas del propio ambiente social aspiran a presentarse como manifestaciones de un principio natural que recién acaba de revelarse; como ocurre con la celebrada fórmula de la solidaridad. Los cambios del estado social plantean los problemas y ofrecen los elementos de la solución.

2 — La mayoría de los hombres prefieren descansar sobre las fórmulas establecidas y se esfuerzan por hacer entrar en ellas las nuevas relaciones, sin cuidarse mayormente de si en la operación no resulta deformada la realidad; otros, de sensibilidad más delicada, buscan las nuevas fórmulas, y entre ellos el individuo genial compone la solución ambicionada. Es preciso sujetos excepcionalmente dotados para esta función; poseedores de una grande capacidad de simpatía humana, que les haga sentir el problema en su totalidad, y un poder de síntesis extraordinario, que les permita recoger del ambiente los elementos dispersos, encontrar sus secretas conexiones y anticipar la fórmula de la solución que se busca. Esta función esencial es la que corresponde a las élites y la que da fundamento a las aristocracias, que son tan universales como la sociedad y cuyas aberraciones nos hacen olvidar el principio esencial de su naturaleza.

Nada mejor para mostrar la función del genio en la colectividad, que la vieja imagen de Macaulay cuando compara al hombre de genio con las montañas que se observan en la superficie de la tierra; que la sociedad, del propio modo que la tierra tiene montes y valles y llanuras inmensas, tiene grandes hombres y medianos y muchedumbres, mas las desigualdades de la inteligencia, lo mismo que las desigualdades de la superficie del globo, influyen tan poco en proporción de la masa que puede hacerse abstracción de todos ellos al calcular sus grandes revoluciones. Y así como las partes más elevadas de nuestro planeta reciben los rayos del sol cuando todavía no ha aparecido en el

horizonte, así las inteligencias superiores descubren la verdad antes de ser evidente a la multitud; quedando reducida toda su obra no más que a ser los primeros en recoger y reflejar la luz que, sin su auxilio, se habría hecho visible un momento después a la generalidad (1).

No ha de creerse, sin embargo, que en la vida social ni por un instante se alcanza la placidez del predominio de una sola fórmula; toda la historia social está hecha de la lucha de las soluciones similares que pretenden destruirse entre sí, y sólo en los períodos de consolidación las soluciones quedan establecidas firmemente.

3 — Una tercera etapa viene a cerrar propiamente el proceso. Las soluciones necesitan un aparato de conservación y difusión; éste es precisamente el rol de las masas. La mayoría de los individuos que integran una comunidad carecen de iniciativa propia, son un simple eco de la colectividad; como el coro de las tragedias griegas, están en silencio cuando se juega la acción principal, para celebrar después los sentimientos nacidos en la representación. El individuo social es por naturaleza amorfo, se adapta a las necesidades de su situación y de su ambiente; es esto o aquello según la actualidad y el tiempo; reproduce por contagio los modelos que se le presentan, siente la necesidad de imitar. Las masas no han tenido nunca la capacidad de crear, son almacenes de fórmulas; las grandes transformaciones se han hecho con una bandera llevada en manos de algunos pocos, a los que sigue una turba. En las épocas de crisis y de confusión, suele la masa rebelarse a la ley de su naturaleza y se proclama creadora; es esta otra aberración que nos hace olvidar el principio de la democracia, y para rectificar el abuso lanza a los hombres a la tiranía y a la negación democrática.

El proceso que acabamos de describir no puede agotarse en una solución, sea ella positiva o racional, no es posible aspirar a una sustancia única social y jurídica, que contenga en sí toda la perfección ideal; el proceso de la vida se entretiene en crear y en destruir sistemas; hay sólo períodos de consolidación que dan la apariencia de haber alcanzado una meta, pero luego un período crítico viene a desvanecer nuestra ilusión, y esto sin olvidar con

(1) "Estudios Críticos", pág. 237.

cuánta frecuencia, bajo las mismas formas, se esconde una sustancia constantemente renovada. Las condiciones sociales plantean el problema, las élites dan la solución, las masas la conservan y propagan, hasta que una nueva inquietud viene a renovar el proceso.

4 — Las peculiaridades de la vida social no revelan, como lo dejamos demostrado, la existencia de un ser supraindividual o de una conciencia social distinta de la de los individuos, a la que sea preciso referir las instituciones que nacen en el ambiente social. La sociedad se muestra como un simple proceso de objetivación de la conciencia individual, cuyo mecanismo no resulta difícil explicar.

Entre los elementos que se ofrecen a nuestro conocimiento los hay sólo de dos naturalezas peculiares: o son cosas físicas dadas directamente a los sentidos o estados psíquicos que el entendimiento penetra; estos elementos caen primero bajo el dominio de la conciencia individual, y es preciso un proceso particular para transformarlos en estado de conciencia social.

Las cosas físicas y sus relaciones, penetradas por el entendimiento pierden su carácter material para revestir una forma ideal; se espiritualizan y toman el carácter que les da la apreciación del hombre. Mientras nos mantenemos en el campo de las constataciones de los elementos de la realidad, estamos en los estados de la conciencia individual, que son, naturalmente, incomunicables a los otros hombres, pero tan luego como llegamos a entenderlos, a agregarles una apreciación, se vuelven trasmisibles, van de hombre a hombre en la colectividad, se modifican, se corrigen hasta que se convierten en un patrimonio común. La cosa física comienza por espiritualizarse y concluye por objetivarse para tomar el carácter social, se vuelve un elemento de la cultura; en este nuevo carácter ha perdido, en realidad, las propiedades físicas que la distinguían en su individualidad, para aparecer transformada en la apreciación colectiva.

En los estados psíquicos ocurre una transformación semejante; un impulso, un sentimiento, un deseo es apenas un elemento individual, que depende de mí, en el sentido que nace en virtud de un estado que me es propio y se modifica o desaparece según la ley de mi propio estado, pero tan luego como ese estado psíquico se comunica a los demás, comienza a objetivarse, a vivir independiente de mí, como una representación en la conciencia de

todos los hombres de la colectividad; como un sentimiento o como una creencia social que actúa sobre las conciencias individuales y determina la conducta en la vida social.

De este proceso resulta que la conciencia social no es otra cosa que un aspecto de la conciencia individual, como que en la vida social no hay otro elemento real que el individuo; es su aspecto objetivo, susceptible de ser estudiado como algo exterior y que llega a concretarse en sus diferentes aspectos, en distintas instituciones, una de las cuales es el derecho positivo.

Las cosas físicas y los estados psíquicos se objetivan espiritualmente para volverse sociales, y estos estados espirituales constituyen la conciencia social, que no es un ser nuevo ni un simple estado psíquico pasajero, sino una sucesión de estados que se transforman según su propia ley, fuera del capricho o del humor variable de las gentes.

Abramowsky, aunque dejándose llevar demasiado por la atracción de las antítesis y por la seguridad de los esquemas inflexibles, ha penetrado, con evidente sagacidad, el fondo de este problema en su monografía sobre "Les bases psychologiques de la sociologie", y al explicar la naturaleza del fenómeno social, nos da la clave de la explicación de la génesis de la sustancia de todo derecho positivo; de él nos servimos para esclarecerla.

La relación material entre los sexos, por ejemplo, es una cosa física que se vuelve social cuando la colectividad le agrega una estimación, cuando aprecia como superior un cierto modo de relación peculiar y condena y execra los otros; entonces esa relación material toma un carácter espiritual, que persiste y se objetiva y se convierte en una institución social y jurídica, a la cual llamamos matrimonio, que no es, precisamente, la reglamentación de la relación natural entre los sexos sino una manifestación de la representación espiritual de esas relaciones, que varían entre los términos extremos de la promiscuidad y del matrimonio monogámico de por vida.

Otro tanto puede decirse de los simples estados psicológicos individuales, que se objetivan en sentimientos y creencias sociales, y que van a dar el tono peculiar de las instituciones jurídicas.

El derecho positivo vive en relación a estos estados colectivos; son ellos los que le prestan su sustancia y a cuya realización sirve el derecho; ninguna institución jurídica podría justificarse

si no sacara su fuerza y legitimidad de su adecuación a la sustancia social.

SECCION TERCERA

Génesis de la imposición coactiva

CAPITULO PRIMERO

Noción del carácter impositivo del derecho

1 — Los hechos. 2 — Los elementos de la imposición: compulsión, asentimiento.

1 — Hemos dejado establecido que todos los derechos positivos existentes, o de que se haga mención en la historia, se muestran como una coordinación de normas, asentadas sobre un sistema de creencias fundamentales respecto a los modos y fines de la conducta humana, que constituye la sustancia concreta de todo derecho; estas normas se presentan con la particularidad de imponerse coactivamente, se muestran como necesarias, a tal punto que podría creerse que el carácter impositivo es de la esencia de todo derecho.

2 — Si se analiza la imposición que acompaña al derecho, se descubre que está constituída por un doble elemento (1). En primer término impresiona nuestra observación un aspecto exterior, en cuanto en todo derecho viviente constatamos una fuerza material puesta a su servicio. Las organizaciones políticas contienen, sin excepción, un aparato de jurisdicción que representa, en último término, un poder material de coacción, de compulsión. La policía, la justicia, el ejército, la diplomacia son las expresiones más claras del fenómeno de la compulsión. En los pueblos primitivos y en los períodos de descomposición social, toma una tan grande importancia este aspecto de la imposición, que los observadores superficiales suelen, generalizando, mirar al derecho co-

(1) Tanon, "L'evolution du Droit", pág. 167.

mo la simple imposición de la fuerza, refiriéndolo al poder de un rey, de un guerrero afortunado, de un sacerdote, de un patriarca, porque, en efecto, ninguna realización del derecho impresiona más vivamente que aquella que se alcanza por la imposición coactiva de los que representan la autoridad.

Una observación más atenta descubre que junto al elemento material de la compulsión, existe otro elemento espiritual, psíquico, del asentimiento, que integra el fenómeno de la imposición del derecho. La realización de la norma jurídica alcanza su plenitud sólo cuando al poder coactivo acompaña un asentimiento social, del que saca su verdadera fuerza y asegura su plena realización. La realización coactiva de la norma debe constituir la excepción, el caso jurídico patológico; lo normal es que los hombres se acomoden a la norma jurídica sin deliberación previa, por un simple impulso mecánico, que se funda en la participación natural de su conciencia con la conciencia social que la norma traduce; en los períodos estables y ya evolucionados, el asentimiento se muestra como la fuerza predominante, que nos hace concebir el orden social, como el resultado de la participación consciente de los componentes de la colectividad. El jacobinismo es la doctrina de los períodos críticos, así como el religioso respeto a las voluntades de la mayoría, a la expresión de la conciencia colectiva, anuncia un período estable de organización. El carácter impositivo de todo derecho se muestra entonces, bajo el aspecto de la coactividad, no sólo en cuanto emplea la violencia exterior que castiga, sino también la violencia interior que crea la amenaza de la pena, y bajo el aspecto de asentimiento que crea el deber jurídico, el rasgo de la obligatoriedad, que justifica la compulsión.

CAPITULO SEGUNDO

Génesis del carácter impositivo del derecho

1 — ¿Cómo llega a ser el carácter impositivo del derecho positivo? 2 — Soluciones negativas. 3 — Soluciones según la compulsión. 4 — Soluciones según el asentimiento. 5 — Premisas para la solución. 6 — Psicología del carácter impositivo: a) Premisa: Naturaleza social del hombre. 7 — b) Proceso de la existencia social, los fines, el deber. 8 — c). La coactividad implícita en el deber.

1 — Constatado que la coactividad es un rasgo que acompaña e integra la sustancia concreta de todo derecho positivo, se presenta inmediatamente esta cuestión: ¿Cómo llega a ser que un determinado contenido de conciencia adquiera esa fuerza de imposición que le da el carácter de jurídico?

2 — Si prescindimos de ciertas posiciones negativas como la de Pascal, que ha proclamado que la justicia y el derecho no son más que la fuerza, y de ciertas posiciones anárquicas que confunden el derecho con la coacción, empeñados en no ver otra cosa que la materialización en que se concreta el orden jurídico y su realización, podemos decir que se dan al problema del carácter impositivo del derecho dos clases de explicaciones, fundadas unas en el elemento de la compulsión y las otras en el asentimiento.

Pascal ha sostenido en sus célebres "Pensées", que "La justice est ce qui est établi; et ainsi toutes nos lois établies seront nécessairement tenues pour justes sans etre examinées, puisqu' elles sont établies". "Sans doute l'égalité des biens est juste; mais, ne pouvant faire qu'il soit force d' obéir á la justice, on a fait qu' il soit juste d' obéir á la force". ("Les Pensées", art. VI, Nos. 6 y 8). Afirmaciones de un desolador pesimismo, que habrían alcanzado a conmover, si no se supiera que son ingeniosos arranques de misticismo de un espíritu generoso, empeñado en demostrar las miserias humanas, para empujar al hombre hacia el consuelo de la fe.

Y de la misma manera, otros, partiendo de la más absoluta animalidad o exaltando el poderío humano han llegado a la mis-

ma aberración y proclaman que las instituciones están fundadas en el crimen o que poder es derecho, como Reclus y Bismarck. (1)

3 — Al primer grupo de las soluciones aludidas (Nº 2) pertenecerían la doctrina de la fuerza desde el punto de vista metafísico, tal como la explica Spinoza, y la doctrina política de la escuela analítica inglesa.

La concepción de la fuerza en su sentido metafísico, nos impondría afirmar que todos los seres están dotados de un impulso que tiende a la conservación de su propia sustancia. La sociedad, por el hecho de existir, tendría implícita esa fuerza de conservación, que se mostraría bajo la apariencia de la coacción jurídica. No es preciso detenerse a recomponer el proceso de su aparición y sus manifestaciones: la coacción viene de la propia naturaleza social (2). Esta explicación refiere la imposición del derecho a un elemento universal de conservación de los seres, que trasciende en mucho de la vida social. No es dudoso que esta concepción contempla un hecho real, pero su explicación se asienta sobre un elemento romántico, irracional, más oscuro aun que el propio problema que se quiere explicar

La escuela analítica inglesa (3) afirma que la imposición del derecho, surge de que procede de un mandato del superior político, asegurado por una sanción; lo que quiere el rey, quiere la ley, como repetía el antiguo adagio. Esta doctrina es sólo expresión de un estado político particular; es un modo de justificación de la soberanía política; pero si afirmamos que las autoridades sólo son legítimas por su conformidad al orden jurídico existente, ellas no tendrían la posibilidad de prestar a las normas jurídicas una fuerza de que ellas mismas carecen. No puede ser identificado el principio supremo, la soberanía a la que referimos el derecho, con la voluntad de las personas que ejercen en su nombre la autoridad.

---

(1) Puede verse, como ejemplo ilustrativo, la referencia fabulosa que trae Picard. "Droit Pure" (pág. 288) tomada de Reclus.

(2) "Por derecho de naturaleza, pues, entiendo las mismas leyes naturales o las reglas según las cuales todas las cosas suceden; esto es la fuerza misma de la naturaleza; por esto el derecho de toda la naturaleza y de cada individuo coincide con su fuerza. Todo lo que cada uno hace según la ley de su naturaleza, es conforme al sumo derecho de la naturaleza; él tiene tanto de derecho en naturaleza, cuanto vale su fuerza". Spinoza, "Tractatus politicus", Cap. II, 4. Principio a que da cierta actualidad, el inquieto pensador italiano Rensi. "La filosofía de la autoridad". 1930.

(3) Rava, "Lezioni", Parte seconda, 1925, pág. 9.

La fuerza, representada en su forma más completa por el poder militar, no puede servir de fundamento al carácter impositivo de la norma jurídica; las bayonetas, según una pintoresca expresión, pueden servir para todo menos para sentarse sobre ellas.

Es frecuente recordar algunos ejemplos en que el derecho, sin perder su carácter, se ofrece como independiente de la coacción. Hay derecho sin coacción material, sin fuerza de imposición, como el derecho eclesiástico, que sólo liga las conciencias y que se sirve de la coacción moral y social; no obstante, creemos que no es posible desconocer su verdadero carácter de tal. Hay derecho con coacción débil, según ocurre para cierto orden de relaciones personales, como sería la relativa a los deberes en el matrimonio, que se apoyan sobre el afecto de los cónyuges sobre el que nada puede hacer la ley. Y por último, tenemos el derecho con coacción reprobable; el que se asienta en la voluntad de un tirano o el que se libra a la suerte de la guerra, especie de apelación a la divinidad, doloroso e irracional trance. No puede dejar de reconocerse que, para que se ofrezca el derecho de un modo perfecto y completo será preciso que lo acompañe la coacción, pero en ningún caso la fuerza, en sí o transformada, puede dar fundamento, servir de principio al carácter impositivo del derecho.

Otros observadores, ante la ineficacia de la compulsión para explicar este carácter impositivo, han fijado la atención sobre el asentimiento.

4 — Según una concepción antigua, pero que se perpetúa debido principalmente a la forma que le diera Rousseau y a la ocasión en que la expuso, el principio de la fuerza impositiva del derecho procede del consentimiento con que concurren los hombres al establecimiento del régimen social. Esta doctrina ha sido interpretada con tal rigor, que sus adeptos, más de una vez, se han ocupado de fijar los límites de la obediencia debida, estudiando la extensión del pacto social o contrato en cuya virtud se encontraban reunidos en sociedad; tan preciso y estricto les parecía el fundamento de su concepción que nada podía escapar a sus consecuencias. Esta doctrina parece asentada menos sobre las peculiaridades de la naturaleza social, que en cierto estado particular de la vida política. Cuando una revolución destruye el sistema de ideas en que se asentaba el régimen político anterior, es preciso

volverse hacia el individuo, a buscar, en sus fuerzas y en su egoísmo, el fundamento que ya no puede dar una representación de cultura social; así se explica que en ciertas épocas se recurra a la voluntad de los individuos y a su acuerdo contractual para hacer surgir el poder de imposición como de una delegación de las capacidades individuales. La gran debilidad de esta doctrina se encuentra en su carácter intelectual; la vida social es toda entera un proceso en el que juega el sentimiento un papel predominante y en el que poco puede hacer la voluntad individual como fuerza directamente creadora; la sociedad es hija de aquel proceso, y toda doctrina que afecte ignorarlo atenta contra la propia naturaleza de esa vida.

Autores modernos han corregido algunos de los errores de Rousseau y han propuesto una explicación del fundamento de la imposición del derecho, refiriéndolo a una especie de cuasi contrato social. En este caso se supone ya no la existencia de un pacto social libre y consciente sino una especie de adhesión, de reconocimiento al orden jurídico existente. El hombre, por el hecho de vivir en sociedad y de participar de la conciencia colectiva, consiente el orden existente y se somete a la autoridad aunque él no haya contribuído a formarlo voluntariamente. Esta doctrina ha sido expuesta por juristas de tanta autoridad como Bierling, por ejemplo, pero con todo, no sirve para la solución del problema planteado. ¿De dónde saca el derecho la fuerza de imposición? Contestaríamos, según este modo de ver: del asentimiento tácito de los componentes de la sociedad; luego, esto significaría declarar que no tiene ningún fundamento necesario; si se trata de un reconocimiento voluntario todo él está pendiente de la determinación individual, y si es necesario, es preciso analizar la fuerza que lo impone, lo que importa decir, buscar las explicaciones fuera de los límites de la doctrina.

5 — Después de haber planteado el problema cuya solución nos ocupa y de haber referido las explicaciones más corrientes que tratan de resolverlo, debemos intentar, por nuestra parte, llegar a una definitiva solución.

Hemos dicho que todo intento de resolver este problema, para que sea legítimo, debe considerar los dos aspectos con que se ofrece el fenómeno de la imposición coactiva; por una parte el asentimiento, fundado en un deber moral, que hace obligatoria

la norma jurídica, y por la otra un poder de compulsión, la posibilidad de una violencia externa que la imponga y la presente como coactiva; obligatoriedad y coactividad deben entrar al mismo tiempo en una verdadera solución.

Como no nos proponemos justificar la imposición coactiva sino explicar su génesis en la vida social, la solución debe buscarse desde el punto de vista de las cualidades o caracteres propios del hombre, de las leyes de su existencia, reveladas por el modo peculiar de la vida humana.

6 — Para nosotros las leyes biológicas del hombre animal no tienen, en este momento, un interés decisivo; el individuo humano, motivo de nuestra preocupación, se nos presenta como un ser nuevo, creado sobre las estructuras naturales por la obra de comunicación con sus semejantes. Este individuo humano no tiene existencia real sino en el seno de la sociedad; él forma la sociedad y la sociedad lo crea a su vez; un individuo aislado sólo se concibe como un proceso de pura abstracción o como un accidente ocasional, sobre el que ninguna conclusión puede fundarse. La primera ley del modo de ser propio del hombre, es la de la convivencia social.

No debe confundirse esta afirmación con la que declara que el hombre es social por naturaleza; si bien es verdad que ambas miran un hecho de un modo similar, se separan fundamentalmente en lo relativo a su interpretación y explicación. La importancia de esta distinción reposa en que si aceptáramos la existencia de una naturaleza humana, como un orden racional, en ella estaría contenida, de antemano, la sustancia material del derecho y todos sus caracteres; mientras que para nosotros, que partimos de una naturaleza natural, tal como es, con sus instintos antisociales y egoístas, pero capaz de desarrollar sentimientos y creencias sociales que crean, sobre la animalidad, la humanidad, una segunda naturaleza; esa sustancia social concreta se forma al mismo tiempo que se crea la sociedad y participa de su carácter temporal y condicionado. El hombre tiene una aptitud para desarrollar cualidades sociales cuando se pone en comunicación con otros hombres; este es un hecho evidente y fundamental, que sirve de punto de partida de toda reflexión sobre las instituciones humanas, pero no puede afirmarse que el hombre vaya a la sociedad por un impulso de principio esencial, de una supuesta naturale-

za que no es su naturaleza natural, que se nos presenta llena de impulsos antisociales y egoístas, sino una naturaleza mística, concebida por una exigencia del raciocinio que precisa partir de esa premisa para edificar un sistema cuyas conclusiones se anticipan. No encontramos argumento alguno valedero, sacado de la realidad, en su sentido más amplio, que nos permita afirmar la existencia de una supuesta naturaleza mística. El hombre tiene una aptitud social; es esta una premisa evidente y, a la vez, el término de lo que el hombre puede conocer en el campo de las cosas sociales; más allá le es imposible penetrar; ocurre en el derecho como en todas las disciplinas fundamentales, para las que siempre el hecho esencial de los fenómenos que consideran escapa a toda explicación completa: la afinidad para el químico, la atracción para el físico son ejemplos suficientemente expresivos, que nos imponen resignarnos a no conocer del hecho social esencial sino la constatación de su existencia. Explicar la aparición de la sociedad humana por un impulso de la naturaleza mística individual del hombre, es explicar un problema con otro problema más difícil de penetrar que el primero; si se observa atentamente esta solución, se constata que se envuelve sobre sí misma. El problema de la vida social se traslada al de la naturaleza social del hombre y éste sí que ya no tiene sino una solución religiosa, de fe o creencia que queda fuera de nuestro campo intelectual.

7 — Asentado el principio de la convivencia del hombre, podemos detenernos a exponer el proceso de su existencia social. La sociedad no vive según reglas o leyes naturales; tiene capacidad para crear representaciones, imágenes de la vida social, que varían de uno a otro pueblo, de una a otra época, pero que nunca faltan, aun en las sociedades más rudimentarias o primitivas, y su existencia se conforma a esas imágenes o representaciones. Quien pone los fines supremos para la vida y escoge los medios para realizarlos, se impone con esto una necesidad moral, un deber. Las normas sociales tienden a asegurar los fines supremos, según esa estimación social; a determinar la voluntad y la acción de los hombres hacia el destino que se han propuesto alcanzar. El derecho, la más completa de las normas sociales, juega este mismo rol, imponiendo aquella conducta que no sólo se estima útil sino necesaria para la conservación del orden social. El hombre medio, que vive en una sociedad determinada, participa naturalmen-

te de la representación común de vida, reconoce los mismos valores, persigue los mismos fines; este hecho le crea un imperativo moral que le impone una conducta en concordancia con todos ellos. Así se explica que una forma jurídica determinada aparezca como obligatoria ante la conciencia moral. Si suponemos la existencia de fines sociales reconocidos como válidos, implícitos en ellos están los medios adecuados para alcanzarlos. Sería contradictorio querer los fines y rechazar los medios adecuados; de aquí resulta el carácter de necesidad de la norma jurídica positiva, su sentido de deber social.

8 — Toda norma social, como la de derecho, tiene que contar con la posibilidad de su infracción. Una norma de conducta que se da en una sociedad determinada, no puede alcanzar nunca a la perfecta armonía entre los intereses individuales y los colectivos; la lucha entre ambos ocupa todo el escenario de la historia social, con alternativas de efímeras conciliaciones. En la actividad humana nuestra conducta parece inspirarse unas veces por un simple interés individual; lo que perseguimos se agota en nuestra propia complacencia o en la de nuestros familiares o de nuestro grupo, parece movernos un impulso de puro egoísmo; otras veces realizamos con nuestro acto un fin social, sus efectos trascienden de nuestro limitado interés, miran hacia la generalidad, hacia la conservación del grupo, según los valores y fines propios. Mientras aquella conducta atenta contra los fines colectivos o no los sirve, ésta se conforma a ellos; la primera no puede ser consentida, a menos de caer de nuevo en la contradicción de afirmar la necesidad social de una norma para la existencia social, y no exigir su imposición coactiva; sería el ser y el no ser social, al mismo tiempo. La norma jurídica, por su propia naturaleza, se presenta como un deber, como una necesidad moral que nos impone prestarle nuestro asentimiento y, a la vez, como acompañada de una legítima coacción que haga su realización necesaria.

PARTE SEGUNDA

TRANSFORMACION DEL CONTENIDO DEL DERECHO

Preliminares

1 — Los hechos de la transformación. 2 — Los problemas.

1 — Cada derecho no sólo nace en una cultura determinada sino que se transforma en ella. Esta transformación puede ser mirada considerando un momento dado en el tiempo; el cambio experimentado al pasar de uno a otro estado sucesivo en la vida de una colectividad, o en el curso de los tiempos, como un proceso indefinido que encadena, al parecer, todos los instantes, como una corriente que se encaminara hacia un término o destino al que quedan subordinados los fines particulares de cada instante.

Un dato de conciencia, al parecer indudable, atestigua que el hombre tiene la seguridad de poder influir con su acción y con su voluntad en esta transformación de la cultura y del derecho; no puede interpretarse de otro modo el hecho constante del juicio de la apreciación de los acontecimientos en relación a un principio ideal, si no se creyera en el poder creador del hombre sobre los acontecimientos. Por otra parte, cuando se contempla el curso de los tiempos, una observación semejante parecería contradecir esta constatación; el proceso histórico sobrepasa, por su extensión, a toda vida humana particular, excede a todo plan o modelo creado y, sin embargo, su observación demuestra una continuidad, una regularidad fatal, que nos permite reconstruirla como un trazado único o como una multitud de vías que se recorren según un impulso necesario. Un elemento creador y un elemento necesario parecen intervenir en el proceso de la transformación social.

2 — En estos dos modos de ofrecerse el proceso de la transformación del contenido del derecho se nos plantean como problemas indispensables, por una parte, la cuestión de saber si en realidad puede el hombre trazar el plan del futuro inmediato del derecho, si puede crear por su acción e influencia el estado futuro, conformándolo según un plan preestablecido, o si sólo le toca

constatar los anuncios de un estado ya contenido en el presente y que fatalmente ha de aparecer; de otro lado el problema que levanta esta otra cuestión: si consideramos el proceso a lo largo del tiempo, esta transformación, que por su extensión excede a la posible influencia de la voluntad humana, se cumple según una sola ley, continua o discontinua, de progreso o de ocaso, de círculos o de espirales, o si va al acaso o conducida por una mano providencial. Es este en definitiva el problema del destino de la cultura humana. El tema de la transformación del contenido del derecho plantea así dos problemas: El de la política jurídica y el de la historia, concebida no como relato o constatación de hechos, sino como naturaleza, como fin, como destino, como proceso en sí.

FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS
DE
BIBLIOTECA

SECCION PRIMERA

EL PROBLEMA DE LA POLITICA JURIDICA (PLAN)

CAPITULO PRIMERO

Determinación del problema

1 — ¿Qué es la política jurídica? 2 — Su sentido filosófico.

1 — El orden jurídico no se asienta en principios que la inteligencia descubre; a la inversa de lo que ocurre en las ciencias de la naturaleza, el derecho se conforma al sistema de ideas propias de cada colectividad; pero es preciso establecer si en la génesis de este sistema puede influir la actividad creadora del hombre, determinarlo o corregirlo o si nos corresponde tan sólo constatarlo según los datos de la experiencia social; en una palabra, debemos preguntarnos si es posible trazar un plan ideal, al que hayan de conformarse las instituciones jurídicas. Este problema es exactamente el de la política jurídica, que se plantea en nuestro tiempo de un modo particular, pero que no ha sido extraño a las preocupaciones de las generaciones anteriores, como se comprueba recordando los nombres de Bentham, Filangieri, Amari y tantos otros. La expresión "política" ha hecho verdadera fortuna en el campo del derecho y en especial en el derecho penal, hasta el punto de dar su nombre a una escuela considerable, la encabezada por Franz von Liszt, que se la denomina de la política criminal; es verdad que esta misma circunstancia ha contribuído a introducir una mayor confusión en el concepto de la política jurídica; para esta escuela penal más bien parece abrazar la política todo el campo del derecho. Von Liszt define la política criminal como el conjunto sistemático de los principios fundamentales, basados sobre la investigación científica de las causas de los delitos y de los efectos de la pena, según los que el Estado debe dirigir, por medio de la pena y de instituciones análogas, la lucha contra el delito. Es fácil advertir la extraordinaria extensión que se asigna a la política, que la aproxima más bien a la dogmática o a la ciencia, en cuanto se refiere a un conjunto sistemático de

principios fundamentales; nosotros distinguimos, como lo hizo con toda exactitud Borowitinoff, en ocasión del Congrés International de Droit Comparé, entre la dogmática y la política jurídica. Cuando se mira al derecho desde el punto de vista práctico, se puede compendiar en un sistema científico el derecho positivo, el derecho en vigor, es decir, el dogma del derecho; o expresar nuestro pensamiento sobre el derecho deseable, sobre el derecho que debiera existir, sobre el ideal del derecho, y entonces nos ocuparíamos de la política del derecho. Estas referencias son suficientes para caracterizar nuestra posición ante la política jurídica, que podemos definir como la disciplina que se ocupa de revelar el plan del futuro inmediato del derecho, conforme al ideal jurídico realizable en cada momento del tiempo.

2 — Parecería, en cierto sentido, contradictorio, concebir la filosofía del derecho como un sistema de pensamientos de valor incondicionado y universal, y, a la vez, comprender en ella las investigaciones de la política sobre un ideal realizable, que naturalmente ha de ser histórico y condicionado; esto significaría asignarle un valer práctico en el sentido más estricto de la expresión, lo que estamos muy lejos de reconocer; sobre el ideal jurídico puede, sin embargo, recaer la reflexión filosófica, no en relación a su contenido variable sino respecto a los elementos universales de su naturaleza; cabe formular una teoría del ideal jurídico, una especie de filosofía de este aspecto de la práctica, que tiene, en definitiva, un alto valer ético, porque sirve para guiar la experiencia, al afirmar los fundamentos de nuestra crítica de los hechos sociales y mostrarnos los verdaderos caminos de toda posible solución.

CAPITULO SEGUNDO

Soluciones propuestas

1 — El problema y las soluciones. 2 — La política realista. 3 — La política racionalista. 4 — La política real - racional.

1 — ¿Es posible trazar un plan ideal al que hayan de conformarse las instituciones jurídicas de un futuro inmediato? Suele ser esta la tarea fundamental que atribuyen a la Filosofía del derecho ciertas actitudes optimistas, que descansan en la creencia de la posibilidad de corregir los males sociales por medio de una adecuada legislación. Es indispensable, antes de intentar una exposición de las soluciones posibles a nuestro problema, fundar una clasificación de las mismas, que nos guíe en una materia de tan grande variedad y confusión. Si se somete a una crítica severa, estamos ciertos que cualquier clasificación ha de resultar inexacta e imprecisa, pero este temor no puede cohibirnos ante la necesidad didáctica de imponer algún orden en esta materia.

Nos proponemos, en nuestro afán de simplificar, referir a cuatro grupos las doctrinas corrientes sobre la política, sin desconocer, por ello, que en las doctrinas que consideramos, al mismo tiempo no se ofrezcan matices que bien merecerían un capítulo separado. Las teorías de la política serían, según nosotros, o realistas, o racionalistas, o real-racionales, o simplemente criticistas. La política realista enseñaría a sacar el plan del futuro jurídico, sea directamente de la realidad, experimentalmente —como si estuviera contenido en los hechos— o por una revelación de una naturaleza mística, que se sirve de los hombres para manifestarse; a esta clase pertenecerían la política de la democracia, la del "Príncipe" de Maquiavelo, la del hombre de estado nato de Spengler (1).

La doctrina racionalista afirma la existencia de un principio concreto, absoluto, que una vez revelado debe servir de base a todo plan que la razón ha de fundar y desenvolver. La política de los teóricos de la Revolución Francesa y la de los del derecho na-

(1) Véase: "La política de los hombres de garra" — Temas complementarios del Libro Primero, Apéndice.

tural, pueden servir de ejemplo en este grupo, sea que se presenten bajo apariencia experimental o mística, a semejanza de lo que ocurre con las teorías del primer grupo.

Los real - racionales pertenecen principalmente a la dirección hegeliana. Existe un principio absoluto de todo cambio que se revela en la realidad; la inteligencia puede descubrirlo y servir a su destino favoreciendo la transformación en el sentido de ese principio absoluto. Lo racional es aquí siervo de lo experimental, pero el predominio de éste queda subordinado a un principio místico: la idea absoluta que deviene, que llega a ser en cada instante.

Ya veremos más adelante de qué manera el criticismo funda una teoría elaborada sobre los elementos irreductibles que juegan en este problema, que no trata de acomodarlos en una especie de transacción que suele ser muestra de artificio y debilidad, sino de fundirlos en una unidad realizada en nuestra propia conciencia.

2 — La política realista tiene en Maquiavelo el maestro y principal inspirador. El célebre secretario florentino ha expuesto en su Discurso sobre la primera década de Tito Livio y en el Príncipe una doctrina política de un realismo crudo e inquietante. Los principios fundamentales de la política de Maquiavelo se revelan en la tranquila confianza que muestra en el poder de la inteligencia del hombre, como medio para alcanzar los fines que se propone en cada instante. Su doctrina es una especie de apoteosis de la individualidad triunfante; sus libros contienen los preceptos para la conducta de los dominadores de la tierra; en verdad no hay en Maquiavelo un ideal concreto a realizar, lo mismo enseña a crear una república que a establecer una monarquía; no le interesan sino los medios de dominación, todo su sistema se reduce a una teoría del éxito en la que nada cuentan ni el sentimiento del derecho, ni la moral, ni siquiera los principios. Maquiavelo sólo detesta, como escribe Ferrari (2), a los hombres irresolutos, la inepta tergiversación, los tiranos que arruinan, los republicanos incapaces. Se revela en esta doctrina una fuerza y virilidad que cautivan, pero bajo su aparente realismo se percibe la ficción que reemplaza a la verdadera interpretación de la realidad. El éxito de las revoluciones no descansa en la implacable y cruel táctica de los revolucionarios sus promotores, sino más bien en la prolija

(2) "Macchiavelli", pág. 19.

conformidad de sus movimientos con la representación ideal de la vida social de cada pueblo. La política creadora de los héroes y de los príncipes se paga de una engañadora apariencia; el poder creador del individuo es insignificante, si se lo mira frente a la obra de la colectividad de que el individuo mismo no es sino una criatura. No ha de negarse, sin embargo, que hay en la política de Maquiavelo elementos de una verdad universal y permanente que hacen su gloria inmarcesible. El maquiavelismo es la doctrina de la autoridad sin principios, una especie de sistematización de la fuerza para la dominación; en los períodos de crisis y de disolución de los sistemas de ideas que imperaban en una colectividad, y mientras se concreta el que ha de regir en lo futuro, ocurren períodos históricos de revolución en que el orden social indispensable en la vida colectiva, se conserva por una autoridad que representa el simple imperio de la fuerza; entonces el maquiavelismo vuelve y florece de nuevo, con vigor efímero pero revelándonos los elementos de su sustancia eterna.

Otra doctrina realista, que en los últimos tiempos ha adquirido cierta boga, tal vez debido a la manera particular de presentarse, es la expuesta por Osvaldo Spengler en su "Ocaso de Occidente". Según Spengler, el plan de la cultura no hay que pedirlo a los hechos o a la inteligencia; es preciso esperar su revelación por obra del político nato que sabe, por una inspiración que le es propia, lo que es preciso hacer para conducir a los demás por el camino del éxito. Esta concepción cuenta, como se ve, con la asistencia de lo maravilloso, que viene a dictar al oído del político nato la fórmula de la orientación de los pueblos. Esta forma del realismo místico no corrige las deficiencias del maquiavelismo; por el contrario, inviste a las tiranías con la dignidad de un aliento misterioso y secreto. Maquiavelo no niega los principios, más bien los recuerda y reconoce, pero los detiene cuando se presentan como un obstáculo en el camino del éxito de los príncipes. Lo deseable sería que las cosas pudieran estar siempre regladas por la justicia, repite; pero como esto es imposible, fuera necio subordinársele. Todo el mundo sabe cuán laudable es que el príncipe prefiera la lealtad a la falacia, escribe, y así tantas otras máximas que pueden servir para comprobarlo. Spengler, en cambio, eleva el capricho y la arbitrariedad a la dignidad de sistema y lo justifica invocando no se sabe qué misteriosos designios.

El sistema democrático suele ser también un aspecto de la

política realista. Es preciso consultar al pueblo para que dicte con sus decisiones el plan del futuro cultural; la mayoría ha de revelarnos la verdad relativa de cada instante. Desde la época de los griegos se enseña a distinguir calidad de cantidad; verdad y número. Bien se advierte que el sistema de las mayorías puede ser un instrumento, y acaso el único, para las organizaciones políticas; pero es preciso reconocer que con frecuencia las mayorías se conceden mucho más de lo que la razón justifica lógicamente y, lo que es más grave, este rasgo parece estar en un todo conforme a su naturaleza.

Como que la cultura no es un fenómeno de la naturaleza no puede hablerse, sin engaño, de una política realista, biológica o natural, sin que repensemos la naturaleza y propongamos una finalidad que no es suya sino nuestra; así las teorías realistas nos resultan o trágicas o ingenuas, porque o nos sacrifican ante entidades misteriosas, ante falsas realidades, o nos elevan hasta proclamar como verdad a nuestros caprichos.

3 — El realismo es la política del repentismo, de la improvisación, de la adivinación; el racionalismo, en cambio, es la política de la previsión, del sistema acabado, hecho por una especulación y una lógica según cánones rigurosos. Cuando los teólogos raciocinan para construir el plan de un gobierno ideal perfecto, válido para todos los tiempos; cuando los filósofos de la revolución francesa proclaman los derechos del hombre, como fundamento universal de toda organización política, y muestran la libertad, la fraternidad y la igualdad como la fórmula definitiva de la perfección política; cuando los partidarios del derecho natural hablan de una justicia ideal, con un contenido inmutable, y la proponen como término seguro de toda transformación, entregan a los recursos de la lógica y a las sugestiones de su tiempo, la solución de un complejo problema que trasciende en mucho el campo del puro raciocinio. La prueba del tiempo no ha sido nunca favorable a estas construcciones; el plan de apariencia más perfecto de los que ha dictado la razón no ha podido nunca sobrevivir a su tiempo; es cierto que a veces se los observa que vuelven con una pertinacia que revela el fondo de verdad que los alimenta, pero es fácil descubrir, bajo su apariencia inmutable, la incesante transformación. La justicia absoluta y universal de la Edad Media, los derechos del hombre de la Revolución, la solidaridad

social de nuestros días, no son sino fórmulas efímeras que van marcando una interminable sucesión.

La política racionalista transforma los principios ideales que corresponden a una época histórica, en principios absolutos y universales, bajo la falsa creencia en la posibilidad de descubrir semejantes principios, y con la seguridad de que basta el raciocinio para construir sobre estos principios un sistema acabado; contra esta afirmación debemos recordar cómo cada época vive según su propia imagen de vida, que se transforma con ella, lo que excluye la posibilidad de un plan concreto, absoluto y universal como lo persiguen los partidarios del racionalismo.

4 — El tercero de los grupos en que distribuímos las distintas soluciones propuestas a nuestro problema, era el de la política real - racional. En apariencia, al menos, esta doctrina se muestra como una especie de conciliación de los puntos de vista fundamentales de las anteriores; sin embargo, no es una amalgana de ellas, como podría creerse; es más exactamente una reintegración del realismo, cuya línea de sucesión aparece visible en la solución que nos ocupa. La política real-racional sufre la influencia directa de la doctrina hegeliana, cuya representación, en el campo jurídico, puede reconocérsele al eminente jurista alemán José Kohler (3).

Los principios hegelianos que sirven de fundamento a esta solución se reducen a dos, a saber: 1º, la afirmación de la existencia de un principio único, de una esencia universal de la que son simples manifestaciones toda la vida y los fenómenos de la realidad; esta forma de reducir la multiplicidad de los fenómenos a una unidad contiene la afirmación panteísta de la doctrina; 2º, como consecuencia, los objetos del conocimiento no son, no tienen una verdadera realidad, devienen, en su transformación incesante van mostrando aspecto de la esencia absoluta hacia cuya realización parecen encaminarse; en este rasgo puede verse el carácter peculiar del hegelianismo, todo el mundo perceptible es una sucesión de hechos, todo el saber una especie de historia, he aquí la evolución eterna, el eterno devenir. Los neo hegelianos trasladan estos principios al campo del derecho y completan la noción del proceso, del devenir con la cultura, que es el elemento material que se transforma en el proceso. Es preciso advertir

(3) Véase: temas complementarios de la Introducción III.

que en esta doctrina la cultura no representa ese sistema de ideas vivas que posee cada colectividad, y al que nos referíamos más atrás; es, por el contrario, una noción mística, que Kohler define como una corriente de magnificencia divina para realizar las aspiraciones de Dios.

Si aplicamos estas nociones a la solución de nuestro problema, resultará que el plan ideal de la transformación del derecho estará contenido en el destino fatal, preestablecido, que sería la ley de la cultura, y el jurista no podrá modificar el proceso, ni menos crear una finalidad a que tienda; toda su tarea ha de reducirse a descubrir la dirección del proceso, para servir con instituciones adecuadas a esa inspiración fatal. La política del derecho tiende a convertir al jurista en un colaborador consciente en la Idea del mundo y de la historia universal, según la exacta expresión de la escuela.

No puede negarse que el fondo filosófico de esta doctrina provoca hondas sugestiones; la armonía de la vida y el ritmo de los procesos parecerían revelar la presencia de algún agente que el conocimiento positivo no puede constatar, y que sea el que ordena y gobierna este movimiento inteligente y regular; pero esta simple hipótesis no nos autoriza a dar por existente y real lo que puede no ser otra cosa que una exigencia de nuestro modo particular de concebir la realidad, y mucho menos autorizarnos a darle cualidades concretas y a desenvolverlas como premisas, hasta constituir una teoría completa de pura base especulativa. Este principio ideal no es, sin embargo, lo más característico de esta doctrina; si se la observa con atención se descubre que ella encierra un realismo bastante crudo; en definitiva ella conduce a una justificación de los hechos; todo lo que es real es racional; es decir, tiene, por el hecho de existir, la marca de su legitimidad, como dicen los hegelianos; sin perjuicio que pueda contestárseles, como cierto escéptico, que precisamente todo lo que es real es irracional, como que la naturaleza no conoce las leyes artificiales de nuestra razón; o, a lo menos, no podría probarse que identidad y realidad sean de una misma naturaleza.

CAPITULO TERCERO

Solución criticista

1 — Premisas de la solución. 2 — Los elementos del ideal jurídico. 3 — El rol del hombre en la formación concreta del ideal jurídico.

1 — La solución del problema de la política jurídica debe encontrarse dentro de las premisas puestas por el realismo y por el racionalismo; es preciso reconocer que ellas deben encerrar un fondo de verdad absoluto; de otro modo no se explicaría su permanente vitalidad y su constante oposición, lo cual haría suponer contemplan una misma verdad que no alcanzan a expresar claramente. La solución, sin embargo, no puede resultar de una especie de transacción entre ambos; todas las formas del eclecticismo, como los productos de la hibridación, suelen mostrar los rasgos de la debilidad propios de su origen y las calidades inferiores de los tipos originarios; es preciso reelaborar los principios bajo la sugestión de fundamentos más hondos, si se quiere, por lo menos, ponerse en el camino de la solución.

2 — Un orden jurídico ideal, que se muestre como un grado de perfección realizable, y hacia el que debe encaminarse la transformación, no puede resultar de la constatación de datos materiales, sino de la revelación de un estado de conciencia social que debe ser estudiado por una crítica adecuada. Todo contenido de la conciencia participa de los elementos componentes de ella. El análisis más elemental revela que el contenido de la conciencia está formado por elementos universales, que son los rasgos comunes a cada uno de los géneros espirituales, y al mismo tiempo se reconocen en ese contenido elementos particulares, condicionados, que corresponden a la realidad experimental; toda fórmula del ideal jurídico debe ser, necesariamente, algo como una integración de estos dos tipos de elementos, de modo que su método sea armónico con esta naturaleza, lo que excluye las formas racional o experimental exclusivas que se aplican para las soluciones que acabamos de analizar.

Los elementos universales corresponden a la naturaleza pe-

culiar de todo orden social. Todo plan de política debe contar con la representación de un principio superior que impere y asegure la unidad, el que se traduce en el establecimiento de la autoridad; el individuo, con su espontaneidad, debe igualmente tener en ella su representación; cualquier ideal que los sacrifique u olvide ha de caer en aberraciones que un juicio absoluto debe condenar. Pero esta conclusión, a la que se llega por un análisis del contenido de todo orden jurídico, no basta por sí misma para crear, por un raciocinio que parta de esas premisas, un ideal jurídico universal; esta parece ser la errónea pretensión del racionalismo, que no se aviene a limitarse a trazar las estructuras universales, sino que pretende extraer de la misma razón los elementos sustanciales que sólo puede ofrecerlos la vida misma.

El juicio sobre los valores de la vida y su integración en una representación total de la misma, peculiar a cada colectividad, es lo que puede proporcionarnos los elementos sustanciales con que hemos de llenar los esquemas universales. Esos juicios de valores no aparecen perfectamente definidos sino en aquel período de tiempo en que, próximos a su decadencia y disolución, van perdiendo el contacto íntimo con la vida; en cambio, cuando tienen toda su fuerza vital se presentan como una nebulosa que sólo el ojo avizor es capaz de percibir.

3 — La fórmula del ideal jurídico ha de contener esos elementos: respecto a los universales que forman el cimiento inmutable de todas las posibles construcciones, el hombre debe limitarse a tomar conciencia de ellos; en cuanto al elemento particular la capacidad humana puede traducirlo en una fórmula. Es claro que son posibles muchas condensaciones más o menos fieles que expresan las finalidades que persigue una colectividad; es virtud del hombre de Estado percibir esos fines y señalar las vías más seguras para alcanzarlos.

No es ésta una obra de adivinación, como quisieran ciertos ingenuos realismos, pero no es tampoco una tarea de técnica que enseñe a sacarlos de la realidad o del simple raciocinio, sino la obra entregada en las colectividades a los hombres de talento, fenómeno nada misterioso o extraño, puesto que entra en las jerarquías espirituales de todas las colectividades. Hay una forma de la conciencia de los valores sociales, que suele ser el rasgo que distingue a las élites de la insensibilidad peculiar de las masas, y

que es la condición primera para descubrir en los gérmenes, la representación de los valores futuros, la fórmula de la política.

Las transformaciones sociales y jurídicas revelan una continuidad en su proceso, que si bien no es consecuencia de una necesidad fatal, porque admite numerosos trazados, no puede negarse el encadenaciento del desarrollo de aquéllas; se ha podido por eso decir con exactitud que el estadista, el jurisconsulto, deben vivir en la historia y para la historia; esto es, colocados en la corriente de la sucesión, que es ley de la vida de las colectividades; con la memoria del pasado, con la conciencia del presente y con la representación precisa del porvenir, única actitud propicia a las revelaciones de la historia, que tiene, sin duda, algo de misticismo, pero que no trasciende de las posibilidades humanas y sociales; se nos impone abrazarnos a entidades misteriosas e incomprensibles.

La fórmula perfectamente humana del método de la política se encierra en la conciencia crítica de la historia viviente; por eso ha podido escribir, con verdad, Ganivet en su "Ideario": "Los principios fundamentales del arte político, han de ser la fijación exacta del punto a que ha llegado el espíritu nacional, esto es lo que se pregunta de vez en cuando al pueblo en los comicios, sin que el pueblo conteste nunca, por la razón concluyente de que no sabe ni es posible que lo sepa. Quien lo debe saber es quien gobierna. Quien por esto mismo conviene que sea más psicólogo que orador, más hábil para ahondar en el pueblo que para atraérselo con discursos sonoros". La conclusión que imponen estos desenvolvimientos define claramente nuestra posición. La fórmula o el plan de cultura jurídica ¿es el resultado de las condiciones sociales según la inspiración del conductor o del príncipe?; ¿es la consecuencia de un proceso lógico de raciocinio que parte de premisas universales e inmutables?, ¿o es hija del poder creador de la voluntad individual? Nuestra solución rechaza estas conclusiones. La fórmula del ideal jurídico ha de nacer, sin duda, en una conciencia individual, según sus exigencias racionales y ha de contener el elemento condicionado e histórico de los valores, percibido a través de los temperamentos individuales. Entendemos fundir así en una sola representación, única verdadera realidad, el elemento racional y el real, no yuxtapuestos en una especie de transacción, sino reelaborados en el campo de la conciencia.

SECCION SEGUNDA

EL PROBLEMA DE LA HISTORIA. (DESTINO)

CAPITULO PRIMERO

El problema

1 — Su planteo. 2 — Cómo ha llegado a ser el problema. 3 — Historiografía e historiología.

1 — El derecho se transforma; este fenómeno de la transformación lo hemos considerado ya en un instante del tiempo, en el paso de una a otra forma jurídica, pero podemos preguntarnos: ¿estos cambios que consideramos en sí mismos, no hacen parte de un proceso general al que están naturalmente ligados y, sobre todo, este proceso no debe recorrer un trazado preestablecido, seguir una línea, un camino que lo lleve naturalmente a un destino propio? ¿No existe una meta hacia la cual se encamina o debe encaminarse este proceso o, por lo menos, un rumbo que es preciso seguir? Estos interrogantes plantean el problema de la historia desde el punto de vista de su ley unitaria universal (1).

2 — Desde que el hombre ha comenzado a concebir la existencia humana como algo que se comparte entre muchos seres en un espacio, y que se liga a los hechos de la sucesión en el tiempo, se le ha presentado de un modo natural el problema de la existencia colectiva en su totalidad. La noción de una identidad, de una personalidad social, ha debido nacer a modo de consecuencia que imponía considerar los hechos históricos, no como una sucesión de casos particulares, sino como una transformación de una existencia permanente. A la noción de personalidad colectiva ha venido a agregarse, como una necesaria consecuencia, la memoria social, que nos hace ligar los hechos del presente a los del pasado, que persisten en nosotros conservados merced a la influencia de esa facultad. Las interpretaciones más o menos filosóficas

(1) Véase el importante estudio de Raúl A. Orgaz: "La historia filosófica y la historia - ciencia", en "Cuestiones y notas de historia", pág. 31.

han pretendido ver en esta simple representación de la existencia social, una comprobación de la naturaleza propia de la sociedad, y han pretendido explicarla, desde este punto de vista, echando mano de la noción natural de organismo o de la noción intelectual de humanidad; ese ser monstruoso concebido por el positivismo, que siempre progresa y que jamás perece, según la frase de Pascal. Han comenzado, como siempre ocurre, por una alegoría, por una comparación, y han concluído tomando como realidad la imagen creada por la propia fantasía; es preciso restaurar los hechos oscurecidos mediante la superficial interpretación levantada por ciertas escuelas.

3 — El encadenamiento de los hechos a través del tiempo, la historia en su sentido amplio, presenta un problema propio, que es más bien de técnica o de método, según el cual ha de resolverse qué modos más seguros deben emplearse para restaurar en su integridad los hechos, revelando su contenido, el ambiente en que nacen, la finalidad que persiguen. La solución de este problema ha de conducirnos al conocimiento científico de los hechos; para llegar al contenido necesitamos, por un análisis, descubrir los caracteres propios de la entidad histórica cuyo proceso de transformación estudiamos; si no suponemos que hay algo estable sobre lo que se cumplen las transformaciones, la historia no tendría sentido. Todo proceso, además, no es la repetición de hechos, según una ley fatal verificable, sino un movimiento que se dirige a un fin determinado; la idea de finalidad es inseparable de la explicación de los hechos históricos. Este modo de considerar la historia nos enseña cómo ocurren los hechos y nos señala cómo debemos reconstruirla concretamente.

Hay otro problema de una entidad mayor en el orden del pensamiento. La historia no es tan sólo para nosotros la sucesión de los hechos; mirada desde la inmensa perspectiva del tiempo, se ofrece como la expresión de un substrato, de una entidad o ser que se manifiesta en los hechos; la noción de una historia universal que no sea un inventario de todos los acontecimientos conocidos sino una expresión de la historia en su unidad, es una prueba terminante de cómo la historia se nos presenta bajo una perspectiva distinta a la de la simple sucesión. Este modo de considerarla nos plantea nuestro verdadero problema, el de la ley profunda y universal de la historia en su unidad. ¿Podemos mirar cada ins-

tante en el tiempo como si hiciera cuerpo en un proceso unitario que se desenvuelve, o como una sucesión de hechos individuales y aislados? ¿Podemos mirar los hechos como manifestaciones de un sujeto que se revela en cada instante o tan sólo como expresiones efímeras de un estado colectivo? Estos interrogantes plantean el verdadero problema de la historia.

CAPITULO SEGUNDO

Las soluciones

1 — Los dos puntos de vista fundamentales. 2 — Las soluciones de la continuidad. Dirección naturalista. 3 — Dirección sociológica: el progreso. 4 — Algunas fórmulas particulares. 5 — Solución filosófica. 6 — La discontinuidad; Spengler. 7 — Nuestra conclusión.

1 — Planteado el problema, para intentar su solución debemos agrupar los modos corrientes de resolverlo. Dos puntos de vista fundamentales bastan para caracterizar las teorías sobre la inteligencia de la historia como naturaleza: la de la continuidad, que parte de la afirmación de la existencia de un proceso único que abraza todos los tiempos, y la de la discontinuidad que supone una sucesión de procesos cerrados que nacen y se agotan en el tiempo, sin vínculo que los ligue a los procesos que han de sucederle. La continuidad suele presentarse bajo un aspecto naturalista o sociológico o filosófico. La discontinuidad, en forma de ciclos de cultura. En cada solución es preciso distinguir, además, la ley del proceso, del destino o término del mismo.

2 — En una dirección estrictamente naturalista encontramos las soluciones del mecanicismo de Spencer o del biologismo de Darwin.

En la concepción spenceriana mecánica del Universo, todo proceso de vida se cumple por el paso de un estado homogéneo incoherente hacia otro heterogéneo coherente. Aplicada esta ley a los procesos de la vida social, el estado de homogeneidad estaría representado por el sistema de cooperación impuesta que se observa en las organizaciones primitivas, en que la sociedad se pre-

senta como una nebulosa, no diferenciada en las individualidades particulares sometidas al poder omnímodo del jefe; de este estado se pasa a otro de heterogeneidad, en que aparecen organizaciones particulares dentro de la sociedad y se perfila la individualidad dentro del grupo. Según esta concepción, la fórmula final de la evolución estaría contenida en la idea de individualidad, en la libertad que supone el mínimum de imposición y el máximo de iniciativa espontánea del individuo; de ahí la fórmula de que el gobierno sea un mal necesario pero transitorio y la expresión de la ley de la evolución, contenida en el célebre binomio militar-industrial; el paso de una cooperación impuesta a una cooperación voluntaria.

Cuando se enuncia la concepción spenceriana se tiene la sensación de referirse a una cosa remota; las constataciones de los hechos, el triunfo de los solidarismos modernos, de las organizaciones fundadas sobre el predominio de clases y sobre la autoridad, han venido a demostrar que el spencerianismo no era sino una interpretación de un período histórico que condujo al triunfo del individualismo; no tiene pues el valor universal a que aspiramos.

En el biologismo de Darwin la referencia al principio natural varía, pero el fondo de la concepción es el mismo; como no se trata de desconocer un determinado principio natural para explicar el proceso, sino que negamos a todo principio de esta naturaleza la posibilidad de darnos la explicación, hemos de mirar lo mismo al evolucionismo mecanicista de Spencer que al biológico de Darwin.

3 — Supuesta la continuidad histórica, la solución que se presenta más accesible y simple a la mente popular de nuestro tiempo es la que se contiene en el difundido mito del progreso. La historia registra una constante ascensión; de uno a otro estado se va marcando un mejoramiento, con la peculiaridad de considerar a los estados anteriores sin justificación, como aberraciones de las que es preciso abjurar. Mirada la historia desde un punto de vista de la inquietud de un período crítico, en que la tarea principal del tiempo parece ser la de crear nuevos tipos a expensas de la destrucción de los existentes, la concepción del progreso se presenta como una imagen lógica de muy sencilla

asimilación, lo que explica la difundida influencia y su profunda raíz en la mente de los últimos tiempos.

La noción del progreso hizo su aparición conjuntamente con la burguesía; es en cierto sentido una invención burguesa. Era preciso destruir las estructuras inflexibles del orden social existente; decir al Rey y a la Iglesia que no tenían derecho a perpetuarse, que habiendo pertenecido al pasado debían desaparecer como aberraciones, para ser reemplazadas por nuevos órdenes sociales. No puede negarse que era esta una magnífica arma de guerra en la que habría de creerse como en un artículo de fe, como que justificaba la táctica primordial en la tarea del tiempo, pero su justificación ante sí misma encuentra obstáculos muy difíciles de salvar.

La afirmación del progreso supone un destino muy alto, un estado de perfección hacia el que se encamina la cultura; progresar es aproximarse a ese fin. En el derecho se juzgará que una legislación es tanto más progresada, cuanto más cerca se la suponga de ese ideal de perfección. La verdadera dificultad de esta teoría está en demostrar la existencia de este término absoluto de perfección, y en conciliar la contradicción que resulta de suponerlo absoluto y realizable, puesto que alguna vez hemos de arribar a él como a una isla soñada. Lo propio de las cosas es contener imperfección, error, mal, injusticia; como dice Maggiore, no es lógico pensar a su respecto en una perfección, en lo absoluto. Cada vez que se ha pretendido concretar en una fórmula el tipo ideal de perfección, se ha visto muy luego que ella no representaba en la realidad sino un criterio parcial, temporal, sólo perfecto en sí como un acto espiritual; recordemos, para servir de ejemplo, a la igualdad, a la libertad, propuestas tantas veces como patrón y medida. La fórmula del progreso es siempre una ilusión positivista, pero no quiere decir por eso que no sea real el problema de la historia en su unidad; el error depende del falso método, de la extraviada perspectiva.

Suelen tenerse como una demostración terminante del progreso, los triunfos de la técnica que caracterizan los tiempos modernos, pero ¿podemos estar seguros que la organización que engendra la técnica, que encadena al hombre a su servicio, que lo vuelve un autómata signifique la ascensión hacia una meta, hacia un término de realizaciones humanas? Morente concluye su notable "Ensayos sobre el progreso", con estas palabras llenas de

significación: "Mientras perdure esta devoción demoníaca por la técnica, como técnica, no habrá en la humanidad paz interior, paz íntima del alma; no habrá en el mundo santidad" (1).

4 — Estas sugestiones realistas han florecido en multitud de fórmulas aplicables directamente al derecho o muy próximas a él. Guyot resumía así su fórmula: el progreso está en razón directa del dominio del hombre sobre la naturaleza, y en razón inversa del dominio del hombre sobre el hombre. Un mayor desarrollo de la técnica que utiliza las fuerzas de la naturaleza y una mayor suma de libertad se encuentran en el fondo de esta fórmula, que puede enunciarse así: a mayor libertad, mayor progreso.

Summer Maine expone la ley del proceso bajo un pensamiento similar; la evolución se cumple por el paso del **status** al **contractus**, es decir, de una organización fundada en la tutela estrecha que vigila e impone las formas de la coordinación social, a una organización que deja librada a la iniciativa y a la espontaneidad de los individuos las formas de la coordinación social. Esta fórmula no representa sino un nuevo giro del mismo pensamiento de la libertad, como meta del proceso y principio absoluto de perfección. Summer Maine se ha inspirado ciertamente en la transformación que se cumple en los pueblos primitivos al pasar a cierto grado de civilización, en los que se advierte un paso en el sentido de la mayor libertad.

Cualquiera que sea el giro o la expresión de la fórmula en que se encierre la idea de la libertad como principio absoluto y criterio de progreso, no podrá nunca dar satisfacción en el campo del derecho; la libertad absoluta y el derecho son en sí mismos términos contradictorios, porque el derecho es proporción entre hombres, forzosamente limitación, y la libertad aspira a deshacerse de toda traba, a realizar por sí el sueño de la soberana espontaneidad del hombre.

5 — Puede presentarse como un ejemplo de solución propiamente filosófica del problema de la historia en su unidad, la propuesta por Hegel. Este filósofo ha mirado al Universo como

(1) Manuel G. Morente. "Ensayos sobre el progreso", en "Revista de Occidente", enero, febrero, marzo de 1932.

una realidad con su sustancia propia, que él ha creído descubrir y ha denominado espíritu, la cual se manifiesta en los distintos estados de todo el proceso de los hechos; de aquí que lo real y lo racional se confunden, puesto que todo lo que existe es manifestación del espíritu, de la idea que se manifiesta. El desenvolvimiento histórico no será, según esto, sino una progresiva ascensión hacia la plenitud del espíritu, hacia la manifestación de la idea absoluta. Si se prescinde de las expresiones concretas de esta doctrina, que acaba por resumirse en una nueva fórmula de la libertad expresada así: en el mundo oriental uno solo es libre; en el mundo greco-romano algunos son libres; en el mundo moderno todos son libres, y si se olvida la aberración de ver el término de un proceso en la organización de la Prusia de Federico Guillermo, para detenerse sólo a considerar la actitud filosófica frente al problema, se explica el extraordinario favor con que se mira en la actualidad a la doctrina hegeliana. Parece evidente que el mundo moderno está fatigado de relativismos, no se satisface con que se le expliquen los modos legítimos de conocer y los límites del conocimiento, se afana por trasponer los límites del campo de la lógica para descubrir el substrato de las cosas, saber lo que éstas son; este anhelo, si no lo satisface concretamente el hegelianismo, lo abraza en sus perspectivas con precisión. Por otra parte la metafísica hegeliana parece salir de los hechos, la esencia se identifica con ellos; para eso es preciso crear un mundo de lo absoluto, por encima del mundo real; es la forma más material del espíritu que satisface las tendencias materialistas peculiares de nuestro tiempo; no en vano ha podido el hegelianismo engendrar precisamente la escuela del marxismo.

La justificación de la doctrina de Hegel, ya no en su expresión concreta, demasiado efímera para resistir a una crítica rigurosa, sino en esta parte vital que confirma las inquietudes contemporáneas, no ha de hacerse sin vencer muy graves dificultades. Maggiore dice con exactitud: "El idealismo moderno — no sé si más hegeliano, pero ciertamente más coherente que Hegel — ve en cada momento de la historia el reino de la razón toda desenvuelta, y por eso rechaza la idea del proceso como paso de lo que es menos a lo que es más racional. La idea no reconoce grados, ni conoce jerarquías; está toda en todo. Cada momento de la historia, visto en su acto, realiza el máximo de progreso y de perfección posibles" (Pág. 178).

ó — Junto a estas concepciones, que se asientan en el principio de la continuidad histórica, de la unidad, se alzan las teorías de la discontinuidad. No hay un sujeto, un substrato de la historia, sino varios; una sucesión de culturas cerradas con un espíritu propio, que nace, se desenvuelve y muere sin comunicar su espíritu peculiar a las que le suceden en el tiempo. Spengler ha puesto en boga esta concepción borrando los períodos conocidos de la historia para reemplazarlos por la cultura apolínea, alma de la cultura antigua; mágica, de la cultura árabe; faústica, que corresponde a la cultura occidental. El ejemplo que el propio Spengler ha escogido para demostrar su tesis de la incomunicabilidad de la cultura, el del desarrollo del derecho a través del tiempo (T. III, pág. 80), es para nosotros de gran significación. La afirmación de que la cultura jurídica occidental se ha ligado al pasado jurídico romano por el acontecimiento eventual "del desgraciado" descubrimiento de Irnerio, es, en su misma exageración, una prueba de la debilidad de su propia doctrina (2). En Spengler sólo hay un esfuerzo particular por comprender la historia, no hay una explicación susceptible de ser analizada y discutida; no sabemos qué es para él una cultura, cuál es su sustancia propia, cómo hemos de distinguirla de las demás; sus afirmaciones quedan así fuera del campo del intelecto, entregadas a los ardores de la imaginación. Y todavía hay en esta interpretación algo más amargo; es en el fondo una filosofía del pesimismo que debilita en la acción, frente a la doctrina del progreso que la conforta (3).

7 — La conclusión a que nos lleva la discusión sobre el problema del destino de la cultura, no nos permite afirmar que sea legítimo mirar la historia como la expresión de un espíritu peculiar, de un ser místico que se desenvuelve y se manifiesta en el tiempo, ni que exista un principio causal de ascensión o una ley fatal que nos encamine hacia una meta ideal o nos conduzca necesariamente a la muerte. Son sólo interpretaciones de la representación de vida. La tragedia del progreso, según la expresión de Gina Lombroso, nos muestra suficientemente, cuánto hay de imagen y qué de realidad en la inmensa sugestión colectiva del perfeccionamiento ilimitado. No es posible dudar, sin embargo,

(2) Véase: Temas complementarios de la Introducción, V.
(3) "La decadencia de Occidente". Ed. Calpe, T. 1, pág. 275.

que en éste, como en los otros aspectos de la realidad, hay algo permanente y algo transeunte, cambiante. La vida social tiene una naturaleza propia; para llegar a esta conclusión no es necesario dar un solo paso fuera del campo del conocimiento común; cada hombre participa de esa naturaleza y de algún modo la contiene en sí mismo, pero este elemento absoluto no revela una materia sino una estructura, expresión del ser no totalmente realizable; los caminos del mundo nos acercan o nos alejan de él, bordan sobre esa estructura; la representación de vida de cada tiempo, si no es contradictoria y absurda, tiene que elevarse, asentarse sobre esa estructura, interpretarla. No hay ningún fundamento para afirmar que esta realización sea superior a aquélla; como lo absoluto es irrealizable, en cada paso se descubre junto a la verdad el error, a la felicidad el dolor y la muerte. El infinito debe ser infinitamente perseguido, según la expresión de Bruno. Pero así como parece indudable que no existe una ley de ascensión, de ciclos o de regresión, la transformación es, sin embargo, una ley de vida, y cuando ésta se cumple de modo que las instituciones alcanzan un grado más de adecuación a la fórmula del ideal de justicia presente de cada pueblo, puede decirse con propiedad que la cultura se encamina hacia su destino propio.

Las fórmulas absolutas sólo el espíritu religioso puede alcanzarlas; sólo ellas poseen la perfección y la inmovilidad a que aspira, incansable, nuestra inteligencia.

CONSEJO DE CIENCIAS ECONÓMICAS
BIBLIOTECA

PARTE TERCERA

TEORIA DEL ORDEN JURIDICO

Preliminares

1 — Noción del equilibrio jurídico. 2 — Las fuerzas componentes: libertad, autoridad. 3 — Las aberraciones del equilibrio jurídico.

1 — Hecha abstracción del tiempo y del proceso que se cumple incesantemente, si se contempla una organización jurídica positiva, se verifica una coordinación de principios que han adquirido una estabilidad y una persistencia que los muestra como una creación destinada a perdurar. Los hechos nos revelan, junto al proceso, un estado de equilibrio, de reposo, que les da un máximo de objetividad.

2 — Al explicar la génesis del carácter impositivo del derecho, hemos dejado establecido que se presenta bajo el aspecto de un asentimiento que prestan los miembros de la colectividad para la realización de la norma jurídica, que no es, sin embargo, la consecuencia de un movimiento deliberado o espontáneo, sino la obra de una necesidad moral, de un deber. Todo deber presupone, naturalmente, la libertad. No es preciso tomar un puesto en la interminable contienda metafísica sobre la esencia de la libertad, para declarar su existencia como un hecho indudable; el hombre tiene la posibilidad de crear los antecedentes que han de determinar su conducta, forma la representación de los valores y de los fines según los que dirige su actividad; bajo este aspecto la ley del desenvolvimiento social no se rige por los mismos principios que los procesos naturales: estos reconocen una causa universal contenida en la naturaleza, y que podemos revelar de una vez para siempre; aquélla está en un proceso de creación humana inagotable, que podemos explicar, pero no fijar en una fórmula. Hemos dicho, igualmente, que todo ordenamiento jurídico supone compulsión, autoridad; una organización para el ejercicio del poder de imposición.

La historia, desde el punto de vista político, aparece como

una tragedia, en la que se libra la lucha interminable entre la libertad del hombre que asegura su dignidad y la autoridad, que la niega, o limita la libertad para garantir la paz social. Ninguna teoría sobre el derecho positivo puede dejar de contar con estos elementos originarios e irreductibles; puede en algún momento de la historia aparecer alguno de ellos sacrificando al otro, pero eso no representará sino la suspensión momentánea de un proceso, que debe tomar, en seguida, de nuevo su curso.

3 — El reconocimiento de un principio de autoridad, junto a una noción de libertad, como elementos irreductibles, tiene prácticamente una grave trascendencia; su desconocimiento ha provocado las más hondas crisis. Las exageraciones de la libertad constituyen un estado social patológico que se llama anarquía, así como la exageración del principio de autoridad constituye la tiranía; dos formas de aberraciones sociales tan íntimamente ligadas que, según la antigua observación platónica, el exceso de la libertad produce la disolución social, la rebelión y trae finalmente la servidumbre (1). La libertad es siempre un principio de disgregación, una fuerza centrífuga que dispersa toda energía; la autoridad es, por el contrario, un poder de concentración, una fuerza centrípeta que asegura la estabilidad social; la primera eleva la dignidad del hombre a una unidad humana, la segunda crea la unidad colectiva que hace posible una vida superior; el arte de la política debe proporcionar en cada instante la fórmula de su conciliación (2).

---

(1) Fragueiro en "Libertad y autoridad", estudia este fenómeno bajo la denominación de fracaso de las técnicas (Pág. 221).

(2) Sería interesante observar, según este criterio, dos notables episodios de la vida política contemporánea, que parecerían mostrar dos síntomas de estas aberraciones. Nos referimos a los graves hechos que se desarrollaron en París a principios de 1934 y que tomaron ocasión con motivo de la representación teatral del "Coriolano" de Shakespeare, que al fustigar la demagogia, exalta al poder absoluto, lo que determinó la caída del gabinete Daladier, y con el mismo sentido, aunque con finalidad opuesta, se prohibía poco después la representación del "Guillermo Tell" de Schiller, en Austria, porque con su apología de la libertad, conspiraba contra el régimen imperante.

SECCION PRIMERA

El problema de la libertad

1 — Distintos aspectos de la libertad. 2 — Fundamento de la libertad. 3 — ¿Cómo llega a ser la libertad? 4 — Revalorización de la libertad.

1 — La noción de la libertad carece de precisión, a fuerza de tener un contenido tan rico y de soportar una constante variación. Existe el aspecto físico de la libertad; la posibilidad de vivir como se quiera: **potestas vivendi ut velis,** según la expresión de Cicerón; esta forma de libertad supone un estado de indiferencia que haga posible entregarse a los caprichos de los sentidos o de la imaginación, sólo concebible en los hombres primitivos o en los seres anormales, pero incompatible con la vida en sociedad.

La libertad metafísica afirma la aptitud humana para decidirse entre diferentes motivos de obrar; en ella se asienta el principio de la responsabilidad de nuestros actos, en cuanto reconocemos que la ley natural de la necesidad causal puede ser transformada por obra de la voluntad humana. Este género de libertad no concierne al tratar del orden jurídico, debemos tenerla por presupuesta, pero su esclarecimiento correspondería al aspecto crítico, puramente filosófico, del problema (1).

Hay un tercer orden de libertad, que podemos denominar libertad social, y distinguir en ella la libertad política y la civil, según que nos refiramos a la falta de obstáculo para el desenvolvimiento de la actividad en la vida social o para la participación del individuo en la cosa pública. No siempre se concede igual valer a estos dos órdenes de libertad; la representación del pueblo inglés ha prestado mayor atención a la libertad civil, su liberalismo está fundado, sobre todo, en el respeto a los poderes del individuo; el pueblo francés, en cambio, ha mostrado una mayor preocupación por la libertad política: su sistema democrático atiende principalmente a la participación de los ciudadanos en la creación y en el ejercicio de la autoridad. Cualquiera que sea la represen-

(1) Ver Bergson, "Essai sur les données inmediates", pág. 167.

tación social de la libertad se ve que en todo caso ella es concebida como una ausencia de obstáculos.

Para el jurista la libertad debe ser referida a la ley. El jurisconsulto Florentino (2) definía la libertad, según se consigna en el Digesto, como la facultad de hacer lo que se quiera, si no está prohibido por la ley, noción que reproducía Montesquieu (3) al afirmar que era el derecho de hacer lo que la ley permite. Esta referencia a la ley, si ha de entenderse en el sentido de un acto de voluntad del soberano, priva a la noción de libertad de toda sustancia propia, dejándola subordinada a la concesión del poder; si por el contrario hablamos de una sustancia de la libertad como sacada de las cualidades esenciales del hombre, dejamos librado el orden social a la voluntad individual, que se limita para crear un orden social. En un caso sacrificamos la sociedad al individuo; en otro, el individuo a la sociedad; la realidad exige buscar un término de conciliación.

2 — Supuesta la libertad como atributo del hombre, que define su naturaleza, su esencia inefable, podemos partir de esta afirmación fundamental. El hombre se encuentra en los límites de las dos naturalezas: espiritual y material; siente la influencia del mundo físico y lo conoce y entiende, agregándole una apreciación particular que hace de la unidad componente —individuo— una persona.

El individuo concebido como persona es el elemento fundamental y primario de la vida social; tiene ciertamente un destino conforme a las leyes de su naturaleza, se mueve según una cierta espontaneidad que no puede serle desconocida sin degradar su ser. Este es el fundamento de la libertad, no supone por cierto una imagen abstracta del individuo con facultades y capacidades propias, pero impone un reconocimiento de la persona como manifestación de la vida propia del individuo.

3 — El individuo humano, la persona, se desenvuelve en el ciones concretas sobre el modo de concebir la vida social y el ámbito de una colectividad; al vivir van formándose representadestino del individuo; a medida que la concepción de vida se hace más rica y amplia, que atribuye al individuo mayores fines

(2) T. 4, D. I, 5.
(3) "El espíritu de las leyes". L. IX, Cap. 8.

individuales, se extiende el ámbito de la libertad; es por esto que la libertad no es un don que se concede o acuerda, sino un bien que se conquista, es un atributo que supone fines que el individuo se propone alcanzar. Los más sensibles a la privación de la libertad son los pueblos y los individos que tienen una personalidad más fuerte. La libertad se mide entonces no en referencia a una esencia metafísica, sino a los fines concretos que la representación del tiempo señala a la personalidad. Según esto, la libertad consiste en el poder de hacer todo aquello que sea conducente para alcanzar el fin que cada sociedad humana asigna a la personalidad individual; en una palabra, en la capacidad de realizarse según el arquetipo de la personalidad. No desconocemos en éste, como en tantos otros casos, la existencia de un principio universal de la personalidad humana; precisamente sobre ella viene la sustancia social a dar una apariencia expresiva, materializada.

La ley positiva no puede, en consecuencia, conceder o negar, según el capricho del soberano, un orden de libertad, porque éste existe de modo irreductible en la naturaleza social; al derecho positivo corresponde tan sólo constatarlo, reconocerlo.

4 — La imagen de vida del liberalismo creó una representación de la vida social propicia para la exaltación de la libertad; tan grande fué su influencia que las organizaciones humanas aparecían como simples instrumentos al servicio de la libertad; esta aberración, que llegó a identificar el medio con el fin, produjo la crisis individualista que ha favorecido, por reacción, a los regímenes tiránicos, que parecían tender a corregir los abusos de la libertad. El proceso de las ideas en los últimos años negaba al individuo, mirado como una simple unidad social fundido en la colectividad; es tan rápido el proceso de transformación a que asistimos, que han bastado unos pocos años para que el mundo se sienta fatigado por el peso de todas esas formas tiránicas de comunidad, y para que en todas partes se adviertan las muestras de una revalorización de la libertad, para que se vuelva hacia la persona humana, como punto de partida e interés esencial de la comunidad humana. Un personalismo parece reemplazar al caduco individualismo (4).

(4) Véase: Maritain, "Para una filosofía de la persona humana", Buenos Aires, 1937 (Págs. 93 y 139) y Gouiran, "Persona y libertad", en "Boletín del Instituto de Filosofía", nº 8 (1939).

SECCION SEGUNDA

El problema de la autoridad

1 — Psicología de la autoridad. 2 — Filosofía de la autoridad. 3 — Consecuencias prácticas.

1 — En las organizaciones sociales el poder de imposición de la norma jurídica se presenta con la apariencia de un órgano establecido para su ejercicio, bajo la forma de una autoridad, que se encarna naturalmente, sea en un aspecto originario o derivado, en una persona determinada o en las personas que ejercen el gobierno. La formación de este órgano de la autoridad obedece a un mecanismo psicológico humano, que puede ser descrito fácilmente. En toda colectividad existen algunos sujetos que abrazan con un firme y profundo ardor las creencias y los sentimientos sociales, llegando al extremo de presentarse como una personificación de los mismos; toda honda convicción impone actuar sobre los demás, se siente una especie de atracción al mando, a influir sobre la conducta de los otros; si a este estado se une una capacidad de comunicación social y cualidades humanas, reales o supuestas, que se tengan por excelentes, el prestigio viene muy luego a rodearlo de una aureola de superioridad que lo predispone al predominio sobre los otros hombres; en todos los tiempos, pero de forma más visible en los orígenes y en los pueblos primitivos, este mecanismo ha servido para crear y consolidar el gobierno. Hay otro factor concurrente, que no debemos olvidar: junto a la creencia inquebrantable de los mejores está la convicción vacilante de la masa, su estado de inercia psíquica que espera un impulso exterior del conductor, y su timidez que se suspende ante el temor a la sanción amenazada. Un aparato positivo del conductor y uno negativo de la masa, concurren para fijar la autoridad, originariamente, sobre la cabeza de algunos pocos. La autoridad, según esto, tiene su fundamento en la coactividad implícita en todo derecho, y el gobierno en la necesidad de que sólo algunos puedan estar investidos del poder, según su mecanismo psicológico de formación (1).

(1) Véanse en los temas complementarios del Libro Primero: Estado y derecho positivo; La política de los hombres de garra; El retorno de Maquiavelo, que contienen afirmaciones complementarias que no queremos repetir aquí.

2 — Aceptado, según lo que dejamos dicho, que un proceso psicológico impone naturalmente el predominio de un hombre sobre otros en toda colectividad, queda aún por esclarecer si ese predominio se justifica de un modo absoluto; si junto a la psicología de la autoridad es posible una filosofía de la autoridad. Cuando San Pablo escribió a los Romanos que toda potestad viene de Dios (2), ya enunció un principio eterno, en el sentido de que la autoridad es necesaria y de que hay una razón universal que nos impone someternos, que nos coloca en un estado de subordinación social.

Autoridad quiere decir, posibilidad de un hombre de determinar la conducta de los otros hombres, aun por la imposición de la fuerza. Volvemos a preguntar: ¿existe realmente un principio que justifique la autoridad, que autorice a colocar la voluntad y la acción de uno sobre la voluntad de los otros hombres?

Si observamos la actividad humana dentro de la vida social, descubriremos dos aspectos que caracterizan dos modos de acción. Unas veces, y esto es lo más frecuente, nos movemos en persecución de intereses meramente individuales, para satisfacer nuestros deseos o caprichos, para llenar nuestras necesidades; otras veces nuestra actividad tiene en mira el interés colectivo o de algún modo compromete directamente la existencia social, la estabilidad del grupo; en el primer aspecto, nuestra acción expresa la individualidad, en el *segundo*, la *universalidad*; en aquél la acción se agota en el sujeto que obra, en éste trasciende de él, mira la perpetuidad del grupo. Suele hablarse, sin que se acierte a definirlo bien, de un acto patriótico; esta distinción serviría para esclarecerlo. Es patriótico el acto que privado de móviles egoístas, mira hacia la universalidad, hacia la perpetuidad del grupo; por eso merece la consagración del juicio moral, porque es conforme a la excelencia humana que sabe sacrificar los poderosos instintos animales, en obsequio a la suprema ley moral.

Si la acción en sentido de la universalidad es necesaria en todo grupo social; si los fines universales están también necesariamente fijados en toda comunidad, debe concluirse, sin lugar a duda, que en toda sociedad organizada es indispensable la existencia de un órgano de expresión de esos fines universales y de

(2) "Toda alma esté sometida a las potestades superiores: porque no hay potestad, sino de Dios; y las que son, de Dios son ordenadas" — Epístola XIII, 1.

imposición según ellos. La existencia de una autoridad y el deber correlativo de someterse a ella, están contenidos en la propia vida social. Desde este punto de vista, la afirmación de la autoridad no necesita pactar con este o aquel principio concreto de autoridad, no debe afirmar que para que sea legítima no basta la posibilidad de su ejercicio, sino que debe estar fundada en su conformidad con el principio de existencia social propio de su tiempo. Al principio de autoridad es preciso unir la autoridad de su principio, si se nos permite esta tortuosa expresión. San Pablo escribió por eso a los Romanos: "Mas si hicieres lo malo, teme: porque no en vano lleva la espada. Pues es ministro de Dios; vengador en ira contra aquel que hace lo malo. Por lo cual es necesario que le estéis sometidos, no solamente por la ira, más también por la conciencia". Epístola, Cap. XIII,-4, 5.

3 — Para apreciar la repercusión práctica que pueden tener estas reflexiones, bastaría recordar que ellas están en los fundamentos de toda filosofía de la política. Para los que hablan de un principio de autoridad, fundado en el simple ejercicio del poder, en un dogma de obediencia; para los que ven en el gobierno un mal necesario del que se verá libre la sociedad cuando haya alcanzado un grado más alto en el proceso de la evolución; para los que no quieran ver otra cosa en las generaciones políticas que la obra del privilegio mantenido por la engañosa habilidad de una clase, puede encontrarse en esto una rectificación en cuanto aspira a revelar un fundamento universal para el principio de la sociedad civil. Parece evidente que mientras el hombre conserve su modo de ser natural, los fundamentos de su vida colectiva han de ser los mismos, y será siempre preciso reconocer en la autoridad y en el gobierno una fuente permanente y universal.

SECCION TERCERA

El orden jurídico

1 — Concepto del orden jurídico. 2 — Los fines del orden. 3 — Seguridad. 4 — Justicia. 5 — Conflicto y conciliación. 6 — Mirada de conjunto sobre el derecho como fenómeno de cultura.

1 — No es posible la existencia de un todo compuesto de individuos movidos naturalmente por fuerzas e impulsos antagónicos, sin suponer un principio de coordinación y armonía que los gobierne, sin la existencia de un orden; la exigencia de un orden sale, según esto, de la naturaleza misma de las cosas (1). Tratándose de relaciones naturales, el principio del orden está contenido en las leyes mismas de la naturaleza, ellas, por sí, imponen un estado de armonía y subordinación que el hombre puede descubrir y utilizar; de otro modo ocurre si nos referimos a la experiencia humana, aquí también la necesidad de un orden está impuesta por la naturaleza de las cosas, pero como sus principios proceden de un proceso de creación humana, se presenta, en cada caso, el problema práctico de saber de qué modo se ha de hacer la coordinación y armonía, la adaptación precisa entre los individuos y el grupo, y el problema teorético que revele los elementos del conflicto y nos ponga en las vías de la conciliación.

El orden jurídico es además de un principio de coherencia y armonía, un orden impuesto, necesario para la existencia de la vida humana; bajo este aspecto se muestra como un orden positivo vigente y exige una avaluación de las relaciones que sirve como pensamiento concreto ordenador; es así que puede decirse que el orden jurídico es un estado de coherencia y armonía social necesario, fundado en la avaluación de las relaciones humanas según un criterio de legitimidad.

2 — El orden jurídico se manifiesta hacia el exterior bajo la forma de la paz pública impuesta por el funcionamiento regular de los órganos de la autoridad, y, cuando es perfecto, se ve-

(1) Ellwood, en "Sociology in its psychological aspect" escribe: "The problem of the social order is in other words, the problem of harmonius coordination or adaptation among the individual of a group" (Pág. 352).

rifica una conformidad de este modo de acción con un principio de naturaleza racional que la ordena e inspira. El orden jurídico se compone, según esto, de dos elementos; el uno de naturaleza material, externo: la seguridad; el otro de carácter ideal, interno: la justicia social. En los períodos críticos de disolución de las representaciones de vida según las que vive un grupo social, la seguridad toma un gran valor, conserva por sí misma el orden; en cambio, en los períodos constructivos, estables, la seguridad se conforma al principio ideal de la justicia social, presentándose en una unidad perfecta.

Seguridad y justicia ideal constituyen los dos fines del orden, el proceso de sus conflictos y conciliaciones resume la vida del orden jurídico positivo.

3 — La conservación social, función capital del derecho, se cumple en virtud del principio de la seguridad (2). Si la existencia de los derechos quedara a merced de circunstancias contingentes; si no se supiera de antemano cuál es el valor jurídico de nuestros actos y debiéramos depender del humor variable del intérprete, la coordinación y el orden de la vida desaparecerían en un instante. Las normas jurídicas positivas y la organización que sirve para asegurarlas e imponerlas, constituyen las expresiones más claras de esta exigencia de la seguridad. Todas las formas de ideologías anarquizantes tienden a hacernos renunciar a estas reglas de seguridad social, bajo la sugestión de un ideal perfecto de justicia irrealizable; pero, en el fondo, estos movimientos no son sino armas de guerra para conseguir la destrucción de un orden concreto, que les permita realizar un plan que se proponen. Todo el orden jurídico positivo, con sus medios técnicos de realización del derecho, hasta la organización del Estado se muestra como manifestaciones del principio de la seguridad. En los instantes de descomposición social, como en los períodos de dictadura, parecería que todo el orden jurídico reposa sobre la seguridad, cometiéndose en su nombre los más irritantes atentados contra la justicia.

---

(2) Radbruch llama a Bentham el más grande panegirista de la seguridad ("Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit". T. III, 1938, pág. 55); cuando éste se ocupa del capítulo respectivo de su "Principios" exclama: "Hemos llegado al objeto principal de las leyes; el cuidado de la seguridad". "Oeuvres", T. I, pág. 62.

4 — El ideal jurídico se concreta en los principios de la justicia social. Los caracteres concretos de lo suyo, materia de justicia, varían según el modo como en cada período de tiempo se concibe el hombre a sí mismo y en su relación con los otros hombres, según los fines que se propone y el destino que se reconoce perseguir. Cada época, cada pueblo tiene un tono espiritual y un color propio que lo individualizan; de ellos sale el fundamento del orden social y jurídico. Las relaciones de la vida en sociedad no tienen un valor inmutable y natural; por el contrario, se las mide y aprecia en función de la cultura de cada época. No sería posible anticipar, de una vez para siempre, una fórmula concreta que contenga el bien colectivo, sin tener en cuenta los fines variables que la colectividad se propone alcanzar. El tono dominante de las sociedades de la Edad Media estaba dado por la fe, por la seguridad de la existencia de un orden divino que daba a las instituciones un aspecto ético, y al derecho lo convertía en un asunto de conciencia; el hombre del Renacimiento puso su acento en la razón; las avaluaciones de las relaciones de la vida seguían naturalmente bajo esa influencia predominante, y el orden y la armonía social y jurídica habían de conformarse a ella. Hace muy pocos años que el orden jurídico reposaba casi exclusivamente en la libertad, la autoridad se la miraba como un instrumento puesto a su servicio; a partir de la Revolución Francesa hasta los crímenes se justificaban en nombre de la libertad que inflamaba de entusiasmo a nuestros padres; hoy no la hemos olvidado completamente, pero se la mira como un bien secundario, que no valle ya el sacrificio de la vida; en cambio, la autoridad, la seguridad han tomado, como en las épocas primitivas, un valor inmenso y se habla de la dictadura de los hombres y de los grupos con un desenfado que antes nos hubiera cubierto de vergüenza.

5 — Según lo expuesto, el orden jurídico no consiste en la seguridad que resulta de la imposición de una autoridad, ni alcanza a ser una realización perfecta del ideal jurídico concreto; debiera resultar de una perfecta adecuación entre ambos; a esto aspira el orden, pero su proceso efectivo lo muestra en constante contradicción. Parece muy precisa la observación de Du Pasquier, cuando resumiendo el antagonismo entre las posiciones del P. Delos y del prof. Radbruch —entre los que ven como posible una armonía y los que la ven como antinomia a las relaciones entre la

seguridad y la justicia— agrega: por lo que me concierne, apruebo la armonía nocional, como un ideal, pero creo en las antimonias ocasionales, en la realidad. (3).

Y Fernando de los Ríos, en el prólogo de Radbruch ("Introducción a la ciencia del derecho") dice con encomiable precisión: "Para el orden jurídico hay un problema constante y de valor absoluto: el ideal de justicia; mas en la realidad del vivir éste no se logra, pues si bien el derecho va tanteando y excogitando medios con que realizar ese fin postrero, lo que consigue de continuo es la seguridad, la certeza de una situación para cada cual; esa seguridad es en sí misma un bien cultural que sólo el derecho proporciona, y si no siempre es esencialmente justa, siempre ha sido ideada en vista de una apreciación de la justicia. Queda abierta, pues, esa irresoluble cuestión que Sócrates ya plantea y que los escolásticos vieron con enorme acuidad; la relativa injusticia de lo injusto, gracias al valor de justicia de la seguridad." (Pág. XIV).

Pero, si en el proceso histórico los fines del derecho —la seguridad y la justicia social— se ofrecen como fuerzas antagónicas en constante oposición, la noción del orden jurídico tiene que llegar a conciliarlos en una fórmula que muestre a la seguridad puesta al servicio de la justicia social. Todo orden jurídico supone el reconocimiento de los valores supremos y universales: el espíritu, como fundamento del orden moral; la unidad humana, como base del orden social, y asentándose en ellos los valores relativos de la cultura: las imágenes temporales, las representaciones del hombre y de la sociedad, el modo peculiar de concebirse el individuo y la colectividad. La seguridad debe servir para dar firmeza a un orden que permita alcanzar los fines de la justicia. Este problema es, entre los modernos, el que más exige una solución inmediata y firme; las fórmulas de las escuelas contemporáneas tratan de resolverlo. El hecho normativo en la concepción de Gurvitch, la institución en la de Renard, a los que nos hemos referido más arriba, son una demostración suficiente de la verdad de nuestra afirmación.

6 — En el tratado del problema del derecho como fenó-

(3) "Annuaire" citado, pág. 60. Pueden consultarse: Levy, "La Societé et l'ordre juridique" 1911; "Contributi ad una teoria filosofica dell'ordine giuridico", 1914, y Dabin "La philosophie de l'ordre juridique positif", 1920.

meno de cultura, nos hemos propuesto la cuestión del derecho positivo; hemos partido del derecho efectivamente existente, dado por la experiencia; lo hemos descompuesto en los elementos que lo integran: un contenido ideal que es su sustancia concreta, un poder de imposición que lo hace necesario, y luego hemos trazado su proceso a través de su génesis y desenvolvimiento, para llegar al término de la exposición en el orden jurídico, en el que contemplamos de nuevo al derecho positivo integrado en su unidad, para plantearnos el problema de su fundamento último; hemos realizado una larga exploración recorriendo una dilatada extensión, cuya posesión hemos tomado; este proceso parece ser una prueba lógica indiscutible de que no hemos extraviado el camino, resumiendo en una síntesis que vuelve a ofrecer el objeto en su unidad, el mismo que al partir descompusimos por un análisis.

TEMAS COMPLEMENTARIOS
DEL
LIBRO PRIMERO

I — ESTADO Y DERECHO POSITIVO

El sistema del profesor Orlando

1 — La crisis del Estado y la afirmación de la autoridad. La Naturaleza del Estado. 2 — Solución realista. 3 — Elementos naturales: territorio y población. 4 — Elemento moral: poder de dominio. 5 — Solución ficcionista. 6 — Solución del realismo jurídico. 7 — Fundamento lógico. 8 — Fundamento filosófico. 9 — Naturaleza jurídica. Relación entre derecho y Estado. 10 — Solución estadual. 11 — Solución conceptual. Reconstrucción jurídica. 12 — Del derecho positivo. 13 — Del Estado. Derecho y Estado. 14 — Elementos comunes. Apreciación y crítica. 15 — Nuestro propósito. 16 — Antecedentes del sistema. — 17 Plan de política. 18 — Apreciación final.

1 — Un eminente jurista italiano, el profesor Víctor Manuel Orlando, acaba de exponer, en un ciclo de sugestivas conferencias, una concepción propia sobre el Estado y el derecho (1). Entre las preocupaciones sociales y políticas de nuestro tiempo, ninguna hay que merezca una atención más seria que el problema relativo a los fundamentos del Estado, a su naturaleza y a su esencia. La ideología política sobre la que se asentaba nuestro Estado liberal, sufre una quiebra irremediable; las constituciones que representaban un programa político han sido superadas, a tal punto, que el culto de las constituciones escritas, la idolatría de los derechos y garantías, no tiene ya adeptos entre los hombres de las nuevas generaciones; la democracia es, para muchos, una quimera, un simple medio instrumental sin sentido profundo e íntimo, los partidos políticos se debaten en plena disolución, entre transacciones y acuerdos, sin otra finalidad que la de alcanzar y asegurar el poder, sin otro programa que el de algunas vagas nociones de moral. Los fundamentos jurídicos del Estado: la concepción de una personalidad moral y de una soberanía, que explicaban su esencia, batallan impotentes, reducidas por la crítica a simples construcciones técnicas, insostenibles ante el giro de los hechos e ineficaces, cuando no inútiles, para explicar sus instituciones. Hasta el propio equilibrio de los poderes, que servía de solución maravillosa para librar de toda tiranía a la comunidad,

---

(1) Aludimos a las conferencias pronunciadas por el profesor Orlando en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en los meses de agosto y setiembre de 1924, y en la ciudad de Rosario a fines de setiembre del mismo año.

se ha revelado como un mito, a cuya sombra han nacido la tiranía de los ejecutivos en los regímenes federales y la tiranía demagógica parlamentaria en los unitarios... Y en medio de esta disolución de las bases jurídicas, políticas e institucionales del Estado, una vida intensa, internacional e interna, impone a los pueblos un gobierno fuerte, tanto más fuerte cuanto que la autoridad no tiene otro fundamento que su propia fuerza.

Los regímenes orgánicos de la mayoría de los pueblos cultos van siendo así, sin violencias, placenteramente, reemplazados por regímenes anómalos que disimulan, invocando la razón de Estado, argumento de tiranos, el imperio brutal de la fuerza en que se asientan y, a la vez, en pocas ocasiones se ha sentido con más imperio la voz de una conciencia colectiva, íntima y secreta, que impone ineludiblemente el establecimiento de una autoridad que mantenga la unidad, asegure el orden público y salve la personalidad imperecedera de la nación.

Por una parte se advierte una sensación de personalidad colectiva, un cierto anhelo patriótico que afirma la unidad y crea vínculos sagrados y, por la otra, un desencanto, una desilusión que ha debilitado todos los dogmas que alimentaban nuestra fe democrática. Se hace indispensable, si no queremos aprestarnos para servir de pasto a las ambiciones de hombres audaces y resueltos, que meditemos profundamente sobre el Estado, su esencia, su organización; que se nos inspire un modo de acción, un programa consciente de política.

2 — Las exposiciones del profesor Orlando han tenido por término la fundamentación, en cierto sentido original, de una concepción unitaria del Estado, que necesariamente debe conducir a un programa de política que serviría como de una contrastación pragmática de la verdad de su sistema, pero que acaso, por razones de oportunidad, no le ha sido dado desarrollar al eminente profesor italiano.

La existencia del Estado, como entidad jurídica sería absurdo negarla, no sólo porque la lógica del derecho impone su existencia, sino porque sin ella no resultaría posible la constitución de la ciencia jurídica, ni podrían explicarse cumplidamente los hechos jurídicos de la vida política.

Esta afirmación no puede ofrecer dificultades, pero algo distinto ocurre si se pretende fijar la naturaleza y esencia del Estado,

precisar las fuerzas que lo imponen y que determinan su evolución.

La teoría de la personalidad jurídica y los problemas del derecho subjetivo a que se vincula el de la esencia del Estado, son de los más controvertidos en la ciencia jurídica.

El Estado es un ente de derecho, ¿será por eso una realidad? Bastaría que nos refiriéramos a los principios generales de la metodología jurídica para con ello dar satisfactoria respuesta a este interrogante.

La realidad del Estado no puede discutirse; los que como Duguit llegan, en nombre del realismo, a negarlo o a presentarlo deformado, dejan sin explicación numerosos hechos. La nación, como base social del Estado, se ofrece al sentido común universal, desde la más simple observación, como algo peculiar que no cabe en el conjunto de los servicios públicos, como una realidad que vive tan intensamente en nosotros que en su nombre estamos dispuestos a correr hasta el peligro de nuestras vidas; será vano empeño que se nos diga que todo se resume en una simple cooperación de servicios, en un conjunto de reglas objetivas de derecho; esto no sólo es desmoralizador y anárquico, sino también absolutamente falso. Podemos, pues, partir de la premisa de que el Estado existe realmente, pero ¿esto importa afirmar que se trata de una realidad constatable por los sentidos?

3 — El Estado se manifiesta hacia el exterior por tres elementos esenciales, en los que tomamos la tendencia de ver su cuerpo material; ellos son: el territorio, la población y el poder de dominio. ¿Constituyen estos, verdaderamente, los elementos reales del Estado?

a). El territorio, como espacio geográfico en el que se encierra la posibilidad jurídica del ejercicio del derecho de imperio por parte de la autoridad, es suficiente para explicar el hecho histórico y social de un Estado. Es evidente que sin territorio no sería posible la integración de todos los elementos que forman la organización política, es decir, que es una condición vital de su existencia; pero no podría afirmarse que el Estado consista exclusivamente en el territorio.

Históricamente, el territorio es un factor de fusión de los pueblos que ha ayudado poderosamente a la formación de las nacionalidades, pero, a la vez, no siempre ha sido reconocido como elemento constitutivo indispensable de la unidad estadual.

Los romanos veían en la colectividad y en sus intereses (re publica), y no en el espacio territorial, el elemento característico de la unidad colectiva.

En el campo jurídico hace muy poco tiempo que se ha comenzado a reconocer una tan amplia influencia al territorio; puede decirse que esta opinión data de 1867, a partir de la publicación de la monografía de Fricker "Von Staatsgebiet" (Del territorio del Estado) y que modernamente ha sido llevada hasta los últimos extremos por el agudo y docto jurista italiano Santi Romano. Pero se impone repetir con Donati, que es posible la organización política en los pueblos nómades, es decir, Estados sin territorio determinado, como es igualmente posible, el condominio de dos estados sobre un mismo territorio, y finalmente territorios como los de nuestras gobernaciones nacionales, que son simples pertenencias del Estado, objetos de derecho.

b) El pueblo ha asumido en estos últimos tiempos en la vida del Estado un rol tan alto, que nos sentimos empujados a considerarlo como el Estado mismo; se dice que el pueblo es soberano, atribuyéndole una calidad que es esencial en el Estado. Este equívoco se vincula estrechamente a un punto de vista político moderno. El régimen de las corporaciones jugaba un papel importantísimo en el derecho político romano y medioeval, y frente a ellas el pueblo, la multitud de las gentes convivientes, nada representaban. En tiempos de las revolución francesa, en la apoteosis del principio de la soberanía popular, nunca llegó a entenderse por ella otra cosa, sino que a todos los hombres correspondían los derechos de la personalidad, sin los cuales la existencia del Estado no es posible; pero jurídicamente la soberanía no reposa en la mayoría de los individuos, ni en la suma de las voluntades que forman "la voluntad general": el Estado es una personificación total de la Nación. En esto se encuentra la irremediable contradicción de cierto principio democrático, que no permite distinguir entre lo que es objetivamente bueno y lo que no vale sino como expresión de las tendencias subjetivas de algunos o de muchos (Stammler). Se comprende que la democracia pueda darnos un medio instrumental para soluciones prácticas, pero no puede servir para revelarnos en el pueblo el elemento esencial del Estado. Un plebiscito, medio el más auténtico de expresión de la voluntad popular, es jurídicamente inaceptable para solucionar los graves problemas relativos a las segregacio-

nes, incorporaciones o creaciones de nuevos Estados, porque se advierte que la unidad territorial, étnica, etc., que hace la base nacional, no debe quedar a merced de una mayoría. La necesaria conclusión es que la soberanía popular puede tener y tiene un valor derivado, pero no un valor originario. Puede ser la base política de un ordenamiento institucional, no ya la base jurídica de la noción de Estado. El pueblo debe ser considerado como un elemento constitutivo del Estado, pero por sí mismo no puede ser confundido con él.

4 — El tercer elemento con que el Estado se manifiesta hacia el exterior, es el de una organización coactiva, de un poder de dominio. Este poder, en la mente de los juristas aparece con los caracteres de la soberanía y, así, se define el Estado como una persona moral soberana. Gerber en su "Grundzuge" definía la soberanía como una potestad de querer en un organismo moral, concebido como persona; concepto que ha influído poderosamente en todos los juristas posteriores. De modo que esta noción de soberanía impone la de un soberano concebido como persona. Esta concepción ha cumplido, sin disputa, un alto rol histórico, ha contribuído poderosamente a la liberación de la ciencia jurídica de opiniones como las que atribuían la soberanía a Dios, al Príncipe, a la razón; pero no representa sino una etapa en el proceso de la disolución de una concepción irreal.

La concepción de la personalidad moral del Estado no es más que una proyección, sobre el derecho público, de principios del derecho privado. La creencia de que detrás de todo sujeto de derecho hay un ente con las calidades y atributos de las personas, y no una simple voluntad que persigue un interés legítimo, ha creado la exigencia de la persona y la afirmación de que el conjunto de los derechos y obligaciones de un sujeto constituyen un patrimonio, y que éste debe ser uno e indivisible, llevándonos a la conclusión de que si el Estado es un sujeto que posee un patrimonio, detrás de él hay, necesariamente, una persona moral. No es la oportunidad de intentar una demostración de la falta de toda base real a semejantes conclusiones; los sujetos de derecho no tienen ya nada de común con la individualidad, ni el patrimonio se considera de otro modo que como un conjunto de derechos y obligaciones, que reciben cierta unidad por la circunstancia de pertenecer a un mismo sujeto, y no por una influencia metafísica,

sino por una necesidad económica que impone asegurar las relaciones sociales (2).

La calidad de soberano no es menos efímera; una persona moral suprema, es decir, que no dependa de poder alguno, y autónoma, capaz de concebir fines y de ponerlos en acción, no existe en las relaciones jurídicas. Las dificultades que la doctrina ha encontrado en el desarrollo lógico de esta concepción, la muestran absurda e irreal. Si el Estado es una individualidad soberana que otorga el derecho ¿cómo puede explicarse que el derecho impere también sobre él? Los alemanes han contestado a esta insalvable objeción con su ingeniosa doctrina de la autolimitación del Estado, argumento incomprensible, desde que si el Estado mismo se autolimita, es una voluntad que se limita a sí misma y que, en consecuencia, tiene en sí el poder de romper toda restricción (3). La vida política moderna tiende a desacreditar cada vez más la concepción de la personalidad soberana; el estado sindical, la federación, los pactos internacionales que someten a los Estados a leyes y tribunales extraños, parecen no avenirse con la teoría de la soberanía absoluta.

Sin embargo no es posible prescindir de un modo sustancial del ejercicio efectivo de la fuerza de mando y de la coerción que la acompaña; puede y debe no hablarse de una soberanía, pero indefectiblemente se impone reflexionar sobre este poder sin el que el derecho sería ilusorio y el Estado inconcebible. Es forzoso aceptar la distinción que se encuentra en los autores alemanes entre soberanía (**Souveranitaet**) y poder del Estado (**Staatsgewalt**): la primera representa el carácter formal, a la circunstancia de que el Estado no depende de ningún otro poder, externo o interno, mientras que el segundo alude a la calidad esencial del ejercicio efectivo de la fuerza de mando con la coerción que la acompaña.

El Estado juega el rol de una personalidad jurídica, de un sujeto de derecho; como tal, ¿es realidad?

La personalidad jurídica pudo, en cierta etapa de su desenvolvimiento, presentarse a semejanza de las individualidades humanas y como una imagen suya, y hasta llegar a fundirse con ella; pero la esencia de la personalidad jurídica la muestra con

---

(2) Demogue, "Les principes fondamentales du droit privé", París, 1911 (Pág. 402); Bonnard, "La conception juridique" (Pág. 26).
(3) Miceli, "Principii di Filosofia del Diritto" (Pág. 462).

caracteres muy distintos a los de la simple individualidad natural de la persona humana. La personalidad jurídica no es una calidad que proceda de la naturaleza, sino el resultado de un proceso social; es una verdadera conquista, no un simple reconocimiento. Los extranjeros, los esclavos, las mujeres han ido poco a poco y lentamente adquiriendo una cierta conciencia de personalidad que las leyes han debido reconocer después. El advenimiento del Estado a la personalidad de derecho es hijo de un proceso semejante, ajeno a las leyes de la naturaleza, operado en la mente de los hombres; luego el Estado, como persona jurídica no es una realidad empírica sino resultado de un proceso humano.

No puede decirse, ciertamente, que este poder de dominio sea el Estado mismo; pero así como no se lo podría concebir sin un espacio territorial que le preste un elemento material y sin una población, su elemento vivo indispensable — y sin embargo el Estado no es ni el territorio, ni la población, ni las dos cosas al mismo tiempo — así también el poder de dominio, por sí no es el Estado. Y para concluir lógicamente es preciso afirmar que el Estado está fuera de la realidad empírica que nos circunda; que entre lo dado no hay un solo elemento que baste para explicar su esencia jurídica.

5 — La segunda solución posible al tratar de la naturaleza del Estado, nos empujaría a considerarlo como una ficción. Si se ha de mirar a la ficción como algo opuesto a la realidad, que se alza precisamente en abierto contraste con ella, no es dudoso que el Estado no es ficción, porque si bien no podemos creer que la reunión de los hombres constituya un ser nuevo, un tipo de organismo natural, no puede negarse, sin embargo, que en el Estado hay algo más que esa simple reunión. El Estado es un sujeto del derecho, pero advirtamos que estos no se fundan jurídicamente en la realidad del individuo humano; para el derecho no es menos real la voluntad del incapaz, expresada por intermedio de su representante, la de la persona jurídica, que la de la persona física, ni la carencia de voluntad del esclavo. Bajo este aspecto, realidad y ficción tienen para el derecho un sentido peculiar, a tal punto, que resulta inadecuado encerrar la solución de este problema en la alternativa de realidad o de ficción, lo que importa colocarlo en un campo ajeno a la vida jurídica. La ficción, en

el derecho, no contradice la realidad, somete una realidad social a una exigencia del espíritu, a un concepto, en mira de una reglamentación de derecho (Geny). Cuando se dice, por ejemplo, que el sucesor continúa la persona jurídica del autor, no se pronuncia nada conforme ni contra la realidad, no se contra - hace nada, porque no se afirman de las personas calidades que no tienen, sino que se pone una consecuencia necesaria de un concepto sobre la personalidad jurídica, sometiendo los derechos a una reglamentación.

Se advierte claramente cuán impertinente es la discusión, en el campo del realismo, entre los que miran al Estado como realidad o como ficción, de modo que, a su respecto, la única actitud que cuadra es la indiferencia ante una estéril controversia.

Si los elementos reales que constituyen el Estado no bastan, ni individualmente, ni en su conjunto, para dar una noción de su esencia y naturaleza, ¿en qué campo iremos a buscarla?

6 — El Estado, como todas las creaciones de derecho, no es sino una abstracción, una institución, que se forma para satisfacer necesidades lógicas, espirituales. A la multiplicidad compuesta por el territorio, la población y el poder de dominio, las exigencias del espíritu imponen darle una forma unitaria, sintética, que las necesidades prácticas vuelven ineludibles. "Debemos sostener como definitivamente adquirido, dice Orlando, el concepto que hace entrar al Estado en la categoría lógica de una entidad sintética, a la cual nuestra abstracción nos conduce necesariamente".

El Estado, al igual que las demás creaciones del derecho, es una simple construcción lógica, levantada de conformidad a los datos de la realidad y cediendo a las exigencias prácticas de la ciencia. El Estado es un sujeto de derecho, y todo sujeto, así físico como moral, no es el producto de una exigencia de la naturaleza sino una concepción humana que corresponde a un estado de conciencia colectiva. Una multitud de funciones de derecho, públicas y privadas, exigen en la vida moderna la unidad de acción de un ente colectivo, y a esa necesidad corresponde la creación del Estado como entidad de derecho. Las personas físicas son, para el derecho, igualmente abstracciones, porque jamás se ha atenido a la individualidad real de éstas exclusivamente, negando a veces toda capacidad a ciertas personas o acordándola a otras por ex-

tensión. Bajo este aspecto, bien puede decirse que el Estado es creación técnica, es una institución, una organización jurídica que no puede aspirar a la universalidad.

7 — El derecho pertenece al número de las ciencias abstractas y, en consecuencia, las nociones que ofrece no son una traducción de la *realidad*, tomada esta expresión en el sentido que suele darle el empirismo. El derecho está constituído por normas y por relaciones que reglan la vida entre los hombres y las colectividades. Una observación atenta revela que ni las normas ni las relaciones jurídicas tienen una existencia de hecho para el jurista, porque su verdadera realidad no está contenida ni en los textos de las leyes ni en las normas que toman los actos de la vida jurídica, sino en las fuerzas que las determinan y en el edificio de ideas y de conceptos que las traducen; en una palabra, el derecho no está constituído por elementos materiales sino por conceptos y abstracciones.

Las abstracciones son de un inmenso significado en el campo del derecho. Los principios y las reglas jurídicas son abstracciones, representaciones intelectuales en las que los juristas, tomando elementos de la realidad, según valores y apreciaciones sociales, los forjan y encadenan en un sistema lógico, que luego, por vía deductiva, sirviéndose de ellos como premisas, los extienden para formar las construcciones técnicas y para abrazar, en los casos prácticos, la multiplicidad de la vida. De aquí resulta tan considerable y decisiva la obra personal del jurista. La sustancia de la norma se elabora lentamente en las colectividades por un proceso social, pero queda en un estado difuso e indeterminado y en constante cambio y movimiento, hasta tanto que el jurista formula los principios que encierra aquella sustancia y los coordina en su sistema. El derecho francés es inseparable del pensamiento y de la obra de Pothier; el argentino de la construcción jurídica de Vélez Sársfield, y hasta en nuestros días toda construcción técnica que haya sabido fijar los anhelos sociales de un instante, se vincula a la obra personal de algún jurista eminente: Windscheid, Kohler, Duguit, Capitant, por ejemplo. Para que el derecho cumpla su misión, es preciso que quede fijado en un precepto claro, que en ningún caso es la traducción de una situación real sino una interpretación, una apreciación de la vida social.

Fijar el rol de abstracción no importa, ciertamente, legitimar, en el derecho, todas las abstracciones; por el contrario, sería preciso advertir del peligro que representan las construcciones hueras y fijar reglas severas para contrastar su validez. El jurista debe juzgar cuál es el concepto que mejor se adapta a los datos ofrecidos por la realidad, a las exigencias prácticas de la ciencia y a las necesidades lógicas de la construcción que se intenta.

No ha de negarse que frente a esta solución coloca el realismo, que abomina de abstracciones, la solución contraria, y bajo la apariencia de una lucha contra la fortaleza de abstracciones insustanciales de los juristas clásicos, ha llegado, una vez más, a la negación del derecho y a su total destrucción. La obra de Duguit es una excelente prueba de lo que afirmamos. Su gran cruzada contra la metafísica del derecho resulta, en definitiva, un intento de demolición de todo derecho; su afán por encontrar un fenómeno natural, simple, que sirva de fundamento a "la regla de derecho", lo hace sacar al derecho de su propio campo, buscando en la naturaleza, en la realidad, una regla de conducta social, que crea un deber, como si ignorara que la naturaleza es indiferente a la moralidad, y se extravía al prescindir de la única fuente cierta de la norma: la conciencia de los hombres. Así reducido el derecho a la constatación de un fenómeno natural: la solidaridad, y a una única expresión jurídica: la regla de derecho, fundamento del derecho objetivo, queda todo él reducido a una regla de solidaridad, sin más inspiración ni límite que el que le ofrece ese fenómeno natural; concreta todo el derecho privado a funciones sociales y el público a servicios públicos; negando todo derecho subjetivo, toda noción de personalidad jurídica, lo que importa privar al derecho de sustancia, de sentido real, arrojando a los hombres indefensos entre las fauces inmensas, insaciables de las necesidades colectivas, sin límites, sin criterio fijo, que lo mismo puede servir para salvar a la comunidad como para precipitarla en manos de la tiranía. Por eso ha podido muy bien Esmein calificar esta doctrina como de una quimera anárquica y Hauriou como un anarquismo doctrinal, y hasta servir de fundamento a la reciente tiránica legislación bolchevique.

En esta oscilación, que nos lleva desde el edificio de abstracciones metafísicas de los juristas clásicos a esta forma realista de la negación del derecho, es preciso buscar un sitio de equilibrio,

en que la realidad y las abstracciones puedan ser abrazadas en una misma síntesis.

Estos principios metodológicos encontrarían su inmediata confirmación si se reflexiona un instante sobre cuál es el sentido de realidad contenida en el Estado.

No es oportuno aquí intentar la demostración de cómo por un mecanismo psico-social se eleva el edificio técnico del derecho; insistamos, sin embargo, en que con esto no queremos hacer del derecho una simple disciplina filosófica e irreal. La idea por sí misma no es creadora, como dice Stammler, no nos proporciona ninguna materia. La materia es nuestra vida y actividad social, nos está dada por natural modo. Mas, tal como naturalmente se origina ha de ser determinada en unidad y elaborada por aplicación de métodos científicos.

La creación técnica de la personalidad jurídica del Estado se debe: a una razón histórica y social que hace necesario el ejercicio de ciertas funciones sociales que los individuos por sí solos no pueden desempeñar; a razones de lógica fundamental, que impelen a los hombres a buscar una unidad que imponga orden y armonía en la multiplicidad, (a la trinidad: territorio, población, poder de dominio; una exigencia espiritual reemplazada por una unidad: Estado); a razones de lógica formal, que nos encaminan a elevar una construcción jurídica total, refiriendo a una de las categorías esenciales del derecho todas las funciones de una misma naturaleza.

8 — No ha de olvidarse que el derecho no es tan sólo técnica y abstracción; cada construcción jurídica cuenta con un elemento natural, profundo, que es como raíz firme que la alimenta; y refiriéndonos al Estado, esa base natural la encontramos en la ley fundamental que impone la convivencia humana, de cuyo fondo trasciende una fuerza de organización que es el fundamento de toda potestad y la condición ineludible de la existencia de la vida social.

No es preciso librarse a largas disquisiciones para dejar demostrada la realidad de esta fuerza y su rol primordial. La historia de la humanidad, tanto como la directa observación experimental, enseñan que el hombre no puede vivir de otro modo que en sociedad, y que la existencia del grupo social presupone inevitablemente una regla obligatoria como condición de la vida en

común, regla cuya observancia se asegura mediante una correspondiente organización política; este principio, agrega el profesor Orlando, pertenece al orden de las verdades intuitivas, de las cuales todos podemos darnos cuenta sin relacionarlas con ningún tecnicismo específico. Se advierte una vez más en el derecho, que la sociedad resulta, en su investigación, un antecedente original y primitivo y un término que no nos es dado ultrapasar.

Estas afirmaciones plantean un nuevo problema. ¿Cuál es la naturaleza de estas fuerzas que organizan a los hombres, que les crean vínculos obligatorios y que imponen la autoridad de los unos y la obediencia de los otros? Tres contestaciones esenciales suelen darse al interrogante planteado. Esas fuerzas, o son simplemente naturales y explican la sociedad como un mecanismo, o son biológicas y hacen de ella un organismo, o son intelectuales y la convierten en un acto de voluntad, en un contrato. Es cierto que en los tiempos primitivos o en los períodos de disolución social juegan las fuerzas, así mecánicas como biológicas, un alto rol y que, a la inversa, en los períodos evolutivos, la acción humana se vuelve muy extensa; pero en ningún caso las fuerzas de la convivencia política se ofrecen como mecánicas, biológicas o intelectuales exclusivamente. Si recurrimos a la historia del pensamiento humano, encontramos en el genio griego la traducción de estas tres actitudes: la mecánica, en el famoso diálogo platónico Gorgías; la orgánica, en el animal político de Aristóteles; la intelectual, en la teoría contractual de los epicúreos; y, desde entonces, podemos seguir el desenvolvimiento y el alternativo predominio, en el campo de las ideas, de cada una de ellas. La historia de las instituciones jurídicas nos aportaría una enseñanza semejante; el desenvolvimiento incomparable del derecho en Roma podría servirnos de modelo; allí advertiríamos cómo la fuerza material, brutal, el rapto, el fratricidio están llenando sus orígenes; más tarde el orden se asienta en el acuerdo contractual de sus tribus, y finalmente toma un aspecto de organismo, como lo revela el famoso apólogo de Menenio Agripa; y si se quisiera asistir a este mismo proceso dentro de las instituciones privadas, veríamos la autoridad del padre, dentro de la familia, extenderse a las gentes como reunión de familias y a la tribu como asociación de gentes y al Estado, en fin.

Parece de todo punto evidente que la ley de la convivencia política exige abrazar en una sola generalización las fuerzas

mecánicas, orgánicas e intelectuales. El poder, esencia del régimen social, aparece en los tiempos primitivos como una autoridad de hecho, asentado principalmente en la fuerza, la guerra y la conquista, fenómenos universales y permanentes que nos explican su aparición; mas, poco a poco, se va perfilando un poder de derecho, que se asienta sobre las constantes transacciones de las clases sociales y sobre la obra de la voluntad que se mueve según los impulsos de la conciencia. No se crea que pretendemos explicar esta formación, como en etapas sucesivas; la fuerza y la necesidad van siempre mezcladas con elementos voluntarios, aunque en diferente proporción, y retornan cada uno a tomar un influjo preponderante a lo largo de todos los procesos. Lo único cierto es que necesitamos hacer que en la fórmula sobre la esencia de la convivencia política entren los tres elementos, no en las transacciones de un eclecticismo infecundo, como en el de Fouillée que los liga mutilándolos, sino en la fusión de una fórmula única. El profesor Orlando no ha llegado a este término indispensable; acaso no será aún posible alcanzarlo, a lo menos si se pretende darle un contenido inmutable; lo real es que la organización política aparece en toda reunión permanente de hombres y que ésta se mantiene merced a una fuerza interna de organización, a un poder de dominio, que procede de la vida social humana, pero cuyo análisis no es posible ahondar; la sociedad resulta así un postulado indispensable. un **"prius"** y un término que no podemos traspasar en nuestras investigaciones; no es preciso buscar, como Claudio Bernard, una "idea directriz", o cómo el biólogo Driesch una "entelequia", que presida la formación de todos los seres vivientes, porque con ello conseguiríamos tan sólo revivir sustancias o entes medioevales. Lo real en el Estado, insistimos finalmente, no ha de encontrarse en otra parte sino en esa fuerza interna de organización, que impone inevitablemente una regla obligatoria, como condición de la vida en común, regla cuya observancia se asegura mediante una concordante organización política.

9 — Hemos intentado demostrar que el Estado es una organización, una institución, una creación técnica, una unidad sintética que se asienta sobre la realidad inconmovible de esa fuerza de organización y cohesión que surge del fondo de la vida social; nos resta preguntar cuál es su verdadera naturaleza jurí-

dica. No caben aquí sino tres posibilidades, que corresponden a las tres cotegorías fundamentales del derecho: sujeto, objeto, relación jurídica. Cualquiera de estas tres posibilidades ha encontrado sostenedores.

Para Seydel el Estado es un objeto de derecho. Esta concepción destruiría la unidad sintética de los elementos esenciales del Estado. Los sostenedores del Estado objeto de derecho tienen que separar los tres elementos y subordinar uno de ellos al otro; o es la población o el territorio el objeto del derecho, y el sujeto alguno de los otros elementos. Orlando observa, además, que en tesis general, no puede existir objeto de derecho sin sujeto, es decir, sin un titular que tenga la posibilidad de disponer de él. Este titular puede concebirse fuera del pueblo o confundido con el pueblo mismo; si se concibe el pueblo como objeto, se transforma en una multitud de esclavos, y la posibilidad jurídica de la existencia del Estado desaparece; si está fuera del pueblo, éste, organizado, sería el titular del poder de dominio y, en tal caso, estaría contenido en él el concepto de la personalidad jurídica, con lo que llegaríamos, por vía indirecta, a una construcción impropia y poco feliz de la concepción del Estado sujeto.

Bierling, Loening, Bartolomei han sostenido, por el contrario, que el Estado es una simple relación de derecho. En cuanto el Estado se manifiesta en las relaciones internacionales en una situación de igualdad entre las partes contratantes, puede con justicia considerarse al Estado como el conjunto de las relaciones jurídicas; pero, cuando se trata de considerar el asunto desde el punto de vista del derecho público interno, lo que importa una organización con subordinación, la relación se establece entre las partes y el todo, entre el individuo y la colectividad. Aunque se llegase a fraccionar todo el derecho público reduciéndolo a una serie indefinida de relaciones particulares, quedaría siempre la cuestión de la relación general, de la cual todas las otras dependen y de la que no se podría prescindir sin ponerse contra la naturaleza misma de aquellas relaciones. Y entonces se verá que hay un sujeto hacia el cual se dirige el mandato y otro que lo imparte, no en nombre propio sino de una autoridad de la que, precisamente, se trata de descubrir quién es el titular, y entonces se ve que la doctrina de la relación jurídica no resuelve la cuestión.

Se demuestra así por vía negativa, ya que no queda sino la tercera posibilidad, que el Estado es, jurídicamente, un sujeto del

derecho, demostración que se fortifica considerando que prácticamente no hay otro medio de tratar de un modo científico las cuestiones del Estado, sino considerándolo como sujeto.

10 — La concepción que acabamos de resumir tiene un trascendental significado, cuando se trata de resolver el ineludible problema de las relaciones entre el derecho positivo y el Estado, de su origen y esencia, que abrazan, en su totalidad, los conceptos fundamentales del derecho público y privado.

El derecho, en su sentido objetivo, y para la posición realista moderna, es el conjunto de normas que emanan de una voluntad superior, que posee al mismo tiempo la capacidad y los medios de asegurar coercitivamente el cumplimiento de esas normas. El titular de aquella voluntad y de aquella fuerza es el Estado, el cual tiene el monopolio del poderío jurídico y cumple su misión a través de tres momentos: declaración de la norma (legislación), aplicación en los casos particulares (jurisdicción), medios materiales para compeler a los renitentes (ejecución). De donde se desprende que en el Estado quedaba resumido todo el derecho; como esencia, contenida en su soberanía, y como vida, en los tres actos de la manifestación de su poder.

Esta posición conducía necesariamente, en primer término, a privar al derecho público de todo fundamento, empujándolo a una crisis, tan honda, que en los episodios provocados por la gran guerra parecía en pleno proceso de disolución.

Si en el terreno del derecho internacional no hay poder que dicte la norma, ni juez con jurisdicción que la aplique y, sobre todo, si falta la fuerza coactiva que imponga la sentencia, ha debido concluirse, lógicamente, que el derecho internacional no existe. La conclusión es fatalmente irremediable; en vano autores como Jellinek o Triepel han procurado encontrar dentro del sistema alguna solución. Jellinek, rendido ante la realidad de la existencia del derecho internacional, ha debido concluir que se trata de un derecho anárquico, expresión contradictoria, ya que anarquía quiere decir supresión de normas, voluntad rebelde que no acata sino las reglas convencionales; anulación del derecho, aunque en este caso debamos tomarla en el sentido de un derecho que careciendo de la coacción indispensable, existe, sin embargo, por una necesidad de la que no se puede prescindir; deficiente explicación que nos coloca en la alternativa de rechazarla para ser

consecuentes con la doctrina del derecho estadual, o aceptarla y dedicarnos a buscar otro fundamento al derecho positivo.

Hasta en el campo del derecho privado la insuficiencia de esta doctrina objetiva está manifiesta; el problema de lo que se ha llamado las lagunas del derecho, bastaría para patentizarla, porque ninguna solución, por ingeniosa que sea, cae dentro de esta doctrina. Cuando no existe norma de derecho, ni el juez puede dictar su sentencia ni la autoridad prestar su fuerza para compeler al renitente.

La doctrina del derecho estadual no puede soportar la prueba pragmática; frente a la realidad de la vida se muestra incapaz de explicarla coordinada y armónicamente; su error capital está contenido en sus premisas fundamentales, y tiene su origen en la vista parcial que contempla del fenómeno del derecho y del Estado. No es difícil demostrar, históricamente, que no es exacto que la vida del derecho exija y presuponga la regla de derecho, y que tampoco sea verdad que la regla de derecho no pueda ser establecida sino por el Estado. Las afirmaciones contrarias se asientan en una deducción fundada en la actual organización estadual. Es exacto que en la organización política moderna el Estado trata de imponer su derecho sobre el de las otras organizaciones no estaduales; pero esta circunstancia no importa la anulación de ellas, ni otra cosa que una simple aspiración que, aun lograda, no autoriza a desconocer la existencia de esas otras organizaciones; y si fuera preciso citar un ejemplo bien significativo, bastaría recordar el caso del Derecho Canónico, que tiene un sujeto general, órganos de voluntad y jerarquías, normas codificadas, sanción, disciplina, jurisdicción. Y si en la actual organización nos es fácil descubrir normas de derecho que escapan a la pretendida "regulación absoluta" del Estado, cuánto más fácil no nos sería descubrir en la historia un derecho anterior a todo Estado. Antes que la norma jurídica, antes aun que la costumbre, encontramos, como primera organización, el sistema de la justicia sentimental del juez, del patriarca, del pretor, que resolvían los casos ocurrentes sin sujeción a normas consagradas. La necesidad imperiosa y primordial para la existencia de la vida social se encierra en esa fuerza de organización que impone un sometimiento al prestigio, al saber, real o supuesto, y de esta necesidad social primordial nace el sometimiento consciente o no. Lo primero, según enseña la historia de las sociedades, es la fuerza de organización y no la

norma de derecho. El juez primitivo administró justicia antes de que existiera la norma de derecho, contribuyendo a crearla con sus dictámenes; la costumbre, primera norma jurídica, existió antes de toda organización política, y, aun hoy, las organizaciones sociales crean y aplican normas de derecho que el Estado reconoce o incorpora a sus instituciones; luego, el Estado no es la única fuente de las reglas de derecho ni es preciso que exista la norma jurídica para que la vida del derecho se desenvuelva; es, pues, ineludible concluir afirmando que la doctrina estadual del derecho es una construcción deleznable, que no resiste al contraste de los hechos ni sirve para dar una noción coherente de la realidad.

11 — Orlando intenta la reconstrucción de la doctrina del derecho y del Estado, con un método positivo, partiendo de lo más general y simple para ascender a lo particular y complejo. Tanto el derecho como el Estado, llegando al último análisis, ofrecen, como dato más simple y general, esa fuerza de organización que trasciende como del fondo mismo de la vida; a tal extremo les es inmanente, que pensar en el derecho positivo y en el Estado es, al mismo tiempo, pensar en una coacción, en una imposición de normas que es su manifestación específica. El derecho viene como una expresión de esta fuerza de organización, no exclusiva ni única, ciertamente, y para asegurar su misión se crea un aparato formal que varía desde la simple acción personal, sin normas fijas, hasta la organización del Estado, forma la más perfecta; pero que en ningún caso puede identificarse con ella, porque ni ha existido siempre, y porque muy bien podría el derecho pasarse sin él. Esa fuerza de organización, unida a un aparato formal, que puede o no ser el del Estado actual, es lo que constituye el derecho en esencia. Mirado así el derecho, no puede decirse que sea producto de la vida social y declarado por el Estado, sino consustancial con esa vida, y elemento condicionante del Estado mismo.

No se habrá de exigir que se esclarezca aún más y se explique el origen y esencia de esa fuerza de organización. Hemos de repetir, de nuevo, que así como se nos escapa el sentido trascendental de la vida, y positivamente estamos obligados a detenernos en el conocimiento de la célula, su descripción, sus funciones y sus leyes, debemos ante la sociedad conformarnos con la consta-

tación de sus tendencias fundamentales, sin pretender entrar, en el círculo de lo incognoscible, a buscar la esencia más íntima.

12 — Con lo dicho, no resulta ya tarea insuperable la de reconstruir jurídicamente el Estado. Hemos dejado establecido que es un aparato formal con el que una colectividad de hombres procura asegurar la paz y el orden en la vida común. La paz del grupo puede ser turbada por rebelión de los mismos individuos convivientes o por agresión de otros grupos, y entonces se dará nacimiento a dos órdenes jurídicos: el derecho público interno y el público internacional. Igualmente, las relaciones de paz pueden ofrecer distinto carácter; unas veces las partes se mueven en un plano de perfecta igualdad; otras, alguna de las partes está obligada a obedecer; las primeras son relaciones simples, las segundas complejas; las primeras son de coordinación, las segundas de subordinación; las primeras corresponden al derecho privado, las segundas al derecho público.

La misma grave cuestión de la existencia del derecho internacional se simplifica y aclara. Si es inevitable la vida internacional, si contra la concepción medioeval ya no es posible pensar en la primacía de un Estado sobre otro, la **societas gentium** debe reconocer el supremo principio de la organización que le impone normas de convivencia.

El derecho internacional va repitiendo todas las etapas por que ha pasado el derecho; ahora nos encontramos en el período de la simple costumbre jurídica, y sujetos, por tanto, a todos los ataques de la violencia y de la barbarie, en las que la fuerza brutal juega un papel de primer orden, y así como en el derecho privado el delito es la transgresión a las normas establecidas, en el derecho público la guerra importa un alzamiento contra las costumbres jurídicas internacionales.

Una aplicación de este modo de ver hace el profesor Orlando a la reciente Liga de las Naciones, cuya ineficacia se puede anticipar, porque no existiendo jerarquías reconocidas, ni medios posibles de compulsión, la creación de un supremo tribunal de paz no puede pasar de un anhelo no madurado, que requiere primero una honda conciencia social, cristalizada en normas y en instituciones estables y fuertes.

Hemos de concluir repitiendo que la idea capital está contenida en el pensamiento según el cual cada colectividad humana,

asociada natural o voluntariamente, tiende a darse una ley regulatriz de la asociación misma, cuyo primer momento, en el que viene ya la idea del derecho, es de organización y de estructura, y aparece en él el elemento característico de la personalidad jurídica.

13 — La historia y la conciencia colectiva nos demuestran que en todo grupo humano se forma una solidaridad inmediata, por la cual la acción cumplida por un componente del grupo o contra él, compromete, activa o pasivamente, la responsabilidad del grupo entero. Desde un punto de vista estrictamente jurídico esta hipótesis contiene el germen de la idea de órgano de la colectividad, por cuanto a un miembro de ella se lo tiene como representante del todo; en tanto puede considerarse que esta forma de representación espontánea debió constituir uno de los factores de la evolución jurídica por la cual, según la manera cómo el grupo iba comprometiendo su responsabilidad, se ordenaba en forma de institución. Siempre en las formas más simples y primitivas, la elección del órgano de la representación colectiva fué determinada, según las diversas maneras del ser del pueblo, en el sentido del más fuerte, del más viejo, sin excluir la directa interrogación de algunos o de todos los hombres válidos, componentes del grupo, en lo que se encuentran los gérmenes primitivos de la monarquía, de la aristocracia y de la democracia. Cuando más progresa el pueblo y el derecho, más compleja se vuelve la organización, y se fija en reglas objetivas de derecho cuyo conjunto se llama constitución, palabra que alude al elemento primordial de la organización. A través de este proceso la personalidad jurídica de la colectividad aparece manifiesta en sus rasgos esenciales. Por medio de los hombres que funcionan como órganos de la colectividad, se prefija un fin consciente, manifiesta una voluntad, adopta medios idóneos, ejercita una potestad. Estos son precisamente los atributos de la personalidad jurídica, mostrándose así cómo nace, por un proceso natural y jurídico, ajena a los místicos actos de creación extra jurídica (Jellinek) o a las arbitrarias invenciones de los jurisconsultos (Duguit). La personalidad jurídica, tanto en las personas morales como en las personas físicas, representa una categoría irreductible del derecho, en cuya formación colaboran los instintos ingenuos que fueron puestos por la naturaleza, las fuerzas férreas de la evolución histórica, el esfuerzo asiduo, te-

naz, apasionado, de la voluntad y de la inteligencia humanas, pero esta categoría irreductible no encuentra en ninguna forma exterior su traducción inmutable; podremos solamente afirmar que habrá siempre sujetos del derecho, que los unos se moverán en el sentido de la universalidad, encarnando una representación de la generalidad, y otros en el sentido de la particularidad o, más bien, que habrá en los sujetos un momento de universalidad y otro de particularidad, sin que nos sea dado ver encarnado en ninguna forma inmutable, en ente o en ser alguno, la esencia de los dos momentos del sujeto. Hay en el Estado algo de inmanente y algo de transeunte; lo primero en el principio de organización que asegura la paz social, lo segundo se advierte en los caracteres del Estado de derecho, forma que ha alcanzado en la organización moderna. Los viejos textos decían, con verdad, que toda potestad viene de Dios, dando así un sentido eterno a la esencia del gobierno y de la autoridad, pero nada se ha dicho para vincular a la eternidad la expresión efímera de las simples concepciones técnicas.

14 — En el derecho como en el Estado es preciso distinguir un aspecto fundamental y eterno, que procede de la naturaleza inmutable de las relaciones sociales; un aspecto substancial, que mira a lo que es propio de cada comunidad, a las valorizaciones, a los modos de vivir que son los que cristalizan en instituciones particulares, y por fin las abstracciones, las fórmulas, o los sistemas, en que los hombres traducen o expresan la realidad esencial y sustancial del derecho. El Estado tiene del primero la fuerza de organización, la coacción que asegura el orden, el sentido profundo de personalidad jurídica en cuanto a la exigencia de una representación colectiva, elementos de que no se puede prescindir, que son inherentes a la organización social; tiene del segundo la propia concepción social del Estado, con su soberanía y su personalidad moral de sentido condicionado e histórico, y del tercero sus constituciones, edificio técnico en el que se contiene el programa social de cada época. O en otros términos, hay una filosofía, una sociología y una técnica que es preciso integrar, si se quiere abrazar, en una generalización válida, el complejo fenómeno jurídico. No sabemos si en la obra del profesor Orlando están completamente representados estos aspectos, pero no es dudoso que él enseña a distinguir claramente lo que es esencial, de lo sustancial y de lo simplemente político en el Estado.

15 — No nos hemos propuesto en las páginas que anteceden hacer una fiel síntesis del sistema jurídico desarrollado por el profesor Orlando; una tarea semejante hubiera tocado con la insalvable dificultad de la carencia de elementos absolutamente auténticos que hubieran sido precisos para emprenderla (4). Nos hemos puesto sobre el camino trazado por el sabio profesor italiano, y unas veces sirviéndonos de su propio pensamiento y hasta de su propia expresión, y otras apartándonos de ellos deliberadamente, hemos procurado contemplar sus mismas perspectivas, mostrar sus mismos horizontes, que, para ventura nuestra, coincidían en puntos fundamentales con los que desde hace algún tiempo nos esforzamos en presentar desde la cátedra (5). No nos interesa saber hoy, si somos discípulos fieles del maestro, continuadores de su obra u opositores que hayamos de vernos en necesaria contienda.

16 — La posición ideológica del jurista se vincula superficialmente a la dirección representada en Francia por M. Hauriou y en Italia por Santi Romano; pero de un modo profundo se liga a esos espíritus representativos de la ciencia política alemana, cuya línea ideal se inicia en Gerber y continúa, en prolongada sucesión, en las obras de Gierke, Jellinek, Stammler, Loening, Kelsen. El mismo profesor Orlando lo ha declarado así expresamente, para evitar la acusación de falsa originalidad o de plagiario. Se ha servido de material científico acumulado por aquellos escritores de cuyas conclusiones disiente (alude especialmente a la escuela realista de Duguit y a la gran escuela de los juristas alemanes), y positivamente declara que sus ideas tienen puntos de contacto más íntimos con las del francés Hauriou y las del italiano Santi Romano que han desarrollado: el primero, el concepto de institución corporativa; el segundo, el de ordenamiento jurídico, con esta diferencia: que mientras en aquél "el concepto se presenta más bien en forma de aplicación que en forma originaria, en éste, cuyo estudio está todavía incompleto, ocurre a la inversa".

Insistimos: la verdadera ascendencia intelectual de Orlando no está en Hauriou, porque la posición de éste, ajeno a los sistemas, queda bien lejos de las preocupaciones dogmáticas y sinté-

(4) Cuando redactábamos estas notas no había aparecido aún la versión de las conferencias de Orlando que contiene el libro "La personalidad del Estado" — Buenos Aires, 1925.

(5) Véase "Filosofía Jurídica" — Síntesis de nuestras lecciones — 2ª parte — Pág. 3 — Córdoba, 1924.

ticas del profesor italiano. Bien se ha dicho de Hauriou, que a semejanza de un poste receptor de telegrafía sin hilo, recibe todas las ondas que atraviesan la atmósfera intelectual y busca, en medio de sus contradicciones y cruzamientos, apretar más y más estrechamente el sentido de la vida, pero su esfuerzo está constantemente dificultado por nuevos aflujos que ponen en cuestión lo que podría parecer adquirido. Se ha podido también comparar su trabajo al de una fotografía compuesta, en la que el retrato definitivo no se alcanza a desprender de las imágenes incesantemente superpuestas. La obra de Romano, por mucho que represente un momento trascendental en el desarrollo del pensamiento jurídico italiano, no ha alcanzado a las líneas maestras de una construcción capaz de servir de punto de partida de una escuela. No encontraríamos de común entre ésta y el profesor italiano, sino una cierta inquietud moral que se afana, frente a la crisis de las ideas y de las instituciones políticas, por descubrir la raíz profunda, social y humana, de las instituciones y las exigencias políticas que miran a los fines de la comunidad.

17 — Todo sistema de derecho positivo conduce necesariamente a un programa de acción; el profesor Orlando no ha hablado a este respecto, privándonos de las decisivas enseñanzas que un hombre de su ciencia y experiencia hubiera podido aportar. Hay dos formas negativas de política: la de los románticos, que proclaman un plan enteramente ideal, la de los realistas, que hacen del éxito un fin en sí mismo y elevan la fuerza y la brutalidad por encima de la acción inteligente; y una sola forma positiva que trata de averiguar el sentido que los hombres dan a las cosas que son, y pretende, sobre la firme base que le ofrece la vida y sus valores supremos, concebir un estricto programa de política. El profesor Orlando, ni romántico, ni realista, sociólogo y jurista simplemente, hubiera intentado en circunstancia extraordinariamente propicia, una labor orientadora, de valorización, que sirviera para oponer a los avances de cierto simplicismo presuntuoso, que se ha dispuesto a elevar a dogma supremo de política, la imagen repugnante de la vida de los animales de presa.

18 — El pensamiento de Orlando toma una dirección sintética y crítica. Las escuelas de derecho se mueven entre estas dos alternativas: o atienden al aspecto formal y se preocupan exclusi-

vamente del aparato de abstracciones en que se traduce el derecho, divorciándolo de la cultura, de las fuerzas sociales, de toda la sustancia de la vida y le procuran una independencia ficticia, o se fijan en el aspecto sustancial, en la materia rica y varia de la vida y desdeñan altaneramente fijar en fórmulas directivas los fines constatables que persigue la comunidad. Estas formas que tienen sus prestigios y sugestiones, que nacen de las armonías de las construcciones ideales o del atractivo de vivir en contacto con las corrientes frescas de la vida, están fundadas en la ignorancia de lo que tiene de esencial el derecho. La obra de Orlando es un constante esfuerzo de síntesis en la que los elementos formales y sustanciales del derecho están siempre presentes. Es esta para mí su virtud esencial; su capacidad de generalización está asentada no en un esquematismo artificial, sino en una capacidad de visión total que abraza la esencia inmutable y la sustancia transeunte de la vida. Esto no significa que creamos que sea la suya una visión definitiva; nos referimos más al método que a los resultados.

Mucho podría decirse de un esfuerzo tan serio, tan constructivo, tan noblemente inspirado. En medio del torbellino del diletantismo político, que corre a improvisar cada día programas de acción en las redacciones de los periódicos o en las charlas de antesala, es alentador ver a un político de acción intensa, a un destacado jurista, escudriñar la raíz profunda de las cosas, descomponer, analizar. En las cosas humanas lo primero es saber; la acción es una señal de vida abundante y fecunda, pero, a la vez, el pensamiento es la forma más alta de la vida. Sócrates reprochaba a Glaucón porque pretendía justificar el estudio de la astronomía invocando la utilidad que presta al guerrero, al labrador, al piloto. ¡Qué bueno que sois!, le decía. Me parece que vos teméis que el vulgo os eche en cara que introducís ciencias inútiles en vuestro plan de educación. Mas, a la verdad, las ciencias de que nosotros hablamos, tienen una ventaja considerable y es la de purificar y reanimar el órgano del alma, destruído y ciego por las otras preocupaciones de la vida; órgano, no obstante, cuya conservación nos interesa diez mil veces más que los ojos de la cara, puesto que sólo por él se percibe la verdad (6).

(6) Platón: "La República". Traducción castellana, Tomás y García. T. II, Coloquio séptimo, pág. 126.

II — EL RETORNO DE MAQUIAVELO

La crisis de la democracia liberal (1)

Los problemas que plantea la vida política contemporánea no podrán ser resueltos con seguridad, en tanto que por una acción eficaz no lleguemos a borrar de las mentes todo lo que por atávico influjo conservan de sórdido y de inactual de las viejas ideologías. Resulta, entonces, que el capítulo previo e indispensable de la política de nuestros días no es el que contiene los fundamentos doctrinales de los regímenes imperantes, sino a la inversa, el que procure precipitar la demolición del edificio tambaleante y ruinoso, que mantenemos a fuerza de artificio y en el que nos acogemos con peligro y temeridad evidentes. No hay uno solo de los viejos principios políticos doctrinarios, que haya podido resistir en su integridad a la lógica implacable de la vida; sería, por tanto, afán pueril e insensato, querer vencer a la realidad o adormecernos con el canto de viejas letras que entusiasmaban a nuestros abuelos.

El sistema político (me refiero al de los hombres de nuestra misma cultura) se asienta aún en la concepción de la democracia liberal, que se encarnaba prácticamente en la contienda de los partidos y que alcanzó en las Constituciones su expresión definitiva, condensación suprema de todos los anhelos y excelencias de la democracia. Las libertades y garantías de la Constitución resumían todo el programa político, a tal punto, que se llegaba a identificar la justicia con una libertad e igualdad exterior. Los acontecimientos que pasan ante nuestros ojos, nos muestran hasta qué punto se han disuelto los ideales que se condensaban en el constitucionalismo, y cómo ha sido superado el programa de las constituciones. Los gobiernos de la Europa continental están, en su mayoría, por encima y sobre las Constituciones; han llegado al poder por un acto de violencia y de violación, y lo conservan con un pro-

(1) Este artículo se publicó el 1º de junio de 1924 en "La Nación" de Buenos Aires y dió motivo a un extenso y honroso comentario del eminente pensador y poeta Leopoldo Lugones. (Véase "La Voz del Interior" del 19 de setiembre de 1924). Por el giro de las ideas y de las expresiones, acaso pueda parecer excesivo, pero debe advertirse que sólo nos proponíamos documentar la crisis de la democracia liberal y no justificar filosóficamente una autoridad sin principios.

grama de acción efectiva, que afecta ignorar las bases constitucionales del Estado. El dictador italiano respondía no ha mucho a un diputado que le imputaba haber suprimido la libertad, preguntándole: ¿De qué libertad habla el señor diputado? Los pueblos de Italia me han reclamado mejoras para la vida, pero ni uno solo me ha hablado de la libertad. Arrogante respuesta que hace cincuenta años hubiera armado las mismas manos que hoy se agitan para aplaudirla.

Los partidos políticos no encuentran ya ni fe, ni entusiasmo, ni programa; los pactos celebrados en la víspera, entre hombres resueltos y audaces, en procura de fines ordinariamente menguados, reemplazan a los partidos tradicionales con autoridad, disciplina e ideales. El personalismo, que vale tanto como el sometimiento a la merced o al látigo del amo, se ha vuelto el régimen de la democria. Ya vendrá el Plutarco que escriba la historia de nuestros días por las vidas paralelas de los hombres de acción. Maurice Barrés ha dicho, con un profundo sentido de la realidad: no existen partidos sino caballerizas, "ecurie de courses" y, en verdad, no se consulta sino las perspectivas de éxito en la desesperada carrera por la conquista del poder.

El parlamentarismo, otro de los ídolos de antaño, inmensa y absurda ilusión de la democracia, yace sepultado entre los escombros, a los golpes de sindicalistas, reaccionarios, fascistas y de cuantos sienten en propia carne los vientos de la nueva vida. En el periodismo vulgar y en la charla de comité, se acusa al Parlamento de vanilocuencia, de infecundidad, de plebeyez, atribuyendo a los métodos de la nueva democracia, a la incapacidad de las masas políticas a la vulgaridad de los hombres que llegan al poder, el pecado irredimible de haber convertido el severo recinto en centro de chismes y de tertulia, en una simple sala de un gran casino. Pero vale advertir: ¿son estas críticas de actualidad o de esencia? Los gobiernos menosprecian y deprimen a los parlamentos y las gentes sonríen; los tiranos los declaran instrumentos envilecidos, y para conservarse les exigen cada día votar su propia degradación, y los pueblos aplauden. Sería preciso tener una irremediable ceguera para no advertir que el parlamentarismo está muerto, que lo que aquí se juega no son los hombres ni los partidos, ni los programas, sino la misma democracia liberal herida mortalmente

La ardiente fe liberal, vehemente y arrebatadora, que pro-

vocaba la interminable querella religiosa, se ha desvanecido. El Cristo vuelve a las escuelas implantado esta vez por hombres sin fe, por filósofos agnósticos, porque es preciso abrevar la sed espiritual de las masas, y porque la democracia no tiene ya ni misterios ni ídolos que ofrecerles. Y no hablemos de tretas de la burguesía reaccionaria, porque la revolución bolchevique pasa también primero por Roma antes de asistir a la conferencia económica de Génova. La fe religiosa ha ganado una batalla sin combatir; los mismos demócratas, después de la victoria han ido a poner su conquista y sus armas en manos de sus antiguos enemigos. Y sería útil contar cuántas de las instituciones democráticas han nacido después de una lucha secular con la Iglesia, y cuántas otras se las condena a muerte irremediable si se las pretende conservar en una atmósfera de censura y de dogmas. Las mudanzas han sido tantas, la muerte del Estado liberal es tan inminente, que lo que hace cincuenta años se penaba con excomunión mayor, es hoy urgente artículo de un programa de acción. La Iglesia y sus fieles no perdonaban al Estado que la abandonaba; no concebían la acción humana fuera de la protección de ese ser inmenso, condensación e imagen de todas las excelencias humanas, de poder, de autoridad, de eficacia; hoy los mismos fieles se mueven para pedir la separación de la Iglesia del Estado. Quiere darse una prueba mayor de debilidad y de muerte cuando ya se niega al Estado hasta el auxilio espiritual. Cuando el Estado, fuerte, oprimía y perseguía a la Iglesia, ésta no cesaba en su lucha para conquistarlo; hoy se le ofrece sumiso y resignado, y la Iglesia recoge la herencia, pero prefiere abandonarlo como peso muerto.

Sería preciso vivir, con la mente, cincuenta años atrás, en retardo, para continuar cantando loas a la democracia y a la libertad, que a nadie apasionan; ciegos a todo lo que el tiempo corroe y destruye. La vida política moderna no se alimenta de ningún ideal; los pueblos asisten al derrumbamiento de los gobiernos y de las instituciones y aplauden sin preguntar por qué caen, en nombre de qué principios se los derriba, y si lo que vendrá después será mejor o peor; saben que todo está carcomido y caduco, y les aplican la lógica elemental de la muerte. La política de nuestros días, en suma, carece de substancia propia, es incapaz de previsión, porque desconoce sus propios fines, se pliega simplemente a las exigencias primordiales de la vida. Mussolini, el más consciente y franco de los políticos modernos, definía el fascismo di-

ciendo: "somos un movimiento, no un museo de dogmas y de inmortales principios". Y en una ocasión solemne y reciente definía la Constitución como una cosa a la que, en determinadas circunstancias, prestan juramento de fidelidad el soberano y el pueblo. No es una cosa, agregaba, que deba ser adorada y encerrada en un fanal de cristal. ¡Y a estas insolentes definiciones antidemocráticas, ha respondido una mayoría de un millón quinientos mil ciudadanos, sobre todos los partidos reunidos de oposición. Sería, ya se ve, un pueril ejercicio extender los términos de esta demostración, tan evidente es la tesis que sostengo. Lugones, con su habitual profundidad, ha visto claramente el problema: "El empirismo se opone al principismo, nos dice. Los sistemas lógicos del siglo XIX se desbaratan. El culto de la Constitución ha concluído. Pacifismo, libertad, igualdad, son palabras huecas, o como decía Lenín, prejuicios burgueses".

Pero esta crisis de la democracia liberal no ha destruído lo que hay de natural y de eterno en la vida del Estado; de otro modo habría que pensar que se aproxima el fin irremediable de la existencia social. La autoridad está hoy más fuerte que nunca, precisamente porque no existiendo ni un sistema de ideas y sentimientos, ni una finalidad que la impulse o limite, se mueve con entera libertad; el poder le viene entonces natural y únicamente de la fuerza; no tiene que saber si es mayoría o minoría, si su acción se acomoda a este o aquel principio, si es contradictoria o consecuente; está armada de fuerza y eso basta. El poder por el poder mismo, una autoridad sin principio en que se asiente, es justamente el principio de la tiranía, y en su nombre se han constituído los nuevos gobiernos de Europa. El fascismo escribe en su bandera: orden, jerarquía, disciplina; que vale tanto como fuerza y coacción simplemente, y los pueblos lo siguen aunque ignoren el sistema de ideas en que se asienta. El fenómeno no tiene nada de anormal; cuando las ideologías que prestan su substancia a los sistemas se disuelven, la lógica de la vida impone la conservación del ser; entonces nos volvemos hacia la fuerza, elemento formal e indispensable del derecho, hasta tanto que los hombres hagan una nueva estimación de valores políticos y creen una nueva ideología. He aquí la razón que legitima la tiranía, que la justifica, porque

obra en nombre del supremo principio de la necesidad. Y aquí viene de nuevo el reinado de Maquiavelo, que vive e impera con una "juventud inmortal".

El maquiavelismo elevado a doctrina política es, además de repugnante, absurdo; porque precisamente Maquiavelo es la negación de todo sistema. La política aparece al autor de "El Príncipe", como el problema práctico de la conservación y de la prosperidad del Estado, sin que se eleve nunca a la consideración de un ideal supremo de justicia. En vano ha de buscarse en sus obras la razón filosófica de la autoridad, el fundamento del gobierno; ignoran la cuestión moral, no se mezclan en la contienda de las escuelas antiguas que intentan justificar el gobierno, ni siquiera se ocupan de hacer el elogio de la tiranía; es que Maquiavelo representa la autoridad simplemente natural, apoyada en la fuerza, en la astucia, en la sagacidad.

Maquiavelo era además patriota, enseñaba a sacrificarlo todo en interés de la mayoría y puso siempre en el amor al bien público la finalidad suprema de la acción. Pesimista, vió en la naturaleza humana una inagotable maldad, y con ello empujó a los hombres a la lucha creadora, a la dominación; quiso dictar su evangelio a los fuertes, llamados naturalmente al predominio; enseñó así a pensar y a luchar en el campo de la política.

No creo preciso acentuar más las líneas del paralelo; nuestra política es de transición entre la democracia liberal que se encamina al ocaso y el sistema político del porvenir; tal como lo fué Maquiavelo entre la política teológica de la Edad Media y la del Renacimiento, que Bodin comenzara a sistematizar. Nuestros hombres representativos ejercen el poder sin otra fe ni otra ilusión que la fuerza — lo mismo los "pacifistas" y bolcheviques que los de la "imperialista" Inglaterra, — para quienes por igual el primer artículo de su programa es el tonelaje de la flota. El patriotismo se vuelve cada vez más desbordante y agresivo: la xenofobia francesa, que M. de Monzie ha documentado en su "Terra Clausa", ofrece un espectáculo maravilloso y sorprendente, en la cuna de la declaración de los derechos del hombre, y, finalmente la Italia entera, en un delirio patriótico, se vuelve hacia el exterior con un ceño amenazante de conquista.

No es que quiera forzar el paralelo y hacer creer que la historia se repite, pero es lo cierto, que dos sistemas de fuerza se parecen tanto entre sí como dos seres de la misma especie biológica.

No pretendemos, por ahora, descubrir los elementos de la nueva organización política, que ya parecen dibujarse en el fondo del cuadro, sino simplemente tratar de impedir a la rutina impenitente que siga ensayando su nueva construcción aferrada a los restos de un naufragio.

Tiranía irresponsable, ignorancia o menosprecio de todo ideal, patriotismo que se desborda en brutales agresiones, he ahí las bases de la política de los pueblos civilizados de nuestros días; y dígase qué otra cosa representa sino la vuelta al estado primitivo, a la derogación de todo principio algo más que la Real Politik que mirábamos sobrecogidos; es el dominio de las leyes biológicas, es el espíritu de la propia conservación, sin fe ni ideales, que se magnifica en la policromía del orden y de la jerarquía interior, que se justifica invocando el bienestar y la grandeza de la patria.

El cardenal Pole dijo una vez juzgando a "El Príncipe" de Maquiavelo: este libro ha sido escrito por el dedo mismo del diablo. Si nos fuera dado oponer el reino de la naturaleza al reino de Dios, estaría bien el juicio del Cardenal. Una política natural, biológica, debe asentarse en las leyes de la fatal necesidad, no puede ir a buscar sus fundamentos en el reino del espíritu, y ya que estamos en trance de recomenzar, leamos de nuevo a Maquiavelo, libres de toda gazmoña prevención, porque contiene, en la filosofía del Diablo, la más perfecta imagen de la política de la actualidad.

III — LA POLITICA DE LOS HOMBRES DE GARRA

Crítica de la doctrina realista de la autoridad

El aspecto más grave de la crisis de la política no es el de la bancarrota de las instituciones democráticas, sino el de la contradicción de las ideas y de la anárquica posición de las masas frente al Estado, a la autoridad, a la legislación. Para la solución de este tremendo problema se hace de todo punto indispensable provocar una transformación de la conciencia pública, acrecentar alguna corriente de vida encarnada en una imagen fiel de la realidad, que contenga una apreciación de los valores supremos de la existencia. Transformar el contenido de los espíritus debe ser el primer paso en el camino de la reconstrucción política y social en que estamos empeñados.

El más grave obstáculo a esta necesaria transformación lo oponen los pensadores de Europa, que se han dado a volcar, en libros llenos de sugestión, de misterio y de encanto, todo el pesimismo engendrado en el dolor de la guerra y en la impotencia de la derrota. Europa empieza a envenenar nuestras aguas cristalinas con un lodo sangriento. La europeización de América, nuestro más claro programa de acción, debe ser recibida con reserva si no se quiere que comencemos a padecer los males de la decrepitud que aquejan al viejo mundo.

Nada encontramos más preciso para confirmarlo que el terrible pesimismo de la visión política apocalíptica contenida en el famoso libro de Spengler "El ocaso de Occidente", que acaba de tener en nuestro país un apologista tan ilustrado y prestigioso: el profesor Ernesto Quesada.

La filosofía spengleriana de la política, si se exceptúa el desenfado de la verba, que amilana, y ese aire de superioridad que ni duda ni vacila, no es diferente ni más original, ni más intensa que la contenida en "El Príncipe" de Maquiavelo o en la política de Richelieu; filosofía brutalmente realista, porque ignora deliberadamente de la realidad lo que tiene de superior y humano, para hundirnos entre las fuerzas ciegas y misteriosas de los instintos.

Esta filosofía puede ser reducida a tres postulados funda-

mentales, cuyo origen y alcance nos son demasiado conocidos para que no podamos descubrirlos entre las pompas del estilo.

La razón, el saber, la previsión son prejuicios occidentales; en su reemplazo es necesario colocar la misteriosa adivinación, las fuerzas ocultas, la sabiduría innata, "la maestría de los primeros años", que traemos al nacer y olvidamos en nuestros pasos por el mundo. "Hacer lo preciso sin saberlo", he ahí la única forma de la previsión. El hombre de Estado nato tiene constantemente la pregunta de Pilatos en los labios. ¿Verdades? Qué le importa; él está más allá de lo verdadero y de lo falso. "Verdades o errores, en este caso es lo mismo, sólo los toma en consideración en vista de su eficacia". Spengler ocupa aquí un puesto en la revuelta contra el poder y la dignidad de la ciencia.

Ideales de la vida, valores y apreciaciones humanas, ¿qué vale todo eso? "Quien cree en lo superficial, en la opinión pública, en las grandes palabras e ideales del día, ése, en vez de dominar los acontecimientos, es dominado por ellos". "No hay que mirar atrás ni buscar la pauta en el pasado, mucho menos acogerse a cualquier sistema". La moral, el derecho, el orden social quedan suprimidos de un solo golpe; "la justicia, la virtud, la libertad son simples abstracciones sutiles, formaciones místicas" que nunca han entrado en el catecismo del éxito de los conquistadores y rebeldes de todos los tiempos. Al menosprecio del saber se une la negación de la moralidad, base substancial del orden.

Esta implacable fuerza de demolición no deja de detenerse para construir también un sistema de política. La vida toda es política, escribe, resumiendo las bases de su filosofía. Nos es difícil descubrir lo que debemos entender por la vida: entidad misteriosa y secreta que llena de arrobamiento al alma mística y poética de los hombres de "El ocaso de Occidente". "Ese algo que en nosotros quiere a toda costa avanzar y elevarse, la angustia ciega, cósmica, anhelosa, por el prestigio y el poder, que al modo de las plantas y de las razas queda vinculada a la tierra y a la patria". Tremendo enigma, que no nos será dado esclarecer, si no abandonamos esta prosa arrebatadora y descendemos hasta su raíz filosófica.

La filosofía de la vida se opone en nuestros días a la filosofía de la razón; es el Oriente frente al Occidente; el misterio y la adivinación frente a la lógica inflexible; es el sentido místico de la vida en permanente conflicto con la realidad de la cultura humana.

Para Schopenhauer, el valor supremo es no vivir, libertarse de la vida; para Nietzsche, a la inversa, es vivir profundamente. Pero tanto en los maestros como en Spengler, ciertamente, la vida no es más que una entidad romántica, el principio metafísico del mundo; la angustia ciega, cósmica, anhelosa...

Decir que la vida es política, cuando se trata de descubrir los fundamentos de la política humana, es, o encerrar en una sentencia un pensamiento trivial, en cuanto toda vida es expansión y dominación, o es invocar una entidad misteriosa, privada de sentido, si no se la afina al tono de los valores substantivos de una cultura humana. Vivir para la vida, ha de entenderse el triunfo de los instintos y de los impulsos, la vuelta al estilo de los primitivos, el triunfo de la animalidad; de otro modo carece de sentido humano y real; es una fórmula para dioses o para bestias. Y sólo con ellos, efectivamente, está hecha la política spengleriana. El político nato está más allá del bien y del mal, por encima de la justicia y de la moralidad: he aquí el superhombre; la nobleza, con arraigo racial, como expresión que conserve las tradiciones de una monarquía, es el Senado de los dioses, y debajo el rebaño de la mediocridad esperando el engaño que ha de bajar desde la prensa venal y desde los parlamentos aristocráticos. "La política es el arte de mandar en el Gobierno y de obedecer en la masa". Es éste el resumen más fiel de la filosofía de la política spengleriana; no puede negarse que se han distribuído en ella con mano maestra, en contraste impresionante, el azul del cielo y las sombras de la animalidad.

La política spengleriana se resume, pues, en una negación del saber y de la ciencia, en un pesimismo que cierra el paso a toda idealidad, en un orgullo que eleva la soberbia de los dominadores por encima de toda moral, y que por única compensación nos abraza con el símbolo de la vida, que como los ídolos de Oriente, resulta misterioso y brutal al mismo tiempo.

Afortunadamente no hay en esta obra nada que imponga el obsequio de nuestras mentes; todo en ella está fundado en el capricho. Su método es involutivo, envolvente: esconde en vez de descubrir. "El conocedor de caballos examina de un vistazo el estado del animal, y sabe qué perspectivas ofrece en la carrera. El

jugador arroja una mirada al adversario y conoce la jugada que va a hacer". Así procede el político nato; su lema es hacer lo preciso sin saberlo. Extraño modo de raciocinar, partir de una premisa falsa e impertinente y extenderla hasta cubrir a la realidad con una envoltura fantástica. Y así, su premisa del agotamiento de la cultura europea, la decadencia final de Occidente, su lívido pesimismo, sus ciclos cerrados de cultura, no tienen mejor fundamento que las reflexiones que empujaban al personaje de Gautier a disfrutar de los bienes de la vida.

Esta política "realista" de los hombres de presa quedaría libre de todo pecado ideal, si pudiera, en la realidad, hacerse efectiva; si los pueblos no precisaran vivir y desenvolverse y les fuera dado esperar en prolongado éxtasis el advenimiento del político nato; si la vida internacional fuera posible sin más norma común que el respeto a las inspiraciones de los adivinos.

La respuesta a esta observación podemos recogerla en el propio Spengler; él nos enseña que la guerra es la forma natural de las relaciones entre los pueblos, que el destino superior del hombre de Estado es el de llevar a su pueblo a la dominación. Extraordinario y repugnante programa de política y tan irreal que no se ha cumplido jamás sino entre los bárbaros: los pueblos primitivos son únicamente los que ponen la fuerza al servicio de los profetas, de los augures, de los adivinos: los hombres civilizados viven según una apreciación común de la vida, que varía de época a época, de generación a generación, rebelde a todo sistema definitivo; pero que puede ser pensada, ordenada en conceptos y que inspira la acción de los hombres.

Esta política realista no tiene, como puede verse, nada de la verdadera realidad, y si no quedara ya suficientemente claro que tampoco es política, bastaría con recordar que una filosofía de la política que no dé fundamento a la autoridad y al orden, que no asegure la libertad de los hombres, pueda ser novela, historia, fantasía, cualquier cosa, pero nada tiene que hacer con la ciencia que desde Aristóteles está puesta al servicio de la vida humana feliz.

Spengler no sólo no da fundamento racional a la autoridad, sino que hace la apología y la justificación de los tiranos, en términos aun más abominables que los del propio Maquiavelo; según él, el orden no nace sino de la fuerza y de la dominación, y de la libertad sólo recuerda para saludarla irónicamente con un

aire de superioridad, revisando a Rousseau o a los enciclopedistas, y afectando una incomprensión que le hace reducir todo liberalismo a la faz primitiva del individualismo anárquico, sin advertir la existencia de un liberalismo total, que no se encierra en los partidos liberales, que como partidos son parte de la realidad, sino que se contiene en la concepción sintética del Estado moderno, que abraza en su integridad todos los fines y los ideales de la vida.

No hemos de repetir aquí que cuando las ideologías políticas se disuelven, la fuerza y la brutalidad toman natural y justificadamente a su cargo el cuidado del orden social, pero ni Maquiavelo siquiera pensó nunca en elevar la tiranía y la violencia a la dignidad de sistema. No sería preciso agregar que el estado político actual del mundo parece encaminarse a aquella disolución, pero ¿quién sería capaz de sacar de un estado evidentemente transitorio una filosofía para la vida?

El ejercicio de una autoridad natural, que no encuentra más límite que el alcance de su propia fuerza, debe reconocer, si quiere fundamentar un orden social, valores supremos y humanos que abatan el orgullo de la omnipotencia del poder y que la hagan compatible con el goce de la libertad; obsesión y tormento de todas las organizaciones políticas, puesto que ellas no existen sino para hacer la vida más digna y humana. Se advierte aquí el profundo y permanente sentido que encierra la afirmación de que toda ciencia política está contenida en la idea de la libertad.

Un liberalismo total, ni atomista ni anárquico, que carece de sustancia social fija, que no se deja inmovilizar entre las redes de un sistema político, pero capaz de condensarse en fórmulas activas; que sea ante todo un camino, una iluminación; la "conciencia crítica de la historia viviente", he ahí la única base real de un programa de política.

Por ventura, ni los graves problemas sociales, ni las angustias de la derrota y de la miseria han caído con todo su peso sobre América; no es dado aún contemplar la vida tal cual es, podemos distinguirla claramente a través de las brumas y de los pesimismos de los vencidos; pero es necesario defenderse contra el puñal que viene oculto entre las flores, si no queremos vernos en la extraña porfía, según la repetida imagen de Taine, de pretender colgar nuestro sombrero en un clavo pintado en la pared.

LIBRO SEGUNDO

El Derecho en su unidad

CAPITULO PRELIMINAR

Generalidades

1 — Los hechos: variedad y unidad. 2 — Unidad y esencia. 3 — Los problemas de derecho en su unidad.

1 — En el libro anterior nos propusimos el problema de la vida del derecho, es decir, ante el derecho positivo nos preguntamos de qué manera, cómo llega a ser, cómo cambia y desaparece; los mismos hechos, mirados desde un punto de vista diferente, nos plantean ahora otros problemas.

La observación actual y la comprobación histórica de la vida social sólo nos permiten descubrir una infinita variedad de hechos particulares que coexisten o se suceden en el tiempo, ninguna constatación puede permitirnos afirmar la existencia de una conexión entre ellos, ni de un principio común que tienda a identificarlos; el espíritu, sin embargo, no concibe así los hechos, para él se presentan como manifestaciones de un principio universal, de algo único que tiene realidad, a pesar de la variedad aparente, y se da el caso admirable, que este principio de unidad que la mente concibe, no sólo no se contradice con los hechos sino que los esclarece y amplía siempre, en perfecta concordancia con ellos.

En el campo del derecho no pasan las cosas de un modo diferente; la vida social sólo muestra códigos, leyes, principios, relaciones jurídicas; en una palabra, hechos particulares, pero el individuo humano, aun antes de haberse librado a la más elemental reflexión, ve en todo esto una simple manifestación de un principio único, que el lenguaje sintetiza con la expresión derecho. El derecho no existe entre los elementos de lo dado social, sólo pueden constatarse derechos, y para éstos ya es preciso que exista una imagen o patrón según el que, de entre la variedad de los hechos sociales, podamos separar aquellos que conocemos como derecho. La unidad resulta entonces tan real como la variedad; y así como

ésta es la expresión de la vida, aquélla revela el principio de la esencia de los seres.

2 — Algunos autores prefieren no hablar de la esencia, en el temor de que se los mire como ligados a determinadas escuelas, como el aristotelismo o la escolástica, que empleaban esta expresión para referirse a un ser objetivamente existente; Ortega y Gasset, p. e., propone la denominación de "consistencia" como opuesta a existencia, en cuanto es ésta la que está revelada por la realidad; nosotros preferimos emplear la antigua expresión, a la que el pensamiento filosófico posterior ha dado una riqueza de contenido y de representación que es preciso utilizar.

Podemos decir que la esencia de un objeto es la unidad de sus caracteres que lo revelan en su individualidad. El problema de la esencia es el central de la filosofía. No sin fundamento se repite que la filosofía toda no es sino un discurrir sobre la esencia; los demás problemas filosóficos, de algún modo le están subordinados o reciben la influencia de este problema central.

3 — El problema del derecho en su unidad se muestra bajo dos aspectos diferentes. Todo individuo humano posee una representación o imagen según la que distingue, en la realidad, el derecho de lo que no es derecho; los caracteres o rasgos que integran esta representación pueden ser revelados. Esta operación nos dará el concepto del derecho, sabremos según él qué es derecho, de modo que todos los derechos existentes o posibles concordarán en los caracteres del concepto. Todavía se concibe una unidad más alta, una esencia y perfección absoluta, que naturalmente no corresponde a ningún hecho de la realidad, a ningún derecho existente o posible, sino a una representación intelectual, que al vivir se forma en la conciencia, como si fuera un residuo de la totalidad de la experiencia social. Este principio de unidad es la justicia que sirve para dirigir y apreciar la experiencia; el problema del derecho en su unidad se separa, entonces, en dos: el del concepto del derecho y el de la justicia, que pueden enunciarse así: ¿Qué es el derecho? ¿Cómo se justifica?, o sea, ¿cuándo es justo?

FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS
BIBLIOTECA

PARTE PRIMERA

EL CONCEPTO DEL DERECHO

CAPITULO PRIMERO

Nociones preliminares

1 — Noción, caracteres y función del concepto. 2 — El método adecuado. 3 — El procedimiento metodológico.

1 —Antes de referirnos al concepto del derecho debemos fijar qué entendemos, en general, por concepto. Podemos definir el concepto como la reunión, en una representación mental unitaria, de los caracteres pertenecientes a un objeto o grupo de objetos. Como toda noción filosófica, el concepto debe tener un carácter incondicionado y universal, es decir, estar fuera de los fines concretos humanos. Una noción que procediera de la crítica de los hechos históricos, por extenso y completo que fuera el campo de la observación que le sirve de base, no podría alcanzar sino a revelar las peculiaridades de un momento histórico, sin que nada nos permitiera afirmar que puedan tener una validez permanente; serían siempre nociones condicionadas, generales. El derecho que constatamos por la observación, no puede decirnos otra cosa que lo que el derecho de un pueblo o de una época es, pero sería inhábil para darnos la noción universal que buscamos; luego, todo empirismo debe ser preliminarmente eliminado.

La noción que buscamos debe tener también un carácter absoluto; debe expresar una verdad fuera de toda contingencia. Bien se comprende que no ignoramos la limitación de los poderes intelectuales humanos; la corrección y el perfeccionamiento rigen también para el orden del saber. La mente humana, a medida que se enriquece y profundiza, va adquiriendo un mayor dominio sobre sí misma, una mayor penetración, que se refleja en la amplitud del saber; pero cuando se ha llegado a un cierto grado de penetración sobre sí mismo, la noción descubierta es válida para todos los hombres y todas las épocas. Las categorías de Aristóteles son verdad hoy como hace dos mil años, y continuarán siéndolo mientras el hombre sea lo que es; si Kant ha introducido en ellas

alguna modificación, no ha sido con ánimo de rectificarlas, sino de aclararlas, de hacerlas más comprensibles.

El concepto tiene también una función; constituye el conocimiento. Nuestro saber sobre el derecho está formado, en primer término y, sobre todo, con el concepto del derecho; además, según él, separamos de entre la multitud de los hechos sociales aquellos que corresponden al derecho.

2 — ¿Qué método hemos de emplear para esclarecer el problema del concepto? La observación de los hechos sociales por sí misma es inadecuada a tal fin; las escuelas que pretenden llegar a él por tales vías no pueden alcanzar una noción incondicionada y universal como exige la filosofía. Antes que el individuo se disponga a esclarecer el derecho en su faz particular o histórica, antes que se ocupe de hacer el proceso en el tiempo de una determinada institución jurídica, ya tiene, necesariamente, en el espíritu, un principio que lo guía en su investigación; sería vano empeño buscar fuera de nosotros lo que no está sino dentro de nosotros mismos; el método impuesto por la naturaleza del objeto que aspiramos a conocer, no es otro que el de la crítica de nuestra propia conciencia, en su contenido relativo a la experiencia social. Si partimos de esta premisa: el espíritu distingue lo que es derecho de lo que no lo es, y nos preguntamos sobre los caracteres o rasgos que sirven para esta distinción, la crítica del contenido de la conciencia ha de bastar para revelarlos, y si los reunimos a todos estos rasgos en una representación unitaria, tendremos el concepto del derecho.

3 — La determinación de un concepto no es posible alcanzarla por una reflexión sobre él mismo; para descubrir los caracteres que lo distinguen es preciso ejecutar una especie de operación de deslinde, proponerse la cuestión de los límites entre él y las otras nociones contenidas en el espíritu; por esta comparación y distinción podremos llegar a revelarlo.

Para comenzar nuestra operación de determinación del concepto, según el método indicado, debemos volvernos sobre el contenido de nuestra conciencia, a fin de separar y distinguir en ella, cuidadosamente, lo que corresponde a la noción del derecho.

CAPITULO SEGUNDO

I — Derecho y naturaleza

1 — El contenido de la conciencia. Causalidad y finalidad. 2 — El derecho es un aspecto de la voluntad.

1 — Si comenzamos nuestra reflexión sobre el contenido total de nuestra conciencia, descubrimos dos aspectos distintos, como si correspondieran a dos mundos diferentes, ordenados según una regla peculiar para cada uno. Por una parte, los hechos se muestran en un orden necesario, encadenados en una relación de antecedente a consecuente, sin espacio alguno libre para la espontaneidad, para la creación; el orden propiamente natural no admite ni siquiera la posibilidad del quebrantamiento de sus leyes fatales; sólo la fuerza milagrosa, o nuestra ignorancia de las verdaderas leyes, puede hacernos creer en la posibilidad de una infracción; junto a este orden advertimos otro en que el principio de la regularidad de sus leyes no puede ser independiente del fin variable que los hombres persiguen; su regularidad no consigue la perfección de las leyes físicas porque se ve alterada constantemente por la posibilidad de la infracción. El primero es el orden de los fenómenos físicos, de la causalidad natural, según la que el hecho actual está fatalmente ligado al hecho antecedente, y así prosigue la cadena en su sucesión; el segundo es el orden de los hechos humanos, que suponen una visión, un ideal de perfección hacia el que se tiende, así sea éste el equilibrio en los goces de los sentidos, o la elevación del hombre por la perfección espiritual. No es necesario oponer a la causalidad natural un principio de libertad humana para reconocer la existencia de estos dos órdenes de hechos; por el contrario, la noción de libertad introduciría su propia indeterminación y haría más difícil la concepción definitiva de estos dos campos del contenido de la conciencia; no basta constatar dos modos de ser distintos en los fenómenos, para declarar la existencia de algo como dos mundos diferentes: el mundo físico y el mundo moral (1).

(1) Ver el penetrante tratado "El concepto de la naturaleza y el principio del derecho", por G. del Vecchio, pág. 21.

2 — ¿A cuál de estos órdenes diferentes pertenece el derecho? No es preciso ahondar mayormente en los hechos para declarar que corresponde al orden moral; el derecho no es una regularidad según reglas fijas e inmutables sacadas de un principio natural, sino una sucesión de normas que tratan de imponer una conducta arreglada para alcanzar un determinado fin; el derecho no es lo que es sino lo que en cada época quiere la colectividad que sea; es, en definitiva, un acto de voluntad y se dirige a determinarla. Con esto tenemos ya trazada la primera línea de separación en el contenido de nuestra conciencia, entre el orden de la causalidad, de la necesidad, que corresponde a los fenómenos de la naturaleza, y el orden de la voluntad, de la finalidad que corresponde al mundo moral, en el que está contenido el hecho jurídico (2).

CAPITULO TERCERO

II — Derecho y Moral

1 — Importancia de la distinción. 2 — Antecedentes históricos — Doctrinas que los confunden. 3 — Doctrinas que los oponen. 4 — Doctrinas que los distinguen. 5 — Principio de la distinción: alteridad, identidad. 6 — El valor práctico de la distinción.

1 — Hemos distinguido, en el capítulo que precede, un orden de la naturaleza, de un orden moral; apartemos al primero, que deja ya de interesarnos, y fijemos nuestra atención sobre el segundo. El orden voluntario no sólo se manifiesta por las normas morales sino también por las normas de derecho; ambas corresponden a la finalidad y, aunque tienden a confundirse, hay una exigencia conceptual que parece imponernos la tarea de distinguirlas.

Es preciso reconocer que el tema de la distinción entre el derecho y la moral está lleno de dificultades; los expositores se empeñan, unos, por confundirlos buscando dar un fundamento más

(2) Seguimos en la determinación del concepto del derecho, las líneas fundamentales del plan trazado en este asunto por Stammler, aunque nos apartemos de él en algunos de sus desarrollos para aproximarnos más bien a Maggiore.

sólido al derecho; los otros, con un sentido puramente técnico del derecho, aspiran a separarlos, disociando al hombre en su conducta en una dualidad moral y jurídica, que parece inconcebible.

La importancia teórica de la distinción es evidente; sin ella quedaría indeterminado el límite principal del derecho e imposible la determinación de su concepto y, en cuanto a su aspecto práctico, no alcanzaríamos a saber en qué medida es legítimo mantener una separación y cuándo han de reunirse estos dos elementos esenciales. Al derecho clásico se le imputa haber caído en el vicio de separar el derecho de la moral; el derecho moderno, en cambio, se proclama como si estuviera todo entero penetrado por la moralidad; podría creerse, ante estos hechos, que algo tiene que hacer el tiempo que disuelve o estrecha la unión; una observación más profunda establecerá que estos no son más que episodios sin valor para las constataciones fundamentales que perseguimos.

2 — La distinción entre el derecho y la moral no ha sido concebida en todos los tiempos. En la Grecia la ley de la conducta, el **ethos**, abrazaba tanto la moral como el derecho y ambas venían a ser otorgadas por el Estado, órgano de naturaleza moral. Se conocía la justicia como virtud, mas no se alcanzaba a determinar un concepto independiente del derecho. Es verdad que Sócrates pasa por ser el fundador de la ciencia moral (1), pero no alcanza más que a plantear los problemas fundamentales y a insinuar el camino para la solución.

Los juristas romanos, que eran técnicos eximios, aunque mediocres filósofos, no avanzaron nada, limitándose a glosar el pensamiento de los griegos. Las célebres máximas de Ulpiano sobre el derecho: no dañar a otro, vivir honestamente, dar a cada uno lo suyo (2), muestran bien que confundían el derecho y la moral, puesto que corresponden tanto al uno como a la otra. Hay algunas sentencias de los jurisconsultos que parecerían contradecir esta afirmación; Paulo enseña (3) que no todo lo lícito es honesto, pero aquí no se refiere propiamente al derecho sino al elemento formal, a la ley, como que no tuvieron nunca una noción cabal del

(1) Boutroux, "Etudes d'histoire de la philosophie", pág. 11.
(2) Dig. L. 1, 10, par. 1.
(3) Dig. L, 17, 144.

derecho cuyo concepto no llegó a presentarse ni siquiera como problema (4).

3 — Algunos filósofos modernos no encuentran tampoco una base sólida de distinción. Hegel (5), por ejemplo, según su famosa filosofía de la identidad, mira al derecho abstracto como tesis, a la moralidad como antítesis y al **ethos** (eticidad) como síntesis. No faltan juristas que caen en la misma confusión, al modo de Jellinek para quien el derecho no es sino un mínimun de moral, lo que equivale a declarar que no hay una base de distinción cualitativa sino simplemente cuantitativa; de más o de menos.

Todos estos puntos de vista revelan una verdad indiscutible; el derecho y la moral tienen una raíz común y en su desarrollo se tocan constantemente, pero contienen un error esencial en cuanto se olvidan de distinguir lo que los separa fundamentalmente.

Otras direcciones filosóficas se empeñan en ver algo como dos mundos diferentes; prescindiendo de la raíz común, fijan la atención en los distintos desarrollos. Fichte ve como carácter del derecho, el poder que acuerda al individuo y a la colectividad, mientras que el carácter de la moral es el de imponer un deber (6). Poder por un lado, deber por otro caracterizan dos tipos diferentes de relaciones. Esta concepción, en cuanto tiende a separar la moral del derecho, parece corresponder a un estado de decadencia en el pensamiento jurídico: aquel que pretende reducir el derecho al solo elemento formal del poder, privándole de la fuerza moral que lo acompaña; el acto humano, cualquiera que sea su carácter, debe ser integrado con sus elementos esenciales; no falta a la moral el elemento exterior, como no carece el derecho de la fuerza interna que funda el deber.

4 — El primer pensador que ha encarado seriamente la solución del problema de la distinción entre el derecho y la moral ha sido Christian Tomasius ("Fundamenta iuris naturae et gen-

(4) Stammler dice con toda exactitud: "Un análisis del concepto del derecho en sus caracteres lógicos determinantes y en sus diferencias sobre los otros modos del contenido de la voluntad, no se encuentra entre los juristas romanos (par. 11, pág. 21. Lehrbuch); y Groppali, en un prolijo estudio, "I caratteri differenziali della moralità e del diritto", pág. 20, escribe: "En Roma, la cuna sagrada y gloriosa del derecho, se comienza a diseñar la distinción entre el "ius" y las "boni mores", pero es una distinción más bien empírica y técnica, que a menudo desaparece en la teoría y en la práctica".

(5) "Philosophie des Rechts", par. 33.

(6) Groppali. "I caratteri differenziali", pág. 35.

tium"). Este jurisconsulto distinguía lo que corresponde al derecho, a la ética y a la política, refiriéndolo a lo justo, a lo honesto y al decoro. La concepción de Tomasius, modificada o corregida en parte, por los expositores, ha podido conservarse llena de vitalidad hasta nuestros días.

Según Tomasius, entre el derecho y la moral se descubren dos caracteres que los distinguen: la coactividad y la exterioridad, que son propios al derecho; el derecho es coactivo, la moral carece de fuerza impositiva; el derecho es exterior, mira al acto, la moral se fija sólo en la intención, es interior. No es dudoso que esta distinción contiene un gran fondo de verdad, pero es preciso analizarla para fijar su verdadero valer.

La coactividad no es un carácter particular al derecho; es claro que sólo el derecho tiene la posibilidad de ser asegurado por una imposición coactiva, ejercitada por la autoridad, pero esta coacción eventual no tiene el poder de cambiar su naturaleza; es un aparato exterior, agregado, que nada dice de la substancia que viene a fortalecer. El derecho, como la moral, se impone coactivamente, aunque la coacción actúe en ellos de modo diferente; en el fondo el fenómeno es el mismo. Toda violencia, ya sea externa o interna, se transforma en el espíritu en una necesidad moral, se convierte en una premisa de acción en la conciencia, es decir, se torna en una violencia interior. Puede llegarse, entonces, a la conclusión que, desde el punto de vista filosófico, la coactividad, del derecho no puede servir de base para una distinción.

El carácter de exterioridad tampoco tiene la importancia que se le suele atribuir o, a lo menos, es preciso fijar su verdadero alcance. El derecho es la obra, la moral es la intención; si esto fuera así, en realidad habría entre el derecho y la moral, más que una distinción, una separación perfecta. No es verdad que para el jurista sea indiferente el elemento interior; se detiene en su análisis y comprensión allí donde ya no es posible penetrar con seguridad; pero no sería posible un acto jurídico separado de la intención del actor, como no podríamos suponer la responsabilidad penal sin contar, a lo menos, con la intención del delincuente. El acto moral no es tampoco la simple intención de obrar; los teólogos populares suelen repetir, con exactitud, que el infierno está empedrado de buenas intenciones, para expresar que la moral exige también obras buenas; ni el derecho vive con independencia de la intención ni la moral está separada de la acción. No es

posible presentar una imagen fragmentada del hombre, que es un compuesto indisoluble de intención y de acción; cualquiera doctrina que lo desconozca tiene que ser tenida como falsa.

5 — Si las soluciones que acabamos de analizar no nos satisfacen, es forzoso que nos ocupemos de intentar una que hagamos propia. La primera constatación que es necesario establecer se refiere a la imposibilidad de llegar a esta distinción por la observación empírica; entre el derecho y la moral no hay rasgo alguno que pueda servir para distinguirlos si nos fijamos en su carácter exterior; las normas de moral pueden pasar a ser normas de derecho y viceversa, mostrando con esto que no hay entre ellas nada que las separe fundamentalmente. El campo de la distinción no está en la realidad exterior sino en el del espíritu (7).

En los actos humanos se pueden distinguir dos momentos distintos de la voluntad, que aunque proceden de un común origen tienden a un distinto fin. El mismo acto, elemento exterior, puede tener en distintos individuos o en momentos distintos, una diferente intimidad, elemento interno. Unas veces el fin que se tiene en mira va a caer sobre los otros hombres, realizamos el acto en relación a un socio, a un otro yo que está fuera de mí en la colectividad; el rasgo que distingue este acto es el de la alteridad; otras veces mi acto se vuelve sobre mí mismo, integra mi propio ser espiritual, lo consolida, su carácter distintivo es, por el contrario, la identidad. El derecho corresponde al orden de la alteridad, la moral al de la identidad; no separamos, como se ve, dos géneros de normas, sino dos actitudes de la voluntad; la distinción se realiza en el espíritu y no en los hechos.

A partir desde la introducción del Cristianismo, recién aparece el criterio moral bien establecido. Lutero, refiriéndose al Antiguo Testamento, lo calificaba como el Espejo de Sajonia del pueblo judío, queriendo significar que era una especie de recopilación de reglas jurídicas; el Nuevo Testamento, en cambio, es el evangelio de la moral. Cuando Cristo anuncia que trae un mandamiento nuevo, el del amor, proclama por primera vez, un principio moral y universal, el de la fusión, el de la identidad de todos los hombres por el amor. Toda la doctrina es un testimonio de es-

(7) Maggiore, "Filosofía del Diritto", pág. 184.

ta verdad, que basta recordarla para que se incorpore al pensamiento.

6 — El valor práctico de esta distinción es inmenso, asegura una concepción humana unitaria; ya no es posible hablar separadamente de un hombre jurídico y de otro moral. El derecho, ya lo sabemos, toma de la moralidad social su substancia; cuando se habla del derecho divorciado de la moralidad, debe entendenrse que es un cuerpo muerto, obra de la sutileza de los juristas, y cuando se dice que está penetrado de moralidad, se indica que vuelve a la fuente originaria para fortificarse bajo su influencia; esto último no hace propiamente a nuestro tema, pero sirve a la cuestión porque es adecuado para esclarecerla.

CAPITULO CUARTO

III — Derecho y costumbre

1 — Derecho y costumbre se confunden. 2 — Noción de la costumbre. 3 — Bases para la distinción.

1 — En el capítulo anterior, al distinguir el derecho de la moral, dejamos establecido que el derecho consistía en una relación entre semejantes, se distinguía por el carácter de la alteridad, en cuanto se miraba a una regla que ligaba a los individuos en colectividad. Una distinción completa del derecho exige, sin embargo, penetrar algo más en este proceso de deslinde; no es tan sólo el derecho, el que se ofrece como una regla de coexistencia entre los individuos en la vida social: las costumbres se presentan también con ese carácter; es preciso establecer las diferencias que las separan del derecho.

2 — En toda vida social surge naturalmente, como resultado de la comunidad de opiniones o juicios sobre las relaciones sociales, un conjunto de reglas de vida común, que se refieren al aspecto físico, moral o social de nuestro mundo de relaciones. Estas reglas relativas al honor, a la etiqueta, a la cortesía, se imponen con la fuerza de la sanción pública, que suele castigar con su desdén

o menosprecio a los sujetos que se atreven a infringirlas o que no conforman su vida a esas reglas. Estas costumbres tienen el mismo origen que el derecho; proceden de la vida social, porque aunque, en apariencia, en las organizaciones modernas sea el Estado el que otorgue el derecho, para que éste tenga su verdadera fuerza, precisa conformarse con los dictados de la conciencia social, fuente común del derecho y de la costumbre. La costumbre se asemeja también al derecho por su contenido; ambas son reglas para la convivencia social, tan semejantes que nada impide que la norma de costumbres se convierta en norma de derecho, lo que denuncia la identidad de su contenido; así se explica que haya juristas que miren a la costumbre como un embrión del derecho. En este punto puede surgir un equívoco, que es indispensable hacer cesar; se suele hablar de costumbres referidas a normas de derecho que no han sido formalmente declaradas por la autoridad, pero que ésta precisa e impone; no es a estas costumbres a las que nos referimos aquí, como que ellas no se distinguen del derecho mismo, sino a aquellas que atañen al trato social entre las gentes.

3 — Debemos declarar una vez más: el principio de la distinción entre la costumbre y el derecho no ha de encontrarse en los elementos empíricos, exteriores, que los confunden, sino en el campo crítico, en relación a la conciencia.

Las costumbres viven según la fuerza que les presta la opinión corriente, están subordinadas al humor variable de las gentes; sufren los vaivenes de la opinión que cambia sin transformarse; es una simple manera de ser. Las costumbres pueden ser definidas como un conjunto de hábitos, de maneras de ser, según la opinión corriente, a cuya infracción sigue una sanción pública.

El derecho, en cambio, está en relación a un sistema permanente de ideas, a una conciencia social que no depende de la voluntad de los hombres ni de los grupos, que está por encima de la opinión como algo objetivo y real, que evoluciona y se transforma según leyes necesarias. El derecho saca su fuerza de su legitimidad, de su conformidad con los principios del ideal jurídico. Mientras el derecho se presenta como un orden social necesario, la costumbre sólo aparece como algo conveniente para facilitar el régimen de la colectividad. Si nos referimos a alguna relación jurídica que esté revestida también de formas de costumbre, adver-

tiremos mejor el fundamento de la distinción. En la celebración del matrimonio, p. e., se observan una serie de reglas de costumbres, que varían constantemente, según la índole ocasional de las gentes, a las que nadie mira como de un valor esencial; en cambio, hay otras, precisamente las jurídicas, que nadie osaría transgredir sin comprender que ataca al ordén social mismo en su existencia; ¿podríamos mirar como indiferente la sustitución del matrimonio monógamo por el poligámico? Aquí podemos distinguir con claridad lo que corresponde a la costumbre y lo que pertenece al derecho.

Cuando explicamos la génesis de la sustancia concreta del derecho positivo, dijimos que la opinión pública no podía ser la base del derecho, porque éste supone un sistema permanente de ideas que no está ligado directamente a la voluntad de los grupos; de aquí que autores como Rousseau y Savigny hayan creado una entidad distinta a la sociedad para referir a ella el derecho, satisfaciendo la exigencia de su naturaleza que impone vincularlo a un principio permanente y necesario.

La línea separativa entre el derecho y la costumbre queda trazada con esto; el derecho se caracteriza por su legitimidad, por su conformidad a su principio esencial; la costumbre por su dependencia de la opinión; por su carencia de un principio propio esencial.

CAPITULO QUINTO

IV — Derecho y norma arbitraria

1 — Noción de norma arbitraria. 2 — Base para la distinción.

1 — Si desde el punto de vista de la sustancia concreta pueden confundirse la costumbre y el derecho, mirado desde el punto de vista de su forma exterior puede confundirse el derecho con las normas dictadas por el poder arbitrario. Las reglas de la vida de relación pueden ser normas de derecho como normas impuestas por la autoridad sin otra referencia que a la fuerza que las asegure. A pesar de su evidente semejanza exterior, el sentido co-

rriente las distingue como cosas diferentes; siempre se ha mirado como una virtud la resistencia a una autoridad arbitraria, a tal punto que la forma del heroísmo social suele ser la del martirio en nombre de un principio superior de derecho, con lo que se ve que se reconoce una base de distinción, que será preciso revelar. Rousseau decía con verdad: "El más fuerte nunca es bastante fuerte para ser siempre el amo, si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber" (1), en lo que se advierten las líneas de una distinción.

No podría decirse que basta para dejar establecida la línea separativa con sólo atender al origen de la norma, a la autoridad que la proclame y sostenga; porque un régimen arbitrario en su origen puede dictar normas conforme a legitimidad, jurídicas, y, a la inversa, un régimen legal puede imponer normas arbitrarias.

7 — Como base para la distinción debemos servirnos de la característica del derecho a que aludíamos al hablar de la costumbre: la legitimidad. El derecho vive en relación a un sistema de creencias; las normas arbitrarias se acomodan al humor variable del déspota, que resuelve, caso por caso, según las circunstancias de personas, de tiempo, de estados, de sentimientos, sin sujetarse a regla o principio común y permanente.

Ahondando en esta distinción, podemos todavía fijar otros caracteres. La norma arbitraria no vive sino en tanto que se realiza, y no se realiza sino en la extensión que es posible a la fuerza asegurarla; el derecho vive con prescindencia de su realización, aun más: puede decirse, repitiendo la conocida sentencia de Rosmini, que el derecho se muestra precisamente, con una luz más viva en el momento de su violación. Así, cuando se anunció en el mundo que Alemania declaraba que los tratados eran meras tiras de papel, y que violando los principios hollaba una nación neutral, menospreciando su derecho, se sintió en toda la humanidad, más fuerte que nunca y más vivo, el principio que impone el deber de cumplir lo prometido. Stammler, desde este punto de vista, afirma con verdad que el derecho es invulnerable (2). En cambio, la violación de la norma arbitraria, no sólo no levanta esta tormenta moral, sino que constituye acto meritorio y hasta una forma de heroísmo.

(1) "Du contrat social", pág. 12.
(2) "Lehrbuch", par. 41.

El derecho se distingue de la norma arbitraria porque es una regla conforme a legitimidad, mientras que la segunda depende de la voluntad variable que la impone.

CAPITULO SEXTO

Definición del derecho

1 — Necesidad y dificultad de una definición. 2 — La definición corriente. 3 — La definición de Stammler. 4 — La definición que proponemos.

1 — La determinación del concepto del derecho exige, al concluir, proponer una definición que sea a modo de una síntesis verbal de las conclusiones a que se haya llegado en el deslinde de que nos hemos ocupado. El concepto, como lo dijimos al comenzar, es una representación mental que exige ser traducida en una fórmula unitaria; en una definición. Las definiciones presentan, en general, dificultades insuperables, al pretender resumir en una expresión los caracteres de un objeto que se presenta en la realidad bajo aspectos diferentes. El derecho no admite una sola expresión, cuando se lo considera como un hecho que se manifiesta concretamente en las leyes y en los principios o en la conciencia como una categoría espiritual; será, entonces, preciso colocarse en una o en otra actitud, renunciando a algunos de sus aspectos. Esta dificultad ha hecho que ciertos autores que se han ocupado de este tema, renuncien a cumplir la tarea de una definición, porque la juzgan una cuestión insoluble; tal sería el caso del penetrante espíritu de Giuseppe Maggiore, que concluye afirmando que sobre el derecho sólo puede decirse con la expresión romana **"jus est esto"** (1). Conscientes de la necesidad y de la dificultad de una definición nos creemos, sin embargo, en el deber de formular alguna.

2 — En otra ocasión hemos propuesto una definición del derecho que lo refería a un sistema de "delimitación" necesaria de las relaciones sociales según legitimidad. Esta definición, que se

(1) "Fil. del Dtto.", pág. 60.

inspiraba en el modo corriente de considerar el derecho, tenía, sin embargo, el grave defecto de no traducir exactamente el carácter propio, la sustancia del objeto definido. Alejandro Volansky ha demostrado, en un libro reciente, que hablar de una delimitación no es anticipar nada sobre el objeto, desde que toda delimitación no es otra cosa que trazar una línea separativa entre cosas existentes, pero sobre cuya naturaleza propia nada se dice (2).

Juzgamos preciso que una definición del derecho contega, a lo menos, una referencia a la sustancia propia del mismo y al fin que persigue.

3 — Stammler propone una definición exacta, pero simplemente enumerativa; y la enumeración es sólo un camino hacia la definición, que debe resumir en una expresión única los rasgos enumerados. Dice la definición referida: El derecho es un modo de voluntad, ligante, autárquico, invulnerable. En cada uno de los vocablos de la enumeración está contenido el rasgo característico que distingue el derecho del orden natural, de la moral, de las costumbres, de las normas del poder arbitrario; pero no obstantante su exactitud, no puede discutirse que no es suficiente para ofrecer una representación unitaria como exige la síntesis del concepto.

4 — Nosotros, en vista de esta grave dificultad, y antes de lanzarnos a un estudio crítico de las numerosas definiciones propuestas por los autores, de que dan una idea los recientes libros de Volansky y de Lévy Ullmann, preferimos dirigir nuestras simpatías hacia una vieja definición que tiene además del mérito de una extraordinaria profundidad de pensamiento, una tan antigua tradición que hace suponer que evoca un eco universal que le ha asegurado su perpetuación. El Dante, en su libro sobre "La Monarquía" (3) define así el derecho **"Jus est realis et personalis hominis ad hominem proportio, quae servata hominum servat societatem, et corrupta corrumpit"**, que traducida, expresa: El derecho es una proporción real y personal entre hombre y hombre, que observada, conserva la sociedad, y que corrompida la corrompe. El pensamiento central de esta definición está expresado con la

(2) "Essai", pág. 127.
(3) "De Monarquía", L. II, par. 5, pág. 57; Arcari, "La Scala dei Primi", pág. 42.

voz **proportio** — proporción — que significa ordenar una cosa en relación a otra, por razón de una mutua conveniencia; en esto está contenida la relación o vínculo que crea el derecho ya sea real o personal; este es el rasgo formal sustancial del derecho, el fin del derecho es la conservación del orden social — que conservado, conserva; que corrompido, corrompe la sociedad humana. Esta definición contiene, como se ve, los dos elementos sustanciales precisos para caracterizar el derecho en su aspecto formal; nada anticipa sobre el principio real que lo informa en cada instante de su existencia, que constituye su aspecto transitorio, es decir, ha fijado el momento universal en la vida de todo derecho.

PARTE SEGUNDA

LA JUSTICIA

CAPITULO PRIMERO

El problema de la justicia

1 — Los hechos y el problema. 2 — La justicia social. 3 — La justicia legal. 4 — La equidad.

1 — Nuestros problemas deben ser puestos por la realidad, ya sea en su aspecto de fenómenos exteriores y constatables por los sentidos, o de estados interiores que se traducen en expresiones que una atenta observación puede determinar con toda certeza. La realización del derecho, sea en los principios contenidos en las leyes o en la solución de los casos dados en las sentencias, por muy exactas que las supongamos, nos deja siempre insatisfechos: el hombre sabe que una perfección absoluta no ha sido nunca alcanzada en la realidad, pero tiene la certeza ineludible de que esta perfección existe, pues, sin ella sería incomprensible esa sed insaciable de justicia que lo agita y carecería el derecho del elemento fundamental que lo sostiene. Los hombres de todas las épocas han puesto este principio fuera de la realidad, de las leyes o de las sentencias; parecería que trasciende de las cosas naturales, a tal punto vive indiferente a la realidad, sea que lo consagre o contradiga. Los poetas y filósofos griegos percibieron claramente el sentido de este problema. Sófocles pone en boca de Antígona, cuando ésta necesita justificarse por haber violado los edictos prohibitivos, esta solemne réplica: "Jamás he creído que tus edictos valgan más que las leyes no escritas, pero firmísimas, de los dioses. Porque esas leyes no fueron promulgadas ayer, sino que son de todos los tiempos, ni existe hombre alguno en el mundo que sepa cuando comenzaron". Los filósofos hicieron de la justicia una virtud (1), un estado del ánimo, que más tarde participaba de los atributos de la divinidad; desde entonces no ha dejado de plantearse ante los hombres el mismo problema; no sería di-

(1) Aristóteles, "Retórica", I — 9 — 1366 — b. 9; "Etica" a N. 1 — III — c. 4

fícil extraer de sus obras los pasajes que así lo revelan. Los escritores modernos, aun aquellos que están más lejos de los grupos que siguen las tendencias de la actual metafísica, no vacilan en reconocerlo; Duguit, para citar uno de los más autorizados, declara expresamente: "La noción de lo justo y de lo injusto es infinitamente variable y cambiante, pero el sentimiento de lo justo y de lo injusto es un elemento permanente de la naturaleza humana; se encuentra en todas las épocas y en todos los grados de civilización, en el alma de todos los hombres, en los más sabios como en los más ignorantes. ¿Qué es, exactamente, el sentimiento de justicia y cuál es su parte en la formación de la regla de derecho? Es un problema muy grave y muy complejo, del que no puedo sino esbozar aquí la solución". ("Traité de Droit Constitutionnel", 2 edit., pág. 50, T. I.) Mandato de los dioses, virtud, elemento permanente de la naturaleza humana, no sabemos todavía qué es, pero no cabe duda que se impone como un problema ineludible a los hombres de todos los tiempos y que ellos han sabido situarlo fuera de la realidad perceptible, en una región que no accede a la directa observación (2).

2 — Antes de ocuparnos de la solución del problema, será preciso — tanto para reducirlo a sus verdaderos límites como para hacer cesar los equívocos que suelen introducirse en este asunto, provocados por los distintos sentidos que se dan a la expresión justicia — detenerse un instante a distinguirlo de otras cuestiones o problemas, de apariencia semejante, con las que es común confundirlo.

Se habla comúnmente de justicia cuando es preciso oponer un principio superior de ética social a las soluciones de las leyes y de la jurisprudencia que parecen contradecirlo. La lucha por el derecho, como el martirio por la justicia, no son, en el fondo, otra cosa que esfuerzos tendientes a establecer un ideal social o político, nuevo o desconocido por la legislación vigente y que se le cree en perfecta armonía con los fines ideales de la colectividad.

En todos los pueblos, y de modo más evidente en los que han alcanzado un cierto grado de desenvolvimiento, se advierte la

(2) Stammler - Lerhbuch — Drittes Buch. Idem — "Die Richtigkeit eines Rechtes". Prólogo de la nueva edición de "Die Lehre von dem richtigen Rechte" en "Zeitschrift für Rechtsph. Band. IV. Santo Tomás, "Suma", Cuestiones LVII y LXIV, tomo 2. — Del Vecchio, "La Giustizia", pág. 42. — Ascoli, "La Giustizia", pág 141. Rava, "Lezioni" pág. 231.

existencia, primero en los grupos selectos y luego difundido en la masa, en la forma vaga pero intensa de un sentimiento, de la representación de un ordenamiento social mejor que el existente y que se esfuerzan por implantar. Esta representación, que es un ideal que impulsa a la colectividad, nace de la experiencia en la vida social, forma el contenido de la conciencia y guía el juicio sobre el valor de los actos humanos; desde estos puntos de vista se parece tanto a la justicia que casi se indentifica con ella, pero esa representación es una sustancia histórica, temporal, condicionada, que tiene un clima, un tiempo propio, que vive y cambia constantemente; que cuando se fija en una fórmula se convierte en una cosa muerta que la realidad se ocupa de disolver, para reemplazarla por otro ideal y otra fórmula. Los escépticos suelen mirar hacia este aspecto cuando se disponen a negar el principio universal de la justicia: un grado de elevación decide de la justicia o de la injusticia de una institución; pero al hablar así no se advierte que es esta una simple justicia social, un precipitado histórico de la justicia, como suele decirse, que la anuncia pero que no la contiene. El problema de la justicia social no es nuestro problema; nosotros buscamos una noción, un principio universal, incondicionado, el término de la perfección hacia el cual nos dirijimos constantemente (3).

3 — El ideal social en su proceso suele alcanzar, a veces, la seguridad y fijeza de un juicio; la apreciación de las relaciones de la vida social se hace según un criterio de identidad y equivalencia casi perfecto. Entonces las fórmulas del ideal social, en su aspecto jurídico, pasan a las disposiciones de la legislación; y el símbolo de la justicia, referida a una ley o a un principio, es el de la balanza, que sirve para determinar la equivalencia de dos fuerzas, sostenida por una mujer con los ojos vendados, para que se sepa que es preciso juzgar con prescindencia de la peculiaridad que ofrecen los distintos casos, según un cartabón inflexible, que excluye toda excepción al principio de identidad de que se parte. Este género de justicia, que el juez realiza, es, más que todo, legalidad; es la forma orgánica del ejercicio de la potestad de juzgar. Cuando el principio contenido en la ley se debilita o envejece,

(3) Luño Peña en una prolija y penetrante monografía, "La justicia social" (1933), dice que la justicia social representa la armonía de los valores personales y transpersonales en la realización del orden jurídico y social (Pág. 46).

las sentencias pierden toda fuerza moral y se las impugna en nombre de la justicia social. Basta enunciar este aspecto de la legalidad, sin necesidad de insistir sobre sus caracteres, para que se comprenda que este género de justicia legal tiene muy poco que hacer con el problema que nos inquieta; pero es necesario recordarla para evitar una confusión.

4 — Junto con la justicia suele ser mencionada la equidad, como si se tratara de una emanación de aquélla; la equidad aparece como la justicia referida a un caso particular, pero si se la analiza convenientemente se descubre que, en realidad, se trata de aplicar los principios esenciales de una legislación. Toda doctrina se asienta en una jerarquía y coordinación de principios que se traducen en las disposiciones particulares de una legislación; cuando estos no bastan para resolver los distintos casos, la aplicación de aquellos principios, según las reglas de la equidad, suple, interpreta o complementa la legislación; esta equidad que es más bien una emanación de la justicia social, tiene muy poco que ver con el problema de la justicia (4).

Puesto en sus líneas generales el problema a esclarecer, y trazados los límites que lo separan de otras cuestiones concretas, podemos ya entrar con cierta seguridad al campo de las soluciones.

CAPITULO SEGUNDO

Clasificación de las soluciones

1 — Caracteres y clasificación de las soluciones.

1 — Procedamos previamente a proponer una clasificación preliminar de las distintas soluciones afirmativas, que nos facilite la exposición y la crítica del tema, aunque no abrace todas las direcciones ni tenga en cuenta todos los caracteres.

Las soluciones que se dan al problema de la justicia se presentan como de dos tipos diferentes, que podemos denominar

(4) Rotondi en "Recueil d'Etudes sur les Sources du Droit en l'honneur de François Geny". T. II, pág. 403, publica: "Equità e principii generali del diritto", con una bibliografía muy interesante.

substancialistas y formalistas. La solución substancialista aspira a ofrecer no sólo una representación intelectual, que nos indique qué es justicia, sino a proporcionarnos el contenido concreto de lo justo, válido para todos los tiempos. En este tipo substancialista pueden distinguirse dos direcciones diferentes, según el método que se emplee: la dirección realista y la racionalista. Este modo convencional de clasificación reune, en un solo tipo, las soluciones procedentes de las más opuestas tendencias, pero esto es sólo una aparente contradicción: bien analizadas se descubre que, aunque por vías distintas, todas ellas buscan alcanzar una solución semejante, que es la que los caracteriza. El tipo formalista renuncia a la aventura de lanzarse en persecución de esa materia concreta que declara inalcanzable, y se satisface cuando puede ofrecer, como en esquema, una noción intelectual de la justicia. No hay duda que la dirección substancialista, si pudiera llegar a un término feliz, sería la única capaz de satisfacernos completamente; habríamos alcanzado no sólo a concebir y a expresar una imagen de la más alta perfección jurídica, sino a poseer la perfección misma, término anhelado en todos los campos de la especulación, pero que hasta hoy no ha sido logrado en ninguno.

Los substancialistas fundan un sistema universal de derecho, que es a la vez de justicia, y en él colocan, una a una, las instituciones jurídicas conformadas a su raciocinio en su única expresión legítima que, sin embargo, para desventura nuestra, varían tan fundamentalmente de grupo a grupo, que lo mismo encontramos como solución la propiedad común o la individual exclusiva, la autoridad del príncipe absoluto o el equilibrio democrático; demostrando que en estas fórmulas sólo se enconden disimulados los ideales condicionados de los hombres.

CAPITULO TERCERO

Las soluciones sustancialistas

1 — Las soluciones realistas. 2 — Las soluciones racionalistas.

1 — Las soluciones realistas buscan en la psicología humana algún principio fundamental que sea el que determine la ac-

ción en la vida, para hacer derivar después, en armonía con él, las diversas instituciones jurídicas. Este modo de solución suele encontrar aquel principio de utilidad, en la simpatía, en el altruísmo, en la solidaridad y en tantas otras tendencias de la psicología humana.

Adam Smith cree haber descubierto una tendencia particular: la necesidad de amar y de ser amado y como sólo por la virtud el hombre se hace amable, basta esta revelación para que todos se vean impulsados hacia la virtud; el principio de simpatía viene a ser así fundamental en las relaciones humanas. Spencer cree en una fuerza natural más decisiva: el altruísmo, que nace en un cierto punto de la evolución humana, y sirve de fundamento a las instituciones sociales. Lo mismo el confiado optimismo de Smith, que el pesimismo de Hobbes o el naturalismo de Spencer, que el solidarismo de Duguit no representan sino la expresión de fórmulas sociales en que se ven, exageradas hasta la deformidad, las diversas tendencias humanas. La suma de todas las aptitudes, tendencias y capacidades del hombre, se ahondan y se extienden, pero no son susceptibles de cambiar en un grado que transformen su naturaleza; el desarrollo particular de la vida social parece dar predominio a alguna de estas vertientes de los actos humanos, y el hombre de ingenio, bajo la sugestión de este tratado, cae en el engaño de creer que ha atrapado el principio definitivo de la actividad humana social, y propone su fórmula, cuya ineficacia la misma vida social se encarga de patentizar. No es necesario detenerse a hacer un análisis de las doctrinas de tan respetables autores, para desecharlas a todas, fundados en un defecto que les es común: la exageración de una tendencia humana con atrofia del resto de la individualidad; no es posible presentar una imagen del hombre asentada tan sólo en sus sentimientos de simpatía y solidaridad, olvidando que los más profundamente suyos son los del egoísmo y el placer exclusivo, que están siempre presentes en todo régimen social.

2 — La solución racionalista, especialmente en el aspecto de la doctrina del derecho natural, provoca el más vivo interés.

El derecho natural parte de la premisa fundamental de que existe en la naturaleza un orden y armonía establecidos por el Creador, del que no hace excepción la vida social misma; que el hombre es capaz de conocerlo porque ha sido dotado de una fa-

cultad adecuada a ese fin: la razón. Conforme a este punto de partida, el derecho natural no sólo se ocupa de revelar los principios justificativos del orden social sino que pretende completarlos, estableciendo su contenido material concreto; el derecho natural se elevaría con esto al carácter de un sistema universal de derecho, perfecto, que contendría en sí la justicia.

Los expositores dividen la materia del derecho natural en dos grandes capítulos: el de derecho objetivo y el de subjetivo. El primero comprende el conjunto de las reglas obligatorias válidas para toda la humanidad, en virtud de la naturaleza del hombre, e independiente de toda declaración positiva. Con este derecho es posible realizar un código de disposiciones de derecho natural, que rija paralelamente con los códigos de derecho positivo, a los que sirve de inspiración.

El derecho natural, en sentido subjetivo, es la totalidad de las facultades jurídicas que a cada uno pertenecen, inmediatamente deducidas, por la razón, del derecho natural objetivo y de las relaciones dadas por la naturaleza misma. Poderes y facultades son extraídos por la razón, de la naturaleza humana, con independencia del estado social, y que existen aun antes y fuera de toda sociedad.

Este derecho es verdadero, positivo, válido, universal, necesario, inmutable; tiene todos los caracteres que puedan hacerlo distinguir como absoluto y perfecto, que lo identifican con la justicia misma.

Los jusnaturalistas pueden adoptar la vieja definición que mira a la justicia como la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo, complementándola, en el sentido de que ellos pueden señalar, de una vez para siempre, cuál es el contenido de lo suyo.

El punto de partida de esta doctrina aparece como una afirmación carente de un fundamento real. Que exista un orden concreto humano universal y que ese orden pueda ser revelado por la razón, parece más bien un artículo de fe que el resultado de una constatación humana. Lo que los hechos revelan es que hay una sustancia social en permanente transformación, no obstante la unidad fundamental en que se asienta, y que esa sustancia no puede ser fijada en una reunión de principios. Aun supuesta la existencia de ese orden, nada confirma que esté contenido en una naturaleza del hombre, que no es por cierto tampoco la que

los hechos revelan, sino la que presume el filósofo, según su imagen particular de vida. Esta doctrina está fundada en una seguridad absoluta en los poderes de la razón, fuera de toda crítica que la justifique.

Estas falsas premisas se muestran también en falsas consecuencias. La identificación del derecho y de la justicia aparece como contradictoria en los hechos. La función del derecho es la de facilitar la realización de los fines que la colectividad persigue conforme a sus ideales; bien puede concebirse un derecho fiel y, por tanto, legítimo a su función, que sea, sin embargo, contrario a la justicia; el derecho que establece la esclavitud, por ejemplo. La justicia es, precisamente, la que nos proporciona el criterio de apreciación de un derecho; confundir el derecho y la justicia es no sólo un error sino una tentación que nos impulsa a trabar implacablemente el desarrollo regular de la vida social, en nombre de un principio que es solamente expresión de un ideal.

La constitución del derecho natural es la obra de un abuso evidente de la dialéctica de la escuela; la materia que la razón contiene no es nada innato, está constituída por elementos que vienen del mundo exterior o que han nacido bajo su influencia; aquí se puede repetir la conocida ironía de Voltaire, cuando refería los derechos innatos como aquellos que se traen al nacer, que se olvidan luego en la vida y que hay que descubrir, por fin, después de prolijos esfuerzos (1).

(1) En una muy importante monografía, "La Justicia y el Derecho" (Buenos Aires, 1935) el Dr. Tomás D. Casares hace una exposición e interpretación de la doctrina tomista con un visible espíritu de moderación. "Puesto que el derecho natural, escribe, se refiere a la exigencia de lo esencial y permanente que hay en el ser humano considerado en la vida de sociedad, sólo puede, como decía en un principio, contener nociones generales". Lo que parece no abarcar la extensión que se solía señalar en la doctrina clásica al derecho natural. Véase, Geny, "Science et Technique", t. II, pág. 315.

CAPITULO CUARTO

La solución formalista

1 — Los hechos y el problema. 2 — La esencia del derecho. 3 — El método adecuado. 4 — La ley de la voluntad individual: La voluntad pura. 5 — Ley de la voluntad vinculatoria: La comunidad pura. 6 — El contenido de la justicia. 7 — Crítica y apreciación de la solución formalista.

1 — Al comenzar el tratado del problema de la justicia, hemos dejado establecido que los hechos reveladores de la existencia de un principio supremo del derecho no se presentan bajo un aspecto material, objetivo, de tal naturaleza que pueda ser constatado por los sentidos, sino que, por el contrario, se muestran como un estado de alma particular, como un hecho de conciencia que es fácil despertar y revelar por una atenta reflexión.

Es preciso advertir, antes de proseguir en la tarea de dilucidación de nuestro asunto, para evitar fatales equívocos, que no nos proponemos intentar un tratado de la justicia, sino simplemente responder al interrogante ¿qué es la justicia?

Un derecho histórico, ya se lo mire en su aspecto de norma positiva o de doctrina, ya en el momento de su realización práctica, por más perfecto y completo que se lo suponga, siempre deberá ser considerado como una creación imperfecta, relativa, que apenas si llega a prestar satisfacción en el instante fugaz en que se aplica. Frente a este derecho dado en la experiencia, el espíritu pone constantemente un principio supremo y absoluto del derecho, un estado de perfección y armonía que se impone como una necesidad del conocimiento, como un principio de unidad indispensable; a tal extremo, que sin él toda noción de derecho se haría incomprensible, porque el derecho se mostraría como una multiplicidad de estados particulares no susceptibles de una representación integral y única. La experiencia constante atestigua, que la razón, ante los sistemas jurídicos, o ante las soluciones prácticas en que se realizan, no ve sino manifestaciones relativas y condicionadas de un derecho, y se resigna a no alcanzar en ellas otra cosa que una aproximación hacia un principio infinito e inagotable de perfección que las sostiene; esta constatación de la experiencia, revela, con una indiscutible precisión, la existencia

de un principio supremo y absoluto del derecho, que llamamos justicia. Si la justicia es el principio supremo y absoluto del derecho que se opone al carácter accidental de su existencia, podemos concluir que la justicia se nos ofrece como una esencia.

2 — Hemos definido la esencia como la unidad de los caracteres de un objeto que lo revelan en su individualidad.

Al derecho, como objeto del conocimiento lo distinguimos de los otros objetos por medio de los rasgos que nos permiten separarlos y caracterizarlos a los unos en relación a los otros; esta operación, que concluye con una representación intelectual que llamamos concepto del objeto, no satisface toda la exigencia del conocimiento, porque no nos revela lo que el objeto es en sí mismo sino en relación a los otros objetos. El derecho tiene un modo particular de ser, de presentarse en la realidad: es esto lo que nos revela el concepto. Pero necesitamos tomar conciencia de un modo más hondo de lo que es el derecho, de aquello que existe con independencia de su manera de manifestarse, que lo sostiene, de su substancia, de lo que permanece invariable en su constante evolución; esta sustancia está revelada por la unidad de sus caracteres.

3 — Planteado el problema, necesitamos determinar el método adecuado para obtener la solución. Fieles a las inspiraciones del método crítico hemos de buscar también, en el contenido de la conciencia, los elementos de esta solución. En el contenido de la conciencia podemos distinguir tres elementos distintos: las intuiciones, los conceptos y las ideas

El mundo exterior provoca en nosotros estados de conciencia que corresponden a las impresiones que nos vienen por los sentidos; estos estados nos proporcionan el conocimiento del mundo y constituyen lo que llamamos intuiciones.

Hay otro género de nociones que, si bien corresponde también al mundo exterior, no están constituídas directamente por elementos empíricos; la conciencia realiza un cierto proceso que hace desaparecer el elemento individual empírico para reemplazarlo por una representación intelectual formada por los caracteres que corresponden a un objeto o grupo de objetos, y a esto denominamos concepto.

Un tercer elemento en ese contenido está constituído por un

concepto puro, sin los elementos materiales de la experiencia, que ha formado la razón no con los datos particulares sino con la totalidad de un orden de experiencia: a esto llamamos idea.

Las intuiciones nos darán el conocimiento de un derecho particular; el concepto nos enseñará a distinguir el derecho de las otras normas de la vida social; la idea nos revelará qué es el derecho en su esencia. La esencia del derecho es la justicia, toda esencia es una idea; luego la justicia es una idea. No es inoportuno insistir sobre la noción de idea, para destruir el equívoco posible que resulta de las diversas acepciones que se dan a esta palabra en las distintas escuelas. Para el empirista la idea es el principio elemental del conocimiento, es la noción preliminar de un objeto; cuando se refiere a un conocimiento vago e impreciso se la denomina idea. Los platónicos hablan de la idea en el sentido de un arquetipo o modelo de los objetos, formado conjuntamente con estos y que existe independiente de nuestra experiencia; no es ésta, precisamente, la concepción que nos corresponde, pero se acerca algo más que la anterior a nuestro punto de vista. Hay, por fin, una tercera acepción que no es ni empírica ni platónica, en la que la idea es una unidad que el espíritu realiza como resultado de la totalidad de la experiencia en cada orden de seres o de cosas. Referida esta noción al derecho podemos decir que al vivir forma el espíritu una noción unitaria y total, con independencia de este o aquel derecho, que no reconoce elementos empíricos, que no es susceptible de realizarse en la experiencia, un tipo ideal o arquetipo que revela la esencia del derecho que denominamos justicia. De aquí que la justicia, como toda idea, sea indefinible, rebelde a ser traducida en una expresión que contenga su sustancia; pero puede ser presentada en un esquema suficiente para la comprensión. Así se explica que Kant defina la idea como un concepto puro de razón, en cuanto no contiene elementos directos de la experiencia, aunque haya sido despertada por ella en su formación.

En resumen: el problema de la justicia es el problema de la esencia del derecho; toda esencia es una idea; la idea es un concepto puro de la razón, producto de la totalidad de la experiencia sobre el objeto; el método a emplearse no puede ser otro que el de la crítica de la totalidad de la experiencia social dentro de nuestra conciencia. La crítica de la experiencia social puede presentarse bajo dos aspectos: uno cuando nos volvemos sobre los

elementos que integran la sociedad en sus diferentes aspectos; cuando nos ocupamos de distinguir el derecho de la moral, de las costumbres, de la norma arbitraria, nos servimos del contenido de la conciencia desde el punto de vista de los elementos que componen la sociedad, para distinguirlos entre sí; pero hay otro aspecto de la consideración de ese contenido: el de la experiencia social en su integridad, en su unidad. La operación primera nos dió el concepto del derecho; esta segunda operación debe darnos la noción de justicia, que mira a la sociedad en su unidad, en su totalidad.

4 — Hemos dicho que el derecho pertenece al orden de la voluntad, por oposición al orden de la naturaleza que se rige según las leyes de la necesidad, de la causalidad. Si pretendemos alcanzar la esencia del derecho, debemos necesariamente tratar de revelar la ley fundamental de la voluntad, el principio de su naturaleza.

Podemos mirar la voluntad desde el punto de vista del individuo, en sí misma; y desde el punto de vista social, en la relación del hombre al hombre, como voluntad vinculatoria. En el primer caso el querer humano puede determinarse hacia un fin, siguiendo los impulsos personales, condicionados, variables de las pasiones o de los instintos del individuo; esta forma de impulso interior, sin ley que lo gobierna, es atentatoria de la naturaleza humana a la que destruye y degrada. Puede también determinarse según un principio interior de armonía, que conserve y eleve el individuo, que se conforme a su naturaleza hasta el punto que pueda tener un valer universal aplicable a todos los hombres, con prescindencia de su situación particular; este modo revelaría la ley profunda de la voluntad individual que los eticistas llaman el deber, que nos impone tender hacia el bien supremo. La ley del deber estaría dada por una representación de la voluntad en su unidad; es decir por una voluntad concebida en su perfección última, desprendida de sus elementos materiales, objetivo de toda voluntad concreta, lo que denominamos voluntad perfecta, arquetipo, pura. Es preciso insistir sobre esta noción de voluntad pura, porque no es posible ignorar las confusiones a que puede dar motivo. Cuando nos referimos a esta voluntad no aludimos a una energía psíquica que nos impulsa en nuestros actos, a la esencia metafísica de la voluntad; ni tampoco a un ideal

de perfección realizable en el sentido de un valor ético, sino a una categoría real de la conciencia, a un método, un criterio de apreciación. Desde este punto de vista el juicio de un acto puede ser realizado según su manifestación exterior; su valer depende de su conformidad al tipo de la voluntad pura, a la intención que se conforma a ella y no reconoce otro juez que el de la propia conciencia. El querer constante y permanente que se determina según ese principio constituye una virtud.

Desde la más remota antigüedad, los filósofos y los moralistas han mirado a la justicia como una virtud. Platón definía la justicia como una actuación de la propia tarea, lo que equivale a afirmar que hay un modo de obrar conforme a un destino propio, a una razón que no está en los hechos sino en nuestra manera de ser, y que ese modo de obrar es conforme a justicia; su discípulo Aristóteles (1), aunque influído también por los pitagóricos, no innovó sobre el particular, continuando con la concepción de la justicia como virtud. En el Digesto se ha recogido el conocido fragmento de Ulpiano, según el que la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo; voluntad constante que vale como una virtud y que asimila la definición romana a la propuesta por los filósofos griegos. Esta concepción ha llegado intacta hasta nuestros días, pero antes dió testimonio de su vitalidad inspirando una bella y honda definición que contienen las Partidas, en las que se lee: "Raigada vertud es la justicia segunt dixeron los sabios, que dura siempre en las voluntades de los homes justos, et da et comparte a cada uno igualmente su derecho" (Tercera partida, Tít. I, Ley 1). Parece una verdad indiscutible la de que la justicia sea una virtud, y no sólo una virtud sino la virtud por excelencia, la que coordina y compendia todas las demás. Cuando es preciso designar una vida perfecta se afirma: es un justo. Los moralistas y los teólogos se empeñan en clasificar y definir las virtudes, pero para nosotros basta repetir las palabras de San Agustín: **ordo amore,** el amor ordenado, el equilibrio de los impulsos según su propia ley, esa es la virtud (2).

---

(1) "Retórica", I, 9, 1366, C. 9.

(2) "Por lo cual soy de dictamen que la definición compendiosa y verdadera de la virtud es un orden de amar o amor ordenado. Y así en los Cantares, canta la Esposa de Jesucristo, que es la Ciudad de Dios, y pide "que ordene en ella el amor". "La Ciudad de Dios", t. 3, pág. 191.

5 — La noción de la justicia no se agota cuando se la mira tan sólo como una virtud, este es su aspecto moral que se refiere a la identidad del ser en sí mismo más que a sus relaciones con los otros hombres, al derecho que los regla y cuya esencia compone. La ley de la voluntad individual se revela por la voluntad de su unidad, voluntad tipo o pura; la ley de la voluntad vinculatoria, que se desenvuelve en la vida social, se revela por la sociedad tipo, por la comunidad perfecta, pura.

El querer ligante supone un estado de interdependencia de fines y de medios humanos, un estado de colectividad; lo que la experiencia atestigua es la existencia de estos estados colectivos en persecución de fines limitados y condicionados, pero el espíritu concibe necesariamente más allá de estos estados una unidad social conforme a fines absolutos y universales, cuyos caracteres puede revelar una crítica de la totalidad de la experiencia social.

El rasgo que caracteriza al tipo de comunidad perfecta, a la comunidad pura, revelado por esta crítica del contenido de la conciencia, no es otro que el de una comunidad de hombres en la que se reconoce a cada uno un valor igual, en que no se subordinan los unos a los otros, en que no aparece ninguno como medio para un fin ajeno (3).

6 — La ley de la esencia del derecho es la justicia; un derecho es justo cuando es conforme a la comunidad pura. La vida social puede realizar, en una variedad infinita, bajo el aspecto de la sustancia material, un derecho conforme a la comunidad pura; por eso se habla de un derecho natural de contenido variable, pero no es posible que se realice completamente el derecho justo.

El derecho vive para un destino social condicionado, concreto, temporal que excluye la posibilidad de alcanzar la realización plena de su esencia. Pero el derecho, como instrumento puesto al servicio del ideal social, puede ser conforme o contrario a justicia, por eso se habla de la posibilidad de un derecho, que sin dejar de ser tal no es justo; en esta distinción está contenida la base de la separación entre derecho y justicia, que no acepta la escuela del derecho natural.

La comunidad pura, como tipo ideal de referencia, no puede ser traducida en una fórmula realizable prácticamente, porque

(3) Stammler, "Lehrbuch", par. 92, define la justicia como la tendencia de un querer jurídico particular, en el sentido de la comunidad pura.

esto sería tan absurdo como si se pretendiera alcanzar lo absoluto en este mundo, aunque lo relativo que constatamos contenga y evoque lo absoluto. Pero es posible fundar principios de contenido intelectual, no material, que a semejanza de los propuestos por Stammler, par. 95, sirvan para justificar un derecho determinado, nos guíen en la realización práctica y nos proporcionen un criterio de apreciación. A la comunidad pura no la miramos entonces como una sociedad perfecta, realizable, ni como una esencia que exista por sí, sino como esencia que la razón revela y que atestigua nuestra conciencia, que alienta nuestros actos y nos da el criterio para la apreciación de todo derecho. La imagen aristotélica que compara la justicia con una estrella, se ha repetido constantemente, porque presenta un fondo de verdad eterno; es una luz que brilla en la obscuridad de los hechos; es guía para el caminante y parece indicar el término de una peregrinación que está muy alto sobre nosotros, tanto que podemos tenerla como inalcanzable por lo medios humanos.

7 — La apreciación crítica de la concepción que acabamos de esbozar ha de encontrarse en la referencia a nuestra oposición terminante a los puntos de vista del realismo y del racionalismo especulativo de la escuela del derecho natural. Bien se comprende que no puede haber término de avenimiento posible, con aquellos que niegan todo saber que no proceda de la experiencia, cuando nosotros comenzamos declarando que nuestra concepción de justicia no procede directamente de la experiencia ni corresponde a un objeto comprobable por los sentidos; pero no necesitamos renovar la discusión para declarar absurda la afirmación que pretende negar la legitimidad y algo más, la necesidad imprescindible de los conocimientos de razón, la posibilidad de la inteligencia de crear las bases del conocimiento; sin este auxilio el mundo se nos presentaría no como una armónica coordinación sino como un mar de particularidades en que nosotros mismos bogaríamos al acaso.

Los racionalistas del derecho natural han de imputarnos, ciertamente, nuestra incapacidad de poseer las esencias como sustancias concretas, de no alcanzar sino a una noción sin contenido material. Debe esclarecerse el verdadero sentido de la objeción para apreciarla debidamente. Es verdad que nuestra noción de justicia carece de contenido material y declaramos algo

más: que ese contenido es inalcanzable, pero debe advertirse que no le falta un contenido intelectual, que es inseparable de toda noción como condición de su existencia, pues lo contrario importaría afirmar una contradicción. Nuestra discrepancia con los puntos de vista fundamentales del racionalismo se advierte si se tiere en cuenta que, para ellos, hay un orden natural contenido en la razón y que se revela a la razón como evidente; para nosotros, ese orden esencial existe; está contenido en la conciencia viviente como resultado de los hechos y según las condiciones del conocimiento, y lo revela una crítica de la totalidad de la experiencia jurídica.

Es preciso reconocer, sin embargo, que una perfecta y definitiva solución del problema, exigiría, como lo quieren los jus naturalistas, una posesión plena de la esencia; sólo así alcanzaríamos el reposo de quien descansa en la verdad absoluta. A esta forma de posesión unicamente se llega por un acto de fe que requiere la asistencia de un principio religioso más allá de los poderes humanos; no podemos entonces exigir de la mente humana lo que está fuera de sus posibilidades. Hay un pasaje en el Evangelio de S. Lucas que es oportuno citar aquí, para esclarecer mejor este aspecto de nuestra cuestión. Refiere que pasando Jesús por medio de Samaria y de Galilea curó a diez leprosos; sólo uno de éstos se volvió para agradecer a Jesús y éste le dijo: levántate, vete, que tu fe te ha hecho salvo; y preguntándole los fariseos: ¿Cuándo vendrá el reino de Dios?, les respondió y dijo: el reino de Dios no vendrá con muestras exteriores, ni dirán: helo aquí, o helo allí, porque el reino de Dios está dentro de vosotros (4). Los judíos, sujetos esencialmente carnales, esperaban ver anunciado el reino de Dios por signos exteriores, por fuego, por luces maravillosas, por cataclismos que los libertaran de sus enemigos, es decir, por elementos materiales que los sentidos habían de alcanzar y penetrar, y no concebirían, sin duda, lo que en sentido espiritual anunciaba Jesús. Nosotros podemos decir también que el reino de Dios es el reino del espíritu; es la identificación de la naturaleza material del hombre y de su naturaleza espiritual, es la posesión de su esencia, es el imperio natural; este es el reino de Dios, que es también el reino de la justicia, que no ha de alcanzarse por un simple esfuerzo humano sino por una iluminación semejante a la que los teólogos suelen denominar la gracia.

(4) Lucas, Cap. XVII, 11 a 21.

El espíritu carnal, a imagen del de los judíos de la parábola evangélica, quisiera también de la justicia una fórmula material y sensible, que se anuncie por un brillo y un esplendor inconfundibles; todas las fórmulas materiales no alcanzarán, sin embargo, a contenerla, porque la naturaleza de lo absoluto, de lo perfecto, excede todos los medios materiales de posesión, sólo puede ser alcanzado por un esfuerzo de ascensión espiritual. La alternativa es terminante: o se renuncia a toda consideración de esencia y se soporta su constante y doloroso asedio, o desprendido de toda preocupación posible se emprende con lealtad el único camino que conduce a su posesión (5).

(5) Las nuevas direcciones filosóficas representadas por Husserl y Heidegger son, sin duda, una confirmación de este modo de ver.

LIBRO TERCERO

EL DERECHO COMO CONOCIMIENTO

PARTE PRIMERA

EL PROBLEMA DE LA CIENCIA

CAPITULO PRIMERO

La determinación del problema

1 — Importancia y actualidad del asunto. 2 — Objeto del saber jurídico. 3 — El problema.

1 — La tarea de esclarecer el valor y significado del conocimiento jurídico constituye, en el campo teorético, una de las preocupaciones de mayor trascendencia. En el campo práctico nada puede ofrecer mayor interés, puesto que de su solución ha de resultar la dirección en el estudio del derecho que corresponda a un conocimiento científico, y el criterio de apreciación que nos permita asignar el verdadero valer a los principios y a las normas jurídicas.

La consideración de este asunto, seriamente encarada, recién ha entrado en las preocupaciones de los filósofos de los últimos tiempos, a pesar de que las bases de la solución ya habían sido echadas en la antigüedad.

En el pensamiento francés, el esfuerzo más considerable en el sentido de la solución de este problema, lo ofrecen las obras fundamentales de Francois Geny, especialmente "Science et Technique en Droit privé positif. Nouvelle contribution a la critique de la méthode juridique" (1914 a 1924), pero no debe olvidarse el meritorio esfuerzo realizado por el infatigable y erudito Julien Bonnecase en su obra "Science du droit et romantisme Le conflit des conceptions juridiques en France de 1880 á l'heure actuelle" (1928). En Italia, la aparición de la importante obra de Benvenuto Donati, "Fondazione della scienza del diritto — Parte prima di una introduzione alla scienza del diritto" (1929) ha

marcado, en realidad, el momento de la exteriorización de una muy seria preocupación por el tema, en aquel país. Los filósofos de Alemania han dado a este asunto la más importante contribución; desde la publicación de "Theorie der Rechtswissenschaft" (1911) de Stammler, hasta la de la recientísima obra de Wilhelm Schapp, "Die neue Wissenschaft vom Rech - Eine phaenomenologische Untersuchung" — 1930 —. (hay traducción española editada por la Revista de Occidente), han aparecido numerosos escritos que, en general bajo la influencia kantiana, procuran llegar a la solución del problema del conocimiento jurídico. No pretendemos con estas referencias ofrecer ni siquiera las primeras líneas de una bibliografía sobre el tema, sino servirnos de ellas para intentar una demostración de hecho, de la actualidad del problema, de la preocupación que despierta, que justifique el vivo interés con que es preciso intentar su exposición.

2 — Todo saber jurídico se refiere, naturalmente, ya a los hechos o relaciones jurídicas, ya a las normas positivas o a los principios. Si se mira el conocimiento jurídico desde el punto de vista positivo social, la atención se fija principalmente en el primer aspecto, y se trata de penetrar el proceso de la formación y de la evolución de estas relaciones jurídicas. Las normas positivas dan origen a un otro género de conocimientos, que se mueven entre los caminos del comentario y de la exégesis de las disposiciones legales, hasta la coordinación de sus fundamentos en un sistema de derecho positivo, siempre referido a las leyes o códigos vigentes. Por último, a base del raciocinio aplicado a hechos o fundado en una pura especulación, suele establecerse otro género de conocimientos jurídicos o principios que se los reconoce como de validez absoluta y universal.

La escuela del comentario ha conseguido, durante mucho tiempo, casi monopolizar el conocimiento jurídico, suponiendo que todo el saber estaba contenido en las leyes, y que la operación de revelarlo de ellas constituía el único método legítimo de conocimiento. No es preciso demostrar el desdén que ha caído sobre este género de conocimiento, pero es oportuno advertir que los defectos que le han quitado su aparente valer han aparecido modernamente en la escuela de la jurisprudencia de los tribunales, que parece afectar un orgullo que les impide ver el insignificante valer de sus conclusiones. Cuando el exégeta o el comenta-

rista de nuestros días quiere dar fuerza a la solución que propone, invoca las constancias de los principios jurídicos científicos y se refiere ordinariamente a las bases abstractas de la misma legislación, sin advertir que son ellas conocimientos de la misma entidad que los principios contenidos en las leyes. De todos los modos del conocimiento jurídico, si hemos de estar a esta constatación, parecería que a ninguno le corresponde el dictado de científico, en el sentido de una verdad universal, pero a la vez se observa que se trata de conocimientos ciertos, sobre los que fundamos nuestro juicio, y que su constante verificación en la realidad sirve para confirmarlos; es entonces preciso someterlos a un criterio de apreciación.

3 — El problema del derecho como conocimiento puede ya ser planteado en su exacto sentido; nos preguntaremos: ¿las nociones sobre el derecho deben ser consideradas como de un valor cintífico? ¿Es posible que el conocimiento del derecho alcance la coordinación y la precisión de una ciencia? ¿El derecho, desde este punto de vista, será algo más que una técnica, un método o un sistema de conocimientos? Son estos los interrogantes que es forzoso plantear, y a cuya solución debemos concurrir empeñosamente.

CAPITULO SEGUNDO

Soluciones del problema

1 — Clasificación de las soluciones. 2 — Solución negativa. 3 — Solución afirmativa: Geny.

1 — Podemos presentar previamente dos soluciones extremas, de cuya crítica hemos de sacar algunos elementos precisos para fundar nuestra solución. Los juristas muestran o una fe fuera de crítica, en el valor del conocimiento jurídico y proclaman la existencia de la ciencia del derecho, o imbuídos de una confianza ilimitada en la perfección de las ciencias naturales niegan, sin mayor examen, el carácter científico de la jurisprudencia; pueden servir de ejemplo, relativamente a los primeros, Geny y,

entre los segundos, von Kirchmann. "Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft" (1848), (La desvalorización de la jurisprudencia como ciencia).

2 — Von Kirchmann se funda para sostener su posición negativa, en las siguientes consideraciones: La materia del derecho está dada por las relaciones sociales, cuyo sentido y carácter varía sin cesar, como que se aprecian según valores que el hombre reconoce y sobre verdades que descubre; en cambio, la materia de las ciencias es siempre la misma, — el sol, la luna y las estrellas brillan como hace miles de años, la rosa florece hoy en nuestros jardines como en el Paraíso.

La tarea de todas las ciencias es la de penetrar su objeto, de descubrir sus leyes por un esfuerzo constante y un resultado progresivo; de ahí que desde Bacon, por la aplicación de una escrupulosa observación que subordina la razón a la experiencia, las ciencias han progresado lentamente, mientras que la jurisprudencia no ha producido, hasta hoy, nada mejor que las antiguas obras de un Cujas y de un Doneau, de un Otomano o de un Duaren. Es de la naturaleza de todas las ciencias, el no poder llegar a la verdad sino muy lentamente.

Por fin, el contenido de la jurisprudencia está formado por leyes impuestas por la autoridad, a diferencia de las de la ciencia que son revelaciones de verdades que la inteligencia descubre; la jurisprudencia resulta, según esto, no una sacerdotiza de la verdad sino la servidora de lo irracional. Aquí puede recordarse una de las frases más expresivas del furioso panfleto, como lo califica Rumpf (1) al discurso de Kirchmann: Tres palabras de rectificación del legislador y, las bibliotecas enteras no servirán sino para ser arrojadas a la basura (2).

---

(1) "Le Droit et l'opinion", pág. 159.

(2) El problema de la ciencia del derecho ha sido estudiado desde distintos puntos de vista en los últimos tiempos. La doctrina del profesor Geny ha merecido particular consideración por Jaromir Sedlácek ("L' oeuvre de Francois Geny et la science du Droit pure". Recueil d'études en l' honneur de Francois Geny. T. I, pág. 277) y por Miodrag D. Toutsakovitch ("Elaboration scientifique du droit positif dans la conceptión de Francois Geny". 1939: resumida en su Conclusión, pág. 173). La negación del carácter científico del derecho encuentra una extrema expresión en la obra de Anders Vilhelm Lundstedt: "Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft"; I-1932, II-1936. (El carácter no científico de la ciencia del derecho) para la que no existe ni el derecho positivo en el sentido de la jurisprudencia, (Das positive Recht im Sinne der Jurisprudenz exis-

No es preciso detenerse a analizar el fundamento de esta argumentación cuya falacia está de manifiesto; su mismo autor ha comprendido que carece de solidez, si no se comienza por fundar sólidamente una concepción de ciencia. Es preciso saber previamente qué es ciencia, para recién aplicar sus premisas a la jurisprudencia y concluir lógicamente afirmando o negando el carácter científico; es preciso, como dice Stammler, colmar el vacío dejado por Kirchmann en su célebre discurso (3).

3 — La solución afirmativa propuesta por Francois Geny, tiene en su abono el valioso desarrollo en que la ha presentado, que le ha valido a su autor, a muy justo título, ocupar uno de los puestos más altos en el concurso de la ciencia jurídica moderna.

Según Geny, la actividad del jurisconsulto oscila entre dos polos distintos, que denomina lo dado y lo construído. Cuando se trata de constatar pura y simplemente lo que revela la naturaleza social, interpretada según ella misma o según las inspiraciones de un ideal superior, hablamos de lo dado. Cuando el trabajo a realizar, partiendo de los datos naturales adquiridos, tiende a ponerlos en ejecución, a transformarlos y los adapta para acomodarlos a las necesidades mismas del orden jurídico al cual se lo destina, el resultado de ese esfuerzo artificial, que se ejerce sobre la naturaleza por procedimientos propios, sacados de los poderes del hombre, puede esto ser calificado de construído, ya que por un medio subjetivo tiende a erigir la regla bruta en precepto capaz de penetrar en la vida y de animarla, en vista de los fines supremos del derecho (N. 33). Lo dado se ofrece bajo cuatro aspectos principales, que están en la base de todo sistema jurídico: lo dado real o estrictamente natural, lo dado histórico, lo dado racional y lo ideal, que entre todos contribuyen a sugerir las direcciones principales del derecho positivo (N. 166). El dato real consiste en las condiciones del hecho, físicas o morales, en que se halla co-

---

tiert nich) (I. pág. 252). La solución del problema encuentra un ejemplo de reducción fenomenológica en la obra de Wilhelm Schapp "Die neue Wissenschaft vom Recht, eine phaenomenologische Untersuchung" (1940). Traducción española de la "Revista de Occidente" (1931), cuya filiación aparece suficientemente clara en las páginas finales de la Bibliografía. Giuseppe Capograssi ha publicado un penetrante estudio "Problema della Scienza del Diritto" (1937), que más bien se ocupa de disciplinar el método científico en jurisprudencia. Véase: Bobbio "Scienza e tecnica del Diritto", Torino - 1934.

(3) "Rechtsphilosophische Grundfragen", pág. 25.

locada cada sociedad. Lo dado histórico está constituído por la regla de conducta que viene a través del tiempo, obra "de ese conjunto de fuerzas concurrentes, completada por el trabajo misterioso que acompaña a la evolución misma del mundo". El dato racional está constituído por las reglas de conducta que la razón desprende de la naturaleza del hombre; representa el fondo esencial del derecho natural clásico. Por fin, el dato ideal que concentra todas las aspiraciones humanas en vista del progreso incesante del derecho. Desde estos puntos de vista se descubren ya dos modos de la actividad cognoscitiva del jurisconsulto: el uno tiende a constatar los datos de la naturaleza y de los hechos, y constituye la ciencia; el otro es la actividad artificial, propia del jurisconsulto, que tiende a dar a las instituciones formas apropiadas a su objetivo práctico y procura la más plena realización del derecho, de acuerdo a la naturaleza de los hombres y de las cosas, y constituye la técnica. (N. 186).

Si Geny hubiera deseado fundar una concepción del derecho como ciencia, habría debido comenzar estableciendo sobre sólidas bases una concepción de ciencia; quizás por esta vía le hubiera sido dado constatar la falta de fundamento racional y científico de su construcción. Por la constatación de los datos reales no es posible alcanzar a conocimientos de un valer permanente y universal; bastaría recordar las réplicas de Kirchmann para tener esta afirmación por demostrada. La "Ciencia y técnica" de Geny, integradas, apenas si alcanzarían a constituir una dogmática jurídica, saber efímero, y relativo tan sólo al sistema jurídico positivo que le sirve de antecedente. La corcunstancia de que esta concepción jurídica pretenda fundir en una unidad elementos reconocidos como antagónicos: el dato real y el dato racional, como base de la ciencia, pero sin proveer concretamente sobre el método de la fusión, hace difícil su exacta apreciación, dificulta su crítica, y a tal punto la debilita, que es este eclecticismo lo menos recomendable de esta obra, por otra parte admirable. La obra de Geny es una valiosa contribución a la solución del problema, pero queda éste en pie, imponiendo a todos el deber de tentar esclarecerlo.

CAPITULO TERCERO

Noción de la ciencia

1 — Clasificación de las doctrinas. 2 — Noción racionalista. 3 — Dirección positivista. 4 — La negación escéptica. 5 — Fundamentación de la noción de la ciencia.

1 — Según lo que dejamos expuesto, para esclarecer el tema relativo al valor del conocimiento jurídico, es preciso dejar sentado previamente la noción de la ciencia; es esta la premisa mayor en nuestro raciocinio; cualquier conclusión, tanto afirmativa como negativa, respecto al valor científico del conocimiento jurídico, carecería de fundamento si no se asienta en una sólida concepción de la ciencia.

En el pensamiento filosófico suelen aparecer tres modos distintos de considerar la ciencia: el del racionalismo, que la mira como un sistema de verdades absolutas; el del positivismo, que renuncia a perseguir lo absoluto, tenido por inalcanzable, para constituir el saber científico por un conjunto ordenado de verdades relativas, leyes y causas de los fenómenos; el del escepticismo, más o menos pragmático, que renuncia a toda creencia en la posibilidad de llegar a poseer la verdad. Un somero análisis de estos puntos de vista filosóficos es indispensable, antes de intentar la tarea de ofrecer los fundamentos de nuestra concepción.

2 — ¿Qué es ciencia? El racionalismo, para contestarnos, reproduciría la antigua definición y nos respondería: es el conocimiento de las cosas por sus fundamentos. No puede dudarse que se encierra en esta expresión un programa completo y plenamente satisfactorio; según él, conoceríamos las cosas no sólo tal como se nos manifiestan, sino en su verdadera realidad; pero, debemos preguntarnos: ¿existe realmente una seguridad racional, humana, de que por nuestros medios de conocer podamos alcanzar hasta los fundamentos de las cosas? Lo que la realidad presenta a nuestro conocimiento no es más que una materia cambiante y variable, una interminable sucesión de hechos particulares, cuya esencia y fundamento no podemos penetrar por nin-

guna de las facultades comunes al hombre. El racionalismo llama en su auxilio a un poder extraordinario y original, que se mueve fuera de los datos de la experiencia, una especie de facultad que se despierta en su ejercicio, y con la que puede revelar el plan y fundamento de las cosas. No sería legítimo negar la existencia de esta facultad, de este poder de la razón, fundado en las constataciones de la experiencia, porque precisamente ella proclama que está más allá de la experiencia misma, que la completa y enriquece; pero es también cierto que la contradice en cuanto proclama, como absolutos, principios que corresponden a una interpretación de la realidad que se muestra sólo relativa. Ninguna experiencia nos autorizaría a considerar absolutas y universales las constataciones de la razón, lo que nos permite concluir que los conocimientos racionales no están fundados en evidencia.

3 — Los positivistas renuncian, como inalcanzable, al conocimiento del fundamento de las cosas; proscriben todo elemento subjetivo, el objeto del saber son sólo las cosas mismas, y sus relaciones y leyes. Un positivista dirá que es ciencia todo conjunto sistematizado de verdades sobre un orden dado de fenómenos. Sus verdades se refieren a lo constatable, a la materia dada en el fenómeno; nada dicen de lo absoluto, de los fundamentos de las cosas que inquietan al racionalista. Durante mucho tiempo se alentaba una fe sin reservas en el poder del método positivo para alcanzar a descubrir la verdad; se hablaba del "porvenir de la ciencia" con cierto cándido optimismo; la realidad no ha correspondido a tantas esperanzas; ese porvenir, que se señalaba como algo próximo, aparece cada vez más remoto. Los filósofos y los hombres de ciencia han puesto en cuestión las premisas fundamentales del positivismo; resulta que las ciencias positivas se asientan sobre principios subjetivos, que escapan a toda verificación experimental y, por otra parte, no hay ninguna seguridad de que se mantengan inmutables las relaciones de las cosas en el encadenamiento de los fenómenos, condiciones indispensables para todo saber positivo. Con la materia del conocimiento no es posible fundar verdades universales, y sin ellas todo el saber se reduce a la constatación de hechos particulares, del elemento individual. Si el plan del racionalismo es perfecto e inciertos sus resultados, por lo inadecuado de su método, el positi-

vismo, ni en su plan ni en sus resultados, puede servir a nuestra solución.

4 — La inaptitud de estas posiciones extremas para resolver el problema, junto a cierta debilidad o ligereza del espíritu que se ha mostrado en todos los tiempos, ha engendrado una posición de duda y de incertidumbre, propia del escepticismo que proclama la imposibilidad de un conocimiento científico verdadero. Ya desde los tiempos de Grecia aparece esta tendencia que representaban los sofistas, para quienes es un asunto de retórica la demostración de la verdad o de la falsedad de una proposición. El escepticismo adelanta una solución negativa a nuestro problema, porque es también solución declarar que no hay ninguna seguridad de verdad en nuestros conocimientos. Desde antiguo se ha advertido también la contradicción que supone todo escepticismo, en cuanto afirma que no es posible una verdad universal, sin comprender que esta premisa, que es por sí una proposición universal, carecería de fuerza ante el principio metodológico fundamental del escepticismo. Sócrates, en lucha contra los sofistas, echó las bases de la fundamentación de la ciencia; el proceso del saber científico consistiría en elevar lo sensible particular a lo inteligible universal (1); en esto está ya el verdadero plan de la ciencia, su completo desarrollo recién había de alcanzarse después de las enseñanzas de Kant, como que son, hasta nuestros días, los discípulos y los continuadores de Kant los que han sabido plantear el problema en su verdadero sentido y adelantar los primeros pasos en el camino de la solución.

5 — Las categorías de verdad y falsedad, de lo verdadero y de lo falso, son de tal modo inherentes a nuestro conocimiento que es tarea imposible pretender reducirlas o eliminarlas, a menos que nos dispongamos a renunciar a todo conocimiento. El problema que plantean estas alternativas fundamentales no puede ser eliminado; debe ser necesariamente resuelto.

Ya hemos dicho que para la solución del problema debemos partir del punto de vista sentado por Sócrates. Elevar lo sensible particular a lo inteligible universal, marca el proceso de la constitución de la ciencia. El conocimiento sensible sólo puede

(1) Vocchio — "Presupuestos", pág. 125. Stammler, pár. 10.

proporcionarnos la certeza sobre lo particular, pero lo particular es individual, se refiere a una sustancia cambiante y variable que se ofrece en una constante transformación. Si nos atenemos tan sólo al elemento sensible en el conocimiento, nada podría ser mirado como verdad definitiva y universal; el escepticismo tendría un asidero innegable. La ciencia, ha dicho Poincaré ("La valeur de la science", pág. 265) es, ante todo, una clasificación, una manera de relacionar los hechos que las apariencias separan, a pesar de que se encuentran ligados por algún parentesco natural y secreto. La ciencia, en otros términos, es un sistema de relaciones, pues, como acabamos de decirlo, sólo en las relaciones debe ser buscada la objetividad; sería vano buscarla en los seres, considerados como aislados los unos de los otros. Para constituir una ciencia es entonces preciso no sólo conocer sino relacionar, avaluar los hechos, apreciarlos; no sólo conocer sino entender; elevar lo sensible a lo inteligible, para lo que necesitamos descubrir los fundamentos de un plan coordinador de nuestros conocimientos. De esto resulta que la verdadera ciencia no depende tanto de la verdad de los conocimientos particulares; nada importa que la historia de la ciencia sea un vasto depósito de errores que han sido tenidos por verdades demostradas; el saber científico sólo exige un conocimiento cierto, a lo menos para un ambiente dado, para una determinada relación ordenada según un plan de validez absoluta y universal; en este plan, y no en los conocimientos concretos, es en donde se encuentra el carácter absoluto e incondicional de la verdad, sobre él se eleva la construcción científica con los materiales de los conocimientos ciertos; es decir, con aquellos que no se nos muestran como contradictorios, sea con los hechos reales, sea con otros conocimientos tenidos por verdaderos. Si se observa el progreso de los conocimientos científicos, se constata que lo que se tiene por verdad relativamente a un ambiente de observación dado, cuando este ambiente se extiende por el descubrimiento de un nuevo método o por un nuevo instrumento de observación, la verdad establecida no resiste a la comprobación en el nuevo campo incorporado; no siempre resulta tratarse de un error, que ha sido tenido por verdad; suele, por el contrario, conservar su valer dentro del ambiente limitado de la primera observación, y sólo se lo corrige al referirlo al nuevo ambiente. Según esto, si fuéramos a establecer como condición del conocimiento científico el carácter de verdad

absoluta, la historia de las ciencias parecería demostrar la imposibilidad de alcanzarla. Si pensamos en la ciencia física, la ciencia por antonomasia, hemos de recordar de qué modo los descubrimientos de Einstein, por ejemplo, merced a una aplicación particular del método matemático, han podido demostrar la inaptitud de los principios de nuestra física terrestre para explicar los fenómenos del Cosmos. Un nuevo método, un nuevo ambiente exigen una nueva verdad o, a lo menos, una corrección y perfección de la verdad establecida; la ciencia, sin embargo, a pesar de esta movilidad, de este cambio constante, no pierde su carácter, siempre que los conocimientos ciertos sean coordinados bajo la influencia de un plan universal de validez absoluta.

Si la primera condición para la existencia de la ciencia resulta ser un plan de coordinación; si este plan naturalmente no puede salir de los mismos hechos particulares, puesto que ellos le comunicarían su propio carácter relativo y condicionado, será preciso, una vez más, recurrir a la crítica de la conciencia para revelar las condiciones permanentes humanas del conocimiento. Kant, siguiendo las enseñanzas de los filósofos griegos, ha sido el que ha penetrado más hondamente en este asunto, en las exposiciones de su lógica trascendental.

Una crítica del contenido de la conciencia nos revela que hay en ella dos tipos de conocimientos; los unos corresponden a los objetos del mundo exterior, formados por los datos que nos proporcionan los sentidos, los otros no corresponden directamente a un objeto de la experiencia: se forman con los datos sensibles, pero sufren una elaboración mental que les hace perder toda sustancia material, para tomar una sustancia ideal. A los primeros llamamos conceptos condicionados, a los segundos, conceptos puros; por aquéllos conocemos los objetos materiales dados en la experiencia, por éstos, que juegan un rol ordenador, nos guiamos en la experiencia, la distinguimos en sus elementos, nos sirven como tipos de referencia.

Si aplicamos estas ligeras nociones al campo del derecho, para hacer más fácil su inteligencia cabal, encontramos que el concepto del derecho, que ya dejamos expuesto, corresponde al tipo de los conceptos puros; que no salen directamente de la experiencia, en cuanto no corresponden específicamente a un derecho histórico o dado, determinado, pero corresponden exactamente a todo derecho actual o posible. Los rasgos del concepto

son los que nos permiten, frente a la realidad social, distinguir el derecho de lo que no es derecho, a pesar de todas sus variaciones y cambios. Se advierte la función ordenadora que cumple el concepto; es el principio fundamental de todo saber, sin el que no podría el conocimiento del derecho alcanzar su unidad.

El conocimiento particular de una institución jurídica, de un principio legal que corresponda a un derecho histórico determinado, se alcanzaría tan pronto como hayamos formado una representación intelectual concreta de ellos, que constituirá conceptos condicionados, pero con estos no podría alcanzarse a la jerarquía científica en tanto que no se disponga de un plan incondicionado que sirva de base a su coordinación.

Ahora se entenderá claramente la definición de ciencia, propuesta por Stammler: Ciencia es una ordenación de nuestros conocimientos según un plan unitario e incondicionado de validez absoluta. La existencia de una ciencia exige un plan unitario e incondicionado para la ordenación y una suma de conocimientos ciertos, concretos, sobre un orden de fenómenos, coordinados en una construcción científica que constituye propiamente el cuerpo de la ciencia.

CAPITULO CUARTO

Fundamentación de la ciencia del derecho

1 — Es posible una ciencia del derecho. 2 — Las bases del plan unitario. 3 Líneas principales del plan. 4 — El cuerpo del saber.

1 — Nuestro problema fundamental, que planteábamos al iniciar este asunto, se refería al carácter del conocimiento jurídico. ¿El saber jurídico consiste en una simple constatación y ordenación de hechos, o puede alcanzar el carácter y la jerarquía de una ciencia? Con los antecedentes que dejamos expuestos será posible dar una contestación terminante a esta cuestión.

Hemos afirmado que siempre que sea posible ordenar conocimientos ciertos sobre un orden de la realidad, según un plan incondicionado, unitario, de validez absoluta, tendremos una ciencia. ¿Es posible llenar esta exigencia, tratándose del conoci-

miento jurídico? Podemos, sin vacilación, anticipar una respuesta afirmativa.

Para la existencia de una ciencia no es preciso exigir que los conocimientos concretos que acumula y ordena sean expresión de la verdad; en el sentido de afirmaciones de un valor absoluto, una tamaña exigencia privaría, tal vez, a todo saber del carácter científico; basta la constatación de conocimientos ciertos, que la experiencia confirma, para que se llene la exigencia del saber científico. Sobre este fundamento podemos afirmar que el valor científico de los conocimientos se mide menos por el valor del contenido concreto de los principios, que por el plan lógico, unitario, de coordinación de los mismos. La primera preocupación, en esta tarea, debe ser la de establecer si es posible fundar ese plan lógico en el campo del derecho.

2 — La observación de los hechos muestra al derecho como un conjunto de acontecimientos cambiantes y variables; ni la más aguda observación podría extraer de esos hechos, directamente, un principio coordinador; de lo que sería legítimo concluir que el plan unitario que buscamos no está contenido en los hechos ni puede ser extraído por la observación. Todo conocimiento, sin embargo, reconoce un principio coordinador; de un modo consciente o no, las nociones que poseemos adquieren en la mente una ordenación. Fijemos nuestra atención en una institución particular: la propiedad, por ejemplo; a los hechos que a ella se refieren, que son tan diferentes en sus mutaciones en el espacio y en el tiempo, les comunicamos un principio de unidad que los hace mirar como manifestaciones de una sustancia única, que varía sin cambiar de un modo fundamental, y ese principio es proyectado desde el interior de nuestra conciencia hacia el exterior, liga los hechos por encima de su aparente disparidad. Si nos proponemos ahondar un tanto en este proceso, descubriremos que el principio coordinador procede del concepto del derecho, que es el elemento organizador del conocimiento. Sentada esta premisa, es claro que, sometido el concepto a una crítica de los elementos o rasgos que lo integran, podemos sacar las bases del plan que se busca de coordinación del conocimiento.

3 — Ya hemos distinguido los conceptos, separándolos en dos tipos fundamentales: los conceptos puros y los condiciona-

dos. Tratándose del plan incondicionado para la coordinación del conocimiento, nada tenemos que hacer con estos últimos. Los conceptos son representaciones intelectuales, creadas por la mente con los elementos que saca del mundo real. Un análisis de los elementos que integran el concepto del derecho nos revelará los conceptos fundamentales simples, irreductibles, que entran en toda relación que pueda ser pensada como jurídica; verdaderas categorías jurídicas. Hemos dicho que el concepto del derecho se integra con los elementos: modo de voluntad ligante, autárquica, invulnerable; un análisis de estos elementos descubre dos categorías para cada uno: sujeto y objeto relativo a la voluntad; vínculo y fundamento; supremacía y juridicidad, positividad y vigencia, dos a dos, para cada uno respectivamente de los otros elementos. Estas categorías, conceptos fundamentales simples, constituyen las líneas principales del esquema o plan, que no se agota en ellas; estos conceptos, relacionados entre sí, dan nacimiento a otros tantos conceptos fundamentales derivados y, entre éstos y aquéllos se forma el plan lógico de ordenación del conocimiento jurídico. Los conceptos fundamentales puros, simples y derivados, muestran el aspecto filosófico formal de la teoría de la ciencia.

4 — La exigencia más elemental de un conocimiento no quedaría satisfecha si nos limitáramos a fundar el sistema de los conceptos puros relativos a un orden del saber; todo conocimiento se compone de elementos concretos tomados de un objeto real, con los que se forman los conceptos condicionados, constituídos por un proceso de síntesis y abstracción de los elementos del mundo real. Así como a la propiedad corresponde una categoría universal, un concepto puro, se descubre también un concepto condicionado, que se refiere a cada uno de los sistemas históricos conocidos de propiedad. El saber jurídico está, según esto, constituído por un plan universal, de base lógica y formal, y por los conceptos condicionados según el modo de manifestarse en cada época, coordinados según aquel plan. En estos conceptos se muestra el aspecto substancial del saber, que constituye el cuerpo de la ciencia.

El conocimiento jurídico, por su índole particular, en cuanto no se refiere a la constatación de hechos o relaciones naturales, sino a la revelación de la apreciación particular de cada épo-

ca sobre los valores de la vida y sobre el sentido de las relaciones sociales, requiere, más que ninguno, una constante adecuación a sus propias realidades; todos los cambios de las condiciones generales de la vida social, y su apreciación plantean problemas efectivos, que el jurisconsulto, para constituir la ciencia, debe referir a los conceptos fundamentales puros. Esta operación que sobre el plan del saber científico eleva el cuerpo de la doctrina jurídica de su tiempo, se denomina construcción jurídica, cuyo término es la constitución final de la ciencia del derecho.

PARTE SEGUNDA

TEORIA DE LA CONSTRUCCION JURIDICA

Generalidades

1 — El tema. 2 — Dogmática, técnica y sistemática.

1 — Al ocuparnos de la fundamentación de la ciencia del derecho, hemos llegado a la conclusión que para constituirla es preciso fundar un plan o esquema, de valor absoluto e incondicionado, al que debemos referir, como guía y principio coordinador, los conceptos condicionados, temporales, que forman el saber jurídico concreto, correspondiente a una época y a una sociedad determinada. La obra del saber humano, que consiste en elevar por medio de una serie de operaciones lógicas, sobre el plan incondicionado, el cuerpo de los principios jurídicos, la doctrina jurídica que corresponde a una cultura particular, la denominamos construcción jurídica. Hemos intentado ya, dar el fundamento del plan científico del derecho; dirijamos ahora nuestra preocupación a establecer la teoría del proceso lógico de la construcción jurídica.

2 — El cuerpo de los principios que constituyen la sustancia del saber jurídico de cada época, no se lo obtiene por un proceso de descubrimiento sobre los datos de la realidad sino que es el resultado de un proceso de creación, la obra de largas operaciones lógicas, realizadas por los juristas, sobre la base de las interpretaciones de las relaciones sociales comunes a la época. Esta obra de creación se muestra bajo dos aspectos, que corresponden a dos operaciones lógicas distintas, que deben ser estudiadas separadamente; el proceso de la formulación y el de la sistematización de los principios jurídicos sustanciales concretos. Todavía cabe otra distinción; el proceso de la formulación, que comprende la dogmática jurídica, puede ser estudiado como dogmática propiamente, relativa a la formulación de los principios sustanciales, y como técnica en el sentido de los medios prácticos puestos al servicio de los fines de la formulación; de modo

que esta operación se presenta bajo un doble aspecto, que se refiere uno, al fondo, otro a la forma de los principios jurídicos.

CAPITULO PRIMERO

De la dogmática jurídica

1 — El origen de los principios jurídicos. 2 — Los datos reales. 3 — Fuente racional. 4 — El proceso lógico de formulación: representación, abstracción, síntesis. 5 — Ejemplos. 6 — Peligros de los procesos lógicos.

1 — La primera cuestión que plantea la dogmática podemos expresarla así: ¿de dónde procede la fórmula en que se condensa un principio jurídico? Si tomamos por ejemplo una fórmula tal como la contenida en el artículo 1197 del Código Civil, que declara que las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma; si prescindimos del fin social que persigue, de la sustancia concreta de todo derecho, que ya sabemos que corresponde al fondo de una determinada cultura, y fijamos la atención sobre la expresión de pensamiento en sí, sobre lo que Miceli llamaría contenido formal de la norma (1), sobre lo que dispone concretamente, concediendo un determinado poder jurídico, ¿podríamos preguntarnos de dónde procede esa fórmula concreta?

2 — Si siguiéramos, por ejemplo, el fondo de las ideas de Geny, en su aspecto realista, deberíamos responder que procede de los datos reales de la vida social, que el jurista se limita a constatar (2). Sostienen los que siguen estas inspiraciones, que los principios jurídicos serán tanto más legítimos cuanto más cerca se encuentren de los fundamentos naturales de las relaciones de la vida; que el jurista, a fuerza de abusar del raciocinio, va alejándose constantemente de la fuente natural de su saber; que es preciso trabajar sin descanso para poner al derecho en ar-

(1) "Principii", Pte. 1ª., Cap. VI.
(2) Dabin, "La technique de l'elaboration du droit positif", pág. 103.

monía con la naturaleza. Este modo de ver, bajo la sugestión de la exactitud positiva, encierra una afirmación excesiva que es preciso corregir. Los principios jurídicos, como todo lo que existe, se asientan sobre elementos naturales, lo cual quiere decir que también el jurista debe contar sobre los fenómenos y las leyes naturales; pero lo que pertenece específicamente al derecho no es el aspecto natural de los mismos sino el aspecto cultural; es decir, lo que la vida de comunidad ha puesto sobre ellos como una nueva estructura. Hay principios jurídicos cuya raíz natural está muy visible, como el de la capacidad para contraer matrimonio, pero, a poco que se observe, se constata de qué manera la representación social de la institución del matrimonio modifica o transforma las nociones naturales en que se asienta; el principio natural no es sino un elemento mediato, que cuenta pero que no decide en los conocimientos jurídicos. Esto es tan exacto, que si se llegara a demostrar que una forma cualquiera de poligamia, por ejemplo, es la única conforme a las leyes naturales para la unión de los sexos, no por eso había de merecer la adhesión del jurista, que debe mirar hacia el destino social del matrimonio antes que a la plena realización de los impulsos naturales. Puede concluirse, sin vacilación, afirmando que el contenido formal de los principios jurídicos no procede de la naturaleza.

3 — Suele también referirse el contenido formal de los principios jurídicos a un proceso de razón, que los descubre del fondo inmutable de la naturaleza humana racional. Geny, en su eclecticismo habla también del dato racional. Los sostenedores del valor dogmático de los principios del derecho romano, confiesan tácitamente que comparten este modo de solución. Parece de toda exactitud, que en el hombre existe junto a su naturaleza natural, una naturaleza racional, que es como el fondo de su ser moral, el resultado de su modo de sentir y de pensar, que permanece siempre inmutable, no obstante todos los cambios en el espacio y en el tiempo, del ambiente en que se desenvuelve; pero del mismo modo que las fuerzas naturales no determinan los principios jurídicos, tampoco los determinan las constataciones de la naturaleza racional: unos y otras son elementos mediatos que sufren la transformación que les impone la representación social particular de la vida de cada época. Los elementos racionales, por su propio carácter universal e incondicionado, no pue-

den dar fundamento directo al contenido formal de los principios jurídicos de carácter histórico y condicionado. Los elementos racionales, interpretados desde un punto de vista crítico, pueden proporcionar los principios formales, base del plan de la ciencia, pero no los principios sustanciales, concretos, cuyo origen tratamos de esclarecer.

4 — Los principios jurídicos sustanciales deben ser referidos, en nuestra opinión, en primer término, a la representación ideal de vida de cada colectividad, y luego al proceso lógico racional humano que el jurisconsulto cumple sobre ese dato ideal; este proceso intelectual, lógico, de formación de los principios es lo que constituye para nosotros el objeto de la dogmática jurídica.

El proceso de la formulación de los principios comienza estableciendo los conceptos particulares jurídicos, que resultan de la aplicación directa de la observación a las nuevas formas de las relaciones de la vida social. En la historia jurídica romana, el ejemplo de las **"responsa prudentium"**, por las que los jurisconsultos respondían fundando un concepto particular, que comprendía el caso que se les había sometido, puede constituir un recuerdo eficaz para ayudarnos a representar el sentido de esta primera etapa del proceso lógico. El principio jurídico, en su forma inicial, corresponde no a una constatación de la realidad sino a una interpretación común de la vida social. De esta operación sale la casuística jurídica, manera típica de presentarse los principios, en los pueblos de legislación rudimentaria o en los primeros pasos de toda nueva institución.

Supuesto ya el caso particular, traducido en una expresión de sentido jurídico, la sucesión de los casos da motivo a una nueva operación de análisis y abstracción, que revela el quid común de los distintos casos, que permite fundar un solo principio que los abarque a todos, y que constituya el caso típico, capaz de dominar, por su generalidad, la variedad con que cada especie se ofrece en las relaciones de la vida.

5 — Algunos ejemplos, aunque no sean de una rigurosa exactitud, servirían para hacernos representar mejor esta teoría de la formulación de los principios jurídicos. En nuestra vida actual estamos asistiendo a la transformación de los principios sobre res-

ponsabilidad; su iniciación ha de encontrarse en el nuevo modo de apreciar las relaciones sociales, y en particular aquellas que se refieren a la producción; los principios clásicos de la responsabilidad no bastaban para satisfacer esta nueva interpretación de las relaciones; en la doctrina, en la legislación, en la jurisprudencia se admitía la posibilidad de soluciones contrarias a aquellos principios, para casos particulares, y se comenzaban a establecer casos particulares de excepción a los principios subjetivos, que la doctrina se esforzaba por explicar, extendiendo o transformando los principios tradicionales; poco a poco se iba ampliando con un nuevo perímetro el campo de los principios, hasta llegar a constituir un capítulo complementario, en que una nueva noción dogmática, la del riesgo, ha venido a perfeccionar la clásica responsabilidad objetiva. Si nos preguntamos cuál ha sido el proceso de esta creación, puede responderse sin vacilar: no es la obra de un descubrimiento que haya revelado una relación real de las cosas; es el resultado de una interpretación de las relaciones sociales, traducida primero en la representación de casos particulares que parecían como excepción, más tarde en la fundamentación de casos típicos que abrazaban aquéllos y, por fin, de principios generales válidos como fundamentos de una institución particular, y todos conformes a la representación general de vida de la colectividad. Así explicamos el proceso lógico de la formulación del contenido formal de los principios y de las normas jurídicas.

6 — La operación de carácter predominantemente lógico tiene el grave peligro de que, con frecuencia, está expuesta a caer en excesos de puros raciocinios, que alejen a la jurisprudencia de su fuente de vida, el caso real, y degenere en el bizantinismo de una pura lógica jurídica; suele ser este el mal que aqueja a la ciencia del derecho en los pueblos de legislación codificada, en donde con frecuencia los juristas olvidan la fuente de los principios jurídicos y mueven las normas de la legislación como piezas de un instrumento estable y definitivo, de una estructura lógica inflexible; la sistematización de las resoluciones judiciales, que llamamos jurisprudencia, tiende a corregir este mal cuando se vive bajo la vigencia de legislaciones envejecidas. Esta reflexión explica en cierto sentido, algunas afirmaciones excesivas, como la de Josserand, que en el prefacio de su reciente (1930) "Cours

de Droit Civil Francais", afirma que "el derecho que hemos tomado por objeto de nuestro estudio es, ante todo, el derecho jurisprudencial, es decir, el que se realiza: hemos entendido hacer ciencia y no novela". Conclusión que, a ser interpretada en su exacto sentido, traduciría un desdén, no justificado, por los principios jurídicos y por la obra eminente de los juristas franceses que le han precedido en las tareas de la doctrina y de la enseñanza, y una confianza, fuera de toda crítica, en el poder creador y en el valor científico de la jurisprudencia. Por el análisis y la abstracción, ejercitada sobre las expresiones de los casos particulares, se fundan los casos típicos, los principios generales que convienen a un género de relaciones.

La obra del proceso lógico no queda concluída aquí, precisa ascender en el camino de la abstracción hasta perder todo contacto directo con la casuística; la analogía y la peculiaridad de los casos muestran conexiones ideales y nos permiten fundar principios que gobiernan instituciones jurídicas. Un largo proceso de casuística y de generalización preside la formación de la dogmática jurídica y asiste a su transformación.

CAPITULO SEGUNDO

De la técnica jurídica

I — Noción

1 — La expresión técnica jurídica. 2 — Sentidos diferentes. 3 — Su verdadero sentido. 4 — Aspectos de la técnica.

1 — Los principios jurídicos expresados en la doctrina o en las leyes no son solamente el resultado del proceso lógico que acabamos de describir; a la más ligera observación se constata que hay en ellos también elementos artificiales, en el sentido de tratarse de creaciones puramente jurídicas que, a modo de hipótesis, ha precisado introducir el jurisconsulto, para llenar los vacíos que una dogmática estricta no puede colmar; todas las operaciones relativas a estas creaciones lógicas, así como los productos mismos, suelen ser referidos a la técnica del derecho.

La expresión "técnica" es de las que han hecho fortuna en el campo del derecho; se la repite constantemente, aunque no siempre tomándola en el mismo sentido, por lo que sería de utilidad comenzar intentando un esclarecimiento sobre el particular. Es común encontrar la expresión técnica empleada por los juristas ya en el sentido de ciencia, de arte, de simple habilidad, y no sabríamos ciertamente cuál es, en verdad, la acepción que mejor conviene en el derecho.

Los que como Chamberlain niegan al derecho carácter científico, reducen todo el saber jurídico a una simple técnica; mientras el arte y la ciencia, escribe, son comunicables a toda especie de hombres dotados de inteligencia y de sentimiento, de modo que forman un bien común de la humanidad, la técnica es accesible tan sólo a los técnicos; no es posible mantener el interés de un auditorio hablando de derecho si no se trata de verdaderos juristas. Es este un falso razonamiento cuya falacia se pone por sí de manifiesto, pero sirve para mostrar sobre qué fundamento se pretende hacer del derecho una pura técnica (1).

2 — La concepción de la técnica varía de un modo sustancial en los distintos autores que han tratado de precisarla. Savigny asigna a la técnica la función de la elaboración específica del derecho; comprende todas las operaciones que realiza el jurista sobre los datos de la realidad para dejar constituído el principio o la norma jurídica (2). La sustancia del derecho, según Savigny, procede del alma popular, de ella emana como de una fuente; al jurista sólo corresponde constatarla, pero los modos de expresión del derecho son la obra de la voluntaria actividad del jurisconsulto, que puede favorecer o dificultar el desarrollo de aquel elemento natural; esta actividad voluntaria del jurista comprende particularmente la técnica jurídica. Esta concepción es de las más extensas que puedan concebirse, en cuanto reduciría todo el saber jurídico, todo lo que el hombre conoce como jurídico, a una pura técnica. Ihering, en su tratado sobre "El espíritu del derecho romano", expone una concepción de técnica algo más reducida; es verdad que este autor emplea, a veces en un sentido equivalente, las expresiones técnica, arte y método jurídico, y que sus reflexiones tienen en mira especialmente la jurisprudencia ro-

(1) "La genése du XIXe. Siécle", T. I, pág. 211.
(2) "Sistema del Derecho Romano", T. I, pág. 47.

mana, pero, con todo, puede concluirse que para él la técnica comprende la realización formal del derecho (3). Si se recuerda que, dentro de la concepción de este autor, la sustancia del derecho está contenida en el interés que mueve a la colectividad, se advierte que al jurista cabe también una participación en la formación de esta sustancia, con lo cual se muestra que la obra del jurista no está toda ella contenida en la técnica, lo que revela, en comparación con la concepción de Savigny, la menor extensión asignada a la técnica por Ihering.

Saleilles se ha preocupado de caracterizar lo que él llama técnica doctrinal constructiva, esto es la que se ocupa de traducir en fórmulas jurídicas, que tengan el sello del derecho, las concepciones de pura justicia, a fin de conciliar estas fórmulas nuevas con el conjunto de las construcciones jurídicas. Esta concepción tiende a precisar mejor la tarea a cumplir por la técnica jurídica, abrazando, en realidad, tanto el campo de la dogmática como el de la sistemática. Para Saleilles (4), según esto, sería muy difícil distinguir la técnica de la ciencia, desde que aquélla se ocuparía de conciliar y armonizar las fórmulas dentro de un sistema que, en definitiva, mucho se parece a la ciencia.

Kohler (5) —que participa de la dirección del idealismo absoluto hegeliano y, por tanto, no puede admitir otra intervención del jurista en el desarrollo del derecho, que la de favorecer o contrariar el proceso fatal de la vida— concibe la técnica como el conjunto de las operaciones que cumple el jurista para servir a la realización práctica del derecho; en un amplio sentido este modo de considerar la técnica tiende a confundirla con lo que se suele llamar jurisprudencia; esta sería, sin duda, la concepción más estrecha y limitada.

Estas referencias nos bastan para permitirnos concluir afirmando que, a pesar de las diferencias que se observan entre las distintas concepciones, se advierte que ellas más bien corresponden a las discrepancias sobre los fundamentos filosóficos de los sistemas, que a caracteres de las concepciones mismas de la técnica; en el fondo se ve que se denomina técnica a aquellas operaciones, de base lógica, que sirven para la formulación de los principios o de las normas jurídicas; no es preciso hacer sobre el

(3) "El Espíritu del Derecho Romano", T. III.
(4) "Introduction a l'étude du Droit Civil allemand", pág. 110.
(5) "Filosofía del Derecho", pág. 51.

particular una querella de palabras, pero nos parece inaceptable dar en el derecho a la expresión técnica una acepción que cambia el sentido corriente. Este reproche puede dirigirse igualmente aun a aquellos que como Geny o Demogue (6) buscan una concepción de técnica que salga de una especie de transacción entre los modos fundamentales que acabamos de referir. Geny define su técnica jurídica fundamental como ese esfuerzo que, inherente a la formación y a la elaboración internas del derecho positivo, constituye la obra propia del jurisconsulto. Demogue, con menos precisión, a mi modo de ver, sostiene un punto de vista semejante, cuando dice que se contenta con ver en la técnica el estudio que tiene por objeto reconocer las vías por las cuales una regla ideal de conducta obtiene los caracteres de positividad, y se transforma en una regla jurídica obligatoria.

No encuentro modo de poner cierto orden intentando una clasificación de estas distintas concepciones, pero acaso sería legítimo concluir, de la simple enumeración, afirmando que, al parecer para todos, la técnica no es otra cosa que el conjunto de las operaciones puramente lógicas que corresponden al jurista en la obra de la realización doctrinaria del derecho; es decir, la que se refiere a la tarea propia del jurisconsulto. Bien podemos anticipar que juzgamos excesivo este modo de ver; es verdad que la obra del jurista es, en la mayor medida, un esfuerzo para descubrir los medios prácticos adecuados para servir los intereses fundamentales que persigue la colectividad, y mirada desde este punto de vista, es lógico denominar técnica al derecho, pero es preciso recordar que en estas operaciones hay algunas que reconocen un principio fundamental, que se cumplen según leyes lógicas inmutables, y hay otras que son el resultado puramente artificial y voluntario, el simple medio al servicio de un fin; y si es legítimo llamar técnica a estas creaciones artificiales de la maestría o habilidad, no lo es respecto de aquellas operaciones de bases lógicas, fundamentales; rechazamos, pues, toda concepción que en último término mire como puramente técnica la obra del jurisconsulto, y que no enseña a distinguir en esa obra los aspectos diferentes que la integran.

3 — Para dar un fundamento racional a la noción de téc-

(6) "Les notions fondamentales", pág. 201.

nica, debemos comenzar estableciendo cuál es el sentido corriente de la expresión, ya que no existe motivo alguno que nos imponga prescindir de él, para asignarle una acepción propia, jurídica. Cuando se habla de técnica entendemos referirnos a una simple operación, a una habilidad en el manejo de los instrumentos, materiales o no, de que se sirve un saber o una disciplina de conocimiento, para alcanzar los fines propuestos; cuando calificamos de técnica a cierta actividad la declaramos privada de una verdadera sustancia intelectual propia, tratamos de una destreza la cual presupone un saber que por medio de la técnica alcanza ejecución. Resulta, según esto, que la técnica es un conjunto de operaciones por las que adaptamos medios adecuados a fines queridos o buscados. Cada disciplina tiene su técnica particular, que corresponde a su modo de ser y de realizarse; de ahí que sea posible y necesario formular una teoría particular que contenga, conforme a su naturaleza, una representación de sus elementos fundamentales.

Según este modo de ver no puede confundirse el objetivo de la dogmática con el de la técnica; la dogmática se ocupa de aquellos procedimientos de lógica fundamental que nos llevan a poseer y dominar una cierta sustancia intelectual jurídica, el fundamento de los principios, la expresión del programa de los valores sociales de cada colectividad; la técnica, en cambio, presupone una representación de los fines sociales y busca los medios adecuados para alcanzar ese fin.

Propongamos un ejemplo que sirva para esclarecer estos puntos de vista. El código civil argentino contiene un principio con el que define las personas jurídicas; dice que son sujetos del derecho todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones. En esta expresión pueden descubrirse: un elemento fundamental, de fondo, y otro meramente formal, técnico. La expresión ente susceptible, mirada desde el punto de vista de su contenido de ideas, significa que la representación jurídica del sujeto tiende a confundirse con el sujeto real, con el individuo, porque declara que hay entes que tienen la propiedad natural, la capacidad propia para ser sujetos del derecho; esta acusa una representación individualista de la vida jurídica, porque la hace nacer de rasgos o cualidades del sujeto; este contenido no es la obra de la creación artificial del hombre, nace del fondo mismo de la vida social, que el jurista se limita a interpretar. En el prin-

cipio citado a modo de ejemplo, se advierte también un aspecto formal: es una definición, una expresión en palabras compuestas por el jurisconsulto, que admite distintas fórmulas y que presenta el sello personal de un autor; para mantener la integridad del principio, ya que hay sujetos del derecho que no son el individuo humano, el jurisconsulto tendrá que declarar, más adelante, que las personas morales son una ficción, una creación de la ley; este es otro recurso artificial de que se vale el jurista para levantar la construcción jurídica. En esta referencia se distingue claramente lo que corresponde a la representación de la vida social, a los fines que se persiguen en la colectividad, a los principios mismos que estudia la dogmática, de aquellos medios artificiales; definiciones, ficciones puestas al servicio de los fines para llenar más cumplidamente el destino social.

Es fácil percibir el fundamento de la distinción entre la dogmática y la técnica jurídicas, aunque en relación al objeto se encuentran indisolublemente unidas, como la materia y la forma, y la teoría de ambas debe, por la misma razón, ser reunida en una sola expresión que comprenda el problema de la formulación de los principios. Puede definirse la técnica como el estudio del conjunto de todos aquellos medios con cuya ayuda se elaboran los principios jurídicos.

4 — Un estudio ordenado de los medios técnicos jurídicos impone una clasificación; ninguna base más sencilla y exacta se encontrará que la que resulta de separarlos, según sean meramente formales o se refieran desde más cerca a la sustancia, sin perder su carácter de medios; sobre esta base los clasificaremos así: Medios técnicos formales: lenguaje jurídico, forma, fórmula; medios técnicos sustanciales: definición, presunción, ficción.

II — Medios técnicas formales

1 — El lenguaje. 2 — Las formas. 3 — Las fórmulas. 4 — El porvenir de los medios técnicos.

1 — El lenguaje, en sus relaciones con el derecho, ha sido mirado por los juristas desde puntos de vista distintos, que debemos considerar separadamente. El lenguaje puede ser estudia-

do según el criterio gramatical, o literario o jurídico. Un ejemplo muy expresivo, aunque referido directamente a la ley civil, es la exposición del profesor Colmo en su "Técnica Legislativa del Código Civil Argentino" (1). Las reglas de la sintaxis son puestas en contribución para formar un juicio sobre el valer gramatical de los modos de expresión del Código. No hay duda que estas reglas deben ser rigurosamente aplicadas también a las expresiones de un código, pero aparece igualmente claro que el jurista puede ser, en ciertos casos, dispensado de su estricto cumplimiento, porque dada la función primordial de las leyes, mandar para ser obedecidas, lo primero es alcanzar un cierto magisterio verbal, un modo de expresión terminante y seguro que provoque imágenes fuertes, bien definidas, expresivas, que a veces no son incompatibles con cierto desaliño e incorrección gramatical.

El lenguaje ha sido estudiado también en su aspecto literario. La sanción del código civil brasileño dió motivo a que se exteriorizara una justa preocupación por la perfección del estilo literario de las obras legislativas. Ruy Barbosa tuvo ocasión de expresar, en forma admirable, el verdadero sentido de esta exigencia. "Los códigos, dijo, son monumentos destinados a una vida secular, y sólo el influjo del arte comunica durabilidad a la escritura humana; sólo él transforma en mármol el papel y la pluma en cincel. Necesario es, por tanto, que en esas grandes formaciones jurídicas, la cristalización legislativa presente la simplicidad, la limpidez y la transparencia de las más puras formas del lenguaje, de las expresiones más clásicas del pensamiento" (2). El estilo literario que corresponde a la creación jurídica tiene el destino más alto, pero su fundamento está más allá del campo jurídico; sería salir fuera de sus límites si pretendiéramos abrazarlo dentro de nuestras preocupaciones filosóficas.

El lenguaje jurídico, en cuanto a forma externa de la sustancia social, ese sí que es inseparable de su consideración filosófica. Los pueblos en los que no se ha desarrollado suficientemente un lenguaje jurídico no pueden poseer ni legislación ni doctrina jurídica que se aproxime a la perfección. Cuando Savigny negaba la conveniencia de la legislación codificada, pensaba, entre otras cosas, en la imposibilidad de redactar grandes cuerpos de legislación antes de que se hubiera formado un len-

(1) "Técnica Legislativa", pág. 214.
(2) "Parecer", pág. 5.

guaje jurídico adecuado. La falta de expresiones técnicas ciertas es un anuncio seguro de la carencia de representaciones exactas sobre las instituciones jurídicas; en éste, como en tantos otros campos, se puede decir, siguiendo las inspiraciones de Ihering, que aquí también debe repetirse, entre serio y en broma, como los teólogos, que igualmente en la jurisprudencia lo primero es el verbo. En nuestra propia experiencia podemos confirmar esta verdad; las instituciones no adquieren su pleno desenvolvimiento, en tanto que no encuentran un modo de expresión que traduzca sus modalidades; a cada instante tropezamos con vacíos tan sensibles en el lenguaje jurídico, que representan una traba para el desenvolvimiento de las instituciones; bastaría recordar, como ejemplo, expresiones tales como responsabilidad objetiva, abuso del derecho, etc., que evocan imágenes contradictorias que traban, necesariamente, la libre creación de representaciones conformes al nuevo sentido con que se ofrece cierto género de relaciones; por eso no carecía de significado aquella superstición antigua que rendía culto a las expresiones, como si fueran revelaciones inconscientes de la divinidad o dictados de la razón natural, que nos lleva, por otra parte, a conservarlas cuidadosamente, hasta más allá del tiempo en que conservan su sentido real, constituyendo una pesada carga que impide la transformación regular de la jurisprudencia.

En todos los pueblos en los que se ha desarrollado una vocación jurídica ha sido condición de su ejercicio la posesión de un lenguaje jurídico. En Roma hubo grande preocupación por la adecuación de las expresiones; algunos jurisconsultos, como Gayo Aquilio, llegaron a gozar de fama por su habilidad en el manejo de las expresiones jurídicas, y si se descubren períodos transitorios, como el que siguió a la Revolución Francesa, en los que todos parecen aspirar a desprenderse de las formas técnicas, se debe principalmente a que se trata de períodos críticos en que se precisa crear una nueva doctrina, se siente la necesidad de desligarse de todo elemento técnico que por naturaleza cumple la función de conservar las antiguas formas, trabando todo desenvolvimiento. La despreocupación de la democracia por la técnica, de la que es una muestra, en el aspecto del lenguaje jurídico, nuestro código civil, puede servir de confirmación de lo que queda expuesto. En los tiempos contemporáneos hay verdadera preocupación por alcanzar una técnica perfecta; bastaría recordar

algunos libros modernos; así, para prescindir de los más conocidos, citaremos a J. Becquart, "Les mots á sens multiples dans le Droit Civil Français"; Jean Ray, "Essai sur le Structure Logique du Code Civil Français"; Otto Gradenwitz, "Wort - Verzeichniss zum Bürgerlichen Gesetzbuche"; Angelesco, "La technique législative" (1930) y hasta en nuestro país, libros como el de Artese, "Indice Analítico - Alfabético del Código Civil", que pueden servir a esta misma preocupación.

Finalmente, el lenguaje jurídico se muestra bajo dos aspectos: el de la nomenclatura jurídica y el del estilo; no sólo es preciso expresiones adecuadas, un vocabulario propio, sino giros que correspondan a la modalidad literaria de la doctrina, que tengan una capacidad plástica de evocación de las imágenes; ese magisterio verbal a que nos hemos referido tantas veces.

2 — Las formas son también medios técnicos formales impuestos por el derecho. Los actos, para tener efectos jurídicos, deben presentarse revestidos de cierto aspecto exterior y sensible que el derecho juzga indispensable para reconocer su existencia y autenticidad; ese elemento exterior, que el derecho impone como necesario, se llama forma jurídica.

Las formas pueden referirse a actos de distinta naturaleza, ya sean verdaderos o reales, o simplemente simbólicos, y ocurre con frecuencia, que comienzan por ser actos verdaderos, y con su constante repetición se desvirtúan en su aspecto real, para convertirse en meros símbolos. Los cambios que ha sufrido la tradición, en su aspecto de forma para adquirir la posesión, pueden servir de ejemplo que confirme este juicio. La generalidad con que se presentan en todos los derechos estas formas simbólicas, ha permitido a los juristas analizar el rol que cumple la fantasía en jurisprudencia; Dernburg ha escrito sobre este tema un estudio digno de ser recordado.

Las formas suelen ser divididas en probatorias y habilitantes; creemos que esta distinción carece de un valor fundamental; o las formas son una condición de existencia del acto jurídico o no son formas; aquellas que se refieren tan sólo a facilitar la prueba, apenas si constituyen un elemento contingente del acto, entre otros tantos.

El carácter particular de las formas varía según el estado del derecho o según el principio fundamental que lo informa. El

Derecho Romano de la época antigua se caracteriza por el predominio de las formas reales, materiales; la balanza, la tégula, el terrón, etc.; en el derecho civil clásico moderno, de fondo individualista, se animan los actos materiales con el espíritu, con la voluntad que pone en ellos el individuo que los cumple, y de un modo natural va descubriendo que el verdadero valer reposa no en la materia sino en el espíritu, y reemplaza por el acto simbólico el acto real; así se explica que en el Código Civil se diga (nota 973) que los progresos de la civilización, espiritualizan las instituciones, las desprenden de la materia y las trasladan al dominio de la inteligencia; si extendemos nuestra observación hasta los tiempos contemporáneos, los hechos parecerían no confirmar esta especie de ley de espiritualización enunciada; las formas de la publicidad, de sentido social y material, tienden a reemplazar al elemento voluntario de la intención, que es al que se alude en la observación anterior, y la razón de estas aparentes contradicciones nos parece manifiesta: a cada apreciación particular del valor de las relaciones sociales, corresponde un sistema de derecho y a cada sistema, técnica y formas particulares; la espiritualización no es una regla de progreso en las formas, sino la que mejor se acomoda a la concepción individualista del derecho, así como la publicidad fijada en un registro es la que sirve mejor a la concepción social moderna.

3 — Cuando las formas toman el aspecto de expresiones estrictas, sacramentales y solemnes, se denominan fórmulas. Las fórmulas cumplen en el derecho una misión trascendental, impresionan fuertemente la imaginación, tendiendo a crear una fuerza moral que sostiene el principio de ciertas instituciones. En la vida moderna parece más bien que las fórmulas jurídicas tendieran a desaparecer; es raro el caso, como el de la celebración del matrimonio, en que se conserve la fórmula en su estricto sentido, en el que es necesario pronunciar determinadas palabras para que el acto alcance validez legal; se explica que este rigor de la fórmula deba ceder ante el principio que reconoce que la fuerza jurídica de los actos viene tan sólo del poder de la voluntad individual que lo crea. En Roma, por el contrario, las fórmulas ocupaban en la vida del derecho un amplio campo; bastaría recordar las acciones que protegían los derechos, que en su totalidad estaban aseguradas por el empleo de fórmulas sacramentales; este modo co-

rrespondía ciertamente a un estado primitivo, en el que se trataba de despertar un estado de conciencia por la repetición de formas exteriores.

4 — La tendencia hacia la disminución del empleo de los medios técnicos formales, plantea el problema de su existencia misma. De un modo natural se nos impone resolver si estos medios representan elementos irreductibles de la vida jurídica o simples auxiliares provisorios, que sirven para llenar vacíos propios de los sistemas jurídicos rudimentarios; especie de andamiaje que es preciso retirar después de terminada la construcción. Antiguos juristas han mirado con desdén el aparato técnico de las formas. Cicerón fustigó implacablemente a los jurisconsultos, en su oración pro Murena, porque en su afán de reducirlo todo a fórmulas sacramentales habían degradado la jurisprudencia (3). Sólo como un arma esgrimida en la defensa de una causa, puede explicarse que se eche sobre el derecho el peso de los excesos de la decadencia de las escuelas de los jurisconsultos. Las formas, como los actos de la liturgia religiosa, tienen un fondo humano universal que no puede ser eliminado; la comunidad de los fieles, como los que participan de un mismo ideal jurídico, se constituye y se realiza en la práctica de las mismas formas exteriores; sin ellas sólo se conciben estados de conciencia individual, pero no la fusión en un estado colectivo. Este es el elemento universal, irreductible, que recibe su modo particular de ser de las peculiaridades de cada época; en el derecho romano se advierte, por ejemplo, la influencia de la psicología particular de los pueblos que intervinieron en su formación: los sabinos, religiosos; los latinos, guerreros; los etruscos, artistas, dieron al derecho sus fórmulas a imagen de su propia concepción. Las formas de fuerza y de poder, materiales, son latinas; las que revelan un estado espiritual, vienen de los sabinos, y aquellas en las que se descubre una cierta armonía de las líneas, una proporción y correspondencia de las partes, acusan su origen etrusco.

---

(3) Cuando esas fórmulas eran un misterio, no había más remedio que dirigirse a los que tenían la clave; una vez divulgadas, cualquiera puede apreciarlas y todo el mundo sabe que son frases vacías, abundantes solamente en supercherías, argucias y extravagancias. Par. XII. — Discurso pro Lucinio Murena.

III — Medios técnicos sustanciales

1 — Noción y justificación. 2 — La definición. 3 — Presunciones. 4 — Ficciones.

1 — Parecería extraña, y hasta contradictoria, la existencia de medios técnicos sustanciales, ya que la técnica debe ser algo meramente formal puesto al servicio del destino que se persigue en el orden jurídico, y que lo sustancial, en el derecho, está constituído por el contenido de representaciones de los modos de la realidad que el jurista debe descubrir o constatar; pero esta separación de los elementos formales y sustanciales del derecho no se verifica estrictamente en la realidad, hay un espacio entre uno y otro que participa, en cierto sentido, del carácter de los elementos colindantes; que son creaciones técnicas, formas voluntarias propuestas por el jurista, pero que, a la vez, responden a las exigencias del sistema, que se conforman con el principio sustancial que lo nutre; esos medios técnicos son la definición, las presunciones y las ficciones.

Aunque los medios técnicos en sí mismos se muestran como recursos artificiales, que parecen revelar las imperfecciones del sistema o su incapacidad para reglar la totalidad de las relaciones según su fundamento real, una observación más atenta comprueba que en todos los derechos, sin excepción, el jurista se ve precisado a servirse de ese género de recursos; viejos autores, como Alciat y Menochius, se propusieron estos problemas, y sus observaciones tienen, hoy como ayer, completa validez; es que el modo de ser de nuestro conocimiento los impone. Un sistema jurídico, por más flexible y amplio que sea, no tiene nunca la posibilidad de contener todos los hechos de la vida, algunos de los cuales se presentan rebeldes a la reducción a un solo principio, y así como el naturalista tiene que echar mano de las hipótesis, para colmar los vacíos que necesariamente han de dejar sus conocimientos de la realidad, así el jurista, por simple esfuerzo lógico, debe extender los principios del sistema más allá de los hechos rigurosamente comprobados, para disciplinar toda la vida social, dándole seguridad y certeza a las relaciones. Estos recursos técnicos pueden ser enunciados como verdades indispensables, pero sólo en relación al sistema jurídico a que pertenecen; son una imposición del mismo y hasta condiciones de su propia existencia. Estos medios técnicos sustanciales resultan entonces

una necesidad del conocimiento jurídico, y no imperfecciones de un sistema o de un modo de mirar los problemas que nos sea dado corregir o enmendar; lo único que el dogmatista debe cuidar, es que los recursos técnicos no se presenten como anacrónicos dentro del sistema, pero no tiene para qué esforzarse por eliminarlos, ante la seguridad de que eso constituiría una empresa vana. Cuando la ley declara que los hijos concebidos durante el matrimonio tienen por padre al marido, sin que pueda contradecirse esta verdad legal sino dentro de los sesenta días contados desde que se tuvo conocimiento del parto (arts. 245 y 254 C. C.); cuando afirma que cada heredero sucede sólo e inmediatamente en los objetos hereditarios que le han correspondido en la partición y que no ha tenido nunca ningún derecho en los que han correspondido a sus coherederos (art. 3503 C. C.), asienta como verdad indiscutible una simple probabilidad, en un caso, y en el otro violenta los hechos para acomodarlos al sistema de la ley. Recursos técnicos semejantes son indispensables en todo ordenamiento jurídico que de otro modo no podría cumplir su misión esencial de dar seguridad y certeza a las relaciones sociales.

2 — El primero de los medios técnicos sustanciales enumerados, es la definición. La definición, mirada desde el punto de vista propio del dogmatismo jurídico, no es la expresión de la naturaleza y esencia de una cosa, según la caracterizan los lógicos, sino un medio de precisar el sentido de una relación dentro de un sistema jurídico particular; definir no es enunciar una verdad absoluta, sino fijar precisamente el sentido de una institución, enunciar una verdad respecto de este sistema. Cuando repitiendo la expresión del Código Civil decimos que hay contrato siempre que varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos, no enunciamos una definición real sino técnica, que expresa una verdad no en sí misma sino relativamente al sistema jurídico a que pertenece. No es difícil demostrar que ante los sistemas de legislación modernos no puede esta definición ser tenida como verdad; de ella acaso no podría ser sostenida como tal ni una sola cláusula. La definición es un importante recurso de técnica, del que no pueden prescindir el dogmatista y el legislador, que no hay motivo para que se la considere con las reservas que expresa el Codificador en la nota 495 del Código Civil; la definición ex-

presa, desde el primer instante, la noción cabal de una institución, guía las interpretaciones y evita las contradicciones que son posibles, cuando no se sabe con certeza cuál es el sentido real que es preciso atribuir a las creaciones del derecho. La sentencia de Javolenus ha gravitado con una influencia injusta sobre la voluntad de los juristas; se nos ha enseñado a repetir **Omnis definitio in jure civili periculosa est: parum est enin, ut nom subverti possit,** porque es difícil que no pueda ser subvertida — y este temor nos ha impulsado a huir de las definiciones; sin embargo, ni aquellas legislaciones, como la alemana, que han revelado una mayor preocupación por la técnica, se han podido ver libres de la necesidad de definir.

En las discusiones promovidas con motivo de la preparación del código civil francés, se agitó también este tema de las definiciones; ha quedado como documento la contradicción entre las personalidades más salientes: Portalis y Bigot de Préameneu, y las razones dadas por el segundo en pro de la necesidad de definir pueden hasta hoy ser repetidas con eficacia (1). Para el dogmatista y el técnico, definir es expresar una decisión, es imponer un concepto que cumple una función coordinadora, que nos guía por entre el laberinto de las disposiciones particulares de una institución; si la ley no la anticipa, el jurista deberá formarla con los preceptos fragmentarios y dispersos que le ofrece la ley, con el peligro de equivocarse siempre. Podemos servirnos de un ejemplo que esclarezca este modo de ver: la institución del beneficio de inventario. Bajo la misma denominación el derecho argentino y suizo contienen dos instituciones diferentes; ¿cuántos tropiezos podrían evitarse a los que deseen imponerse de su sentido propio, cuántas falsas asimilaciones se hubieran impedido si las leyes comenzaran precisando bien el sentido de estas instituciones? La definición, podemos concluir, es un elemento técnico indispensable y de primer orden para la legislación y la doctrina; sólo aquellos que acarician la ilusión de formular definiciones doctrinarias absolutas, que contengan una sustancia material inmóvil, pueden retroceder ante la dificultad de definir; quien tiene que afirmar el sentido de una institución en relación a su propio sistema de ideas, no puede desconfiar de su capacidad para fijar exactamente ese sentido.

(1) Fenet, "Travaux preparatoires de code civil", T. XIII, p. 262.

3 — Las presunciones son consecuencias jurídicas, que el juez o el legislador saca de las condiciones de hecho, con el fin de satisfacer las exigencias lógicas del sistema jurídico. Se dice que son consecuencias sacadas de las condiciones de hecho, porque las presunciones no resultan de una constatación; presumir es, más bien, sacar de las circunstancias variables de los hechos, las consecuencias más probables, para servir a las exigencias de seguridad del orden jurídico o a aquellas consecuencias que sirvan mejor para asegurar la certeza de los hechos; así, cuando se dispone que si dos o más personas hubiesen fallecido en un desastre común, de modo que no se pueda saber cuál de ellas falleció primero, ha de presumirse que fallecieron todas al mismo tiempo (art. 109 C. C.); en la inseguridad de los hechos, la ley impone una consecuencia que haga cesar toda incertidumbre.

Las presunciones son o de la ley o de los jueces, según que aquélla las establezca expresamente o que sean sacadas por estos, en los procesos, y conforme al criterio que la misma ley proporciona.

El carácter propio de las presunciones lo da el hecho de estar fundadas en un juicio de probabilidad; allí donde el jurista había de detenerse ante una solución imposible, la ley se adelanta y le ofrece un criterio de solución; en algún caso puede ella ser contraria a los hechos, pero en general nunca es irracional. Desde este punto de vista las presunciones son absolutamente indispensables en toda construcción jurídica; el más realista de los jurisconsultos y el legislador más sabio, no podrían nunca prescindir de su auxilio; el orden jurídico se mantiene, en gran parte, gracias a las presunciones; recordemos lo que significan la prescripción, la cosa juzgada, la ignorancia de la ley y tantas otras presunciones y podremos concluir qué sería el orden jurídico, si se pretendiera prescindir del auxilio que ofrecen las presunciones.

4 — Las ficciones son consecuencias jurídicas ajenas a la realidad, que se imponen como exigencias del sistema jurídico; a diferencia de las presunciones, que se conforman según la realidad, las ficciones parecen contrariarla, afirman lo que racionalmente no podría sostenerse. Ihering ha definido las ficciones como mentiras técnicas consagradas por la necesidad.

Casi todo el mecanismo de la sucesión hereditaria se asien-

ta en la ficción que declara que la persona del causante se continúa en la persona del sucesor; la máscara de derecho, como se decía, pasa del causante al sucesor (fundamento del art. 3342 C. C.); artificio que traducía un viejo simbolismo, pero que no tiene de la realidad ni la más leve nota, y bien se sabe que suprimida esta ficción, como ha ocurrido en algunas legislaciones modernas, toda la institución de las sucesiones cambia fundamentalmente de tono. Otras ficciones suelen cumplir una función muy interesante; se presentan como anticipaciones sobre un sistema del porvenir. Cuando se pretendía separar las cosas en dos grande grupos, conforme a rasgos naturales extraídos de las cosas mismas, y se las dividía en muebles e inmuebles, se vieron precisados a recurrir a la ficción de los inmuebles por accesión y por su carácter representativo; cuando siguiendo la misma corriente pseudo naturalista se formó la representación del sujeto del derecho, con los caracteres del individuo humano, fué necesario también echar mano de una ficción y asimilar las personas jurídicas a las personas naturales; aquí, la contradicción racional está manifiesta, pero se advierte de qué manera estas ficciones han servido para extender los principios hasta abarcar toda la realidad y, a la vez, cómo han planteado problemas que la jurisprudencia posterior se ha esforzado por solucionar; a la concepción pseudo naturalista ha sucedido una concepción jurídica, que busca dar a estas categorías un sentido y un carácter propiamente jurídicos. Las nuevas fórmulas jurídicas vienen para colmar los vacíos de la jurisprudencia, que de ordinario los llenábamos con una ficción; pero como el horizonte del jurista no puede ser nunca abarcado en su totalidad por el saber, ni contenido en un sistema, una nueva ficción viene siempre a cubrir el vacío que deja nuestra incapacidad para abarcar lo real en cualquiera de sus aspectos.

Las ficciones, como las presunciones, no tienden a desaparecer, sino tan sólo se transforman según el tono del sistema a que sirven; podrán tener un sentido religioso como las relativas a la familia y a la sucesión, cuando estas instituciones estaban organizadas según un sentimiento de lo trascendental; podrán aparecer como fuertes imposiciones de la ley, cuando se reconoce en ésta una especie de soberanía, una voluntad omnipotente, pero transformarse es vivir, y al constatar el modo cómo unas ficciones vienen a reemplazar a las otras, se adquiere una certeza de

que corresponden a algo que está en la naturaleza íntima de los sistemas jurídicos.

CAPITULO TERCERO

De la sistemática jurídica

1 — Exigencia del sistema. 2 — Noción de la sistemática. 3 — Proceso lógico. 4 — La relatividad de los sistemas. 5 — Definición de la sistemática jurídica. 6 — El derecho como conocimiento; síntesis.

1 — Una teoría completa de la construcción jurídica no puede detenerse en el proceso de la formación de los principios que se contienen en la dogmática y en la técnica jurídica; ha de completarse con el proceso de la coordinación de las normas que estudia la sistemática jurídica.

Si se observa el derecho, en especial el que se encuentra en cierto grado de desenvolvimiento, se constata, que a pesar de su aparente constitución por una sucesión de principios, en el fondo, todos ellos reconocen la influencia coordinadora de un principio fundamental, que es fácil descubrir y cuya razón de ser última se encuentra explicada por una modalidad de nuestro conocimiento que tiende constantemente hacia la unidad. En el camino de la formación de los principios jurídicos, comenzamos en la formulación para concluir más tarde en la sistematización, en la que se encuentra el término del proceso.

La exigencia de un sistema no sólo procede de una imposición de nuestro modo peculiar de conocer, es también una necesidad de orden práctico. Una legislación no podría cumplir su destino, realizarse con seguridad si no se presenta como una coordinación bajo la influencia de un principio supremo que, por regla general, lo ofrecen las constituciones contentivas del programa fundamental jurídico de la colectividad.

Los principios jurídicos no pueden ser, entonces, ni concebidos ni realizados en su grado superior de perfección, si no se los supone integrados en un sistema, que se forma, más o menos conscientemente, por la actividad jurídica (1).

(1) Véase en la pág. 375, "Jean Domat y la sistemática jurídica", un caso particular que sirve para comprobar estas afirmaciones.

2 — Un sistema es una unidad lógica de conceptos homogéneos, formada según un principio fundamental. Lo que da fuerza y valer al sistema es el fondo de exactitud y realidad del principio fundamental bajo cuya influencia se coordina. Ihering, después de afirmar que no se puede conocer el derecho sin conocer su conexión sistemática, hace notar que el sistema en materia de derecho, como en cualquier otro ramo científico, no debe consistir en un orden artificialmente aplicado, sino que éste debe proceder del fondo mismo del objeto. El primero engendra una condición extraña al objeto, en la que se le hace entrar con violencia; es una red que se puede arrojar lo mismo sobre este o el otro derecho, que dificulta, más que facilita, la inteligencia del objeto individual. Quien dice sistema, dice ordenación interna de la cosa misma.

La constitución del sistema jurídico vale tanto como la misma ciencia del derecho; es el esfuerzo final hacia la perfección del conocimiento; es el ordenamiento científico de la materia jurídica; es dar precisión y límite a los varios conceptos; es fijar el valer y la potencia de las distintas normas; es entrelazarlas y subordinarlas, de modo que cada una tenga su puesto adecuado y no se extienda con daño de las otras; es encontrar los principios generales y fundamentales acerca de las instituciones jurídicas; es aclarar los puntos dudosos, contradictorios o deficientes; es armonizar las opuestas tendencias de las instituciones, precisar el lenguaje, es, en suma, formar la ciencia del derecho (2). Esta admirable síntesis muestra su gran riqueza de contenido, todo el proceso lógico de la sistematización desde el punto de vista de sus resultados. El valer de este proceso no se mide según el número de nociones sobre la realidad que proporcione, sino según los juicios de calidad, orden y unidad del saber; por la sistematización se persigue crear un ordenamiento lógico de conceptos, un organismo de verdades generales, que se presten entre sí claridad y precisión. Bien puede entonces repetirse aquí que sistematizar no es sino dar forma propia y adecuada al conocimiento, uniendo, sin confundir, los elementos homogéneos, y distinguiendo, sin separar, los elementos diferentes de la realidad.

Esta labor lógica, de indiscutible utilidad para el jurista, está, sin embargo, erizada de peligros y dificultades. ¡Cuánto se

(2) Cogliolo. "Filosofia del diritto privato", pág. 141, nota 80.

ha abusado de la lógica en el derecho! La ambición de ofrecer magníficas construcciones jurídicas, y el esfuerzo por conservar viejas estructuras, han hecho sacrificar la realidad, en el propósito de conservar la armonía de las partes de un sistema. Cogliolo ha dicho, con aguda penetración, que entre la tendencia sistemática y la representación real de la vida debe haber siempre una recíproca correspondencia; y que el olvido de este principio ha hecho que las **subtilitates iurisconsultorum,** hayan generado períodos de escolástica, tan dañosos en jurisprudencia como en filosofía.

3 — Una atenta observación sobre los ordenamientos jurídicos existentes revelaría la influencia decisiva del principio sistematizador que los gobierna. Si tomamos, por ejemplo, el código civil argentino, comprobaremos que en él se hallan principios de distintas jerarquías; unos son normas específicas que tienden a resolver casos hipotéticos, concretos, que el jurista extrae de los modos de ser de la realidad social; otros, en cambio, no tienen el carácter de un precepto para la conducta, sino más bien de principios directivos, que sirven para conducir el pensamiento en el desarrollo de las instituciones y en la interpretación de los preceptos. Estos principios directivos generales son representaciones adecuadas de las categorías jurídicas, expresiones materiales que dan un cuerpo a los esquemas conceptuales de las categorías, que tienen así una vida determinada, un proceso de nacimiento y desaparición, que hacen variar el principio sistematizador de cada orden jurídico. El principio de distinción entre el derecho público y el privado, el de derechos reales y personales; de derecho material y formal; subjetivo y objetivo, y tantos otros son ejemplos que muestran bases de sistematización del ordenamiento jurídico. La propia división en libros, secciones, títulos, capítulos es una constatación de que existe una coordinación, una razón lógica que rige esa distribución de materias.

4 — Bien se comprende que no tratándose de la constatación de principios naturales sino de representaciones de la vida social, las bases del sistema han de variar a medida que vayan cambiando las representaciones de la vida. En los pueblos primitivos todo el orden jurídico tiene por centro la autoridad; en ella se ve la imagen del derecho, y el ordenamiento jurídico parece

sistematizarse según el ejercicio de las funciones jurisdiccionales; algo así puede constatarse en la legislación romana; la sistematización sobre base intelectual recién aparece en nuestro derecho, a partir de las investigaciones realizadas por Donello y por Cuyacio, cuando las bases del orden jurídico ya se presentaban como asentadas sobre representaciones de la vida social.

5 — ¿Qué es, entonces, la sistemática jurídica? Puede definírsela como aquella parte de la construcción jurídica que se ocupa del estudio de los procesos lógicos necesarios, para reducir a sistema el conjunto de los principios jurídicos que componen un ordenamiento de derecho.

6 — En síntesis comprensiva que abrace toda nuestra exposición relativa al derecho como conocimiento, debemos distinguir dos grandes capítulos: el de la fundamentación y plan de la ciencia, y el de la construcción jurídica; el primero nos proporciona el esquema de valor absoluto universal, condición del saber científico; el segundo, el proceso de formación del cuerpo del saber, siempre condicionado y relativo. No perdiendo de vista esta distinción nos será fácil orientarnos en las críticas y apreciar en su justo valer los principios jurídicos, que faltos de todo análisis se suelen presentar como definitivos e inconmovibles. Para nosotros no hay verdad científica sino aquella que se presenta bajo la seguridad del plan de las categorías del derecho y coordinada en un sistema bajo la influencia de un principio fundamental.

TEMA COMPLEMENTARIO
DEL
LIBRO TERCERO

JEAN DOMAT Y LA SISTEMATICA JURIDICA DEL SIGLO XIX

1 — La política y la sistemática en la codificación. 2 — El ejemplo del Código Napoleón. 3 — Jean Domat; noticia bio-bibliográfica. 4 — Los fundamentos de su doctrina. 5 — Su concepción jurídico-filosófica. 6 — Las bases de su sistemática jurídica. 7 — Su realización en las "Loix civiles". 8 — La influencia de Domat sobre el código Napoleón. 9 — Rastros de su influencia en el pensamiento argentino.

1 — La escuela de los intérpretes y comentadores de la ley, que por tanto tiempo ha ejercido una influencia predominante sobre el espíritu jurídico, nos ha habituado a mirar los códigos, como obras de una sola pieza, producto de la visión genial de algún elegido, o vasta elaboración de ciencia y de perseverancia humana; y si alguna vez se ha referido a acontecimientos históricos, una alusión incidental y de enunciado axiomático ha bastado para satisfacer la breve exigencia. La actitud de los filósofos y políticos no suele estar exenta tampoco del defecto que les hace limitar la visión, al considerar el fenómeno legislativo, y se reducen a ver en él un simple proceso histórico, en el que queda muy escaso puesto para revelar la fuerza y el valer de la obra humana individual.

La consideración total de la obra legislativa nos hace advertir en ella una doble influencia: la una tiene carácter político, entendiendo por política esa especie de conciencia crítica de la vida social presente, que nos capacita para percibir el verdadero sentido de la vida y para sintetizar, en fórmulas legales, los medios más adecuados a objeto de alcanzar los fines que la colectividad persigue; la otra es producto del esfuerzo típicamente humano, es el resultado de nuestro anhelo hacia el dominio del conjunto de los materiales jurídicos dentro de una perfecta coherencia, se resume en una sistemática jurídica, prólogo indispensable de toda labor legislativa.

2 — Si aplicamos esta observación en el estudio del proceso que trajo el Código de Napoleón, que es el ejemplo más significativo de los que puedan escogerse, encontraríamos fácilmente que Montesquieu y los de su escuela representan la dirección política de los que miran la ley en función del ambiente social, humano y geográfico, cuya influencia aparece manifiesta en la

cita y el recuerdo de Portalis al informar el código; y que Domat y sus discípulos y continuadores, Pothier y D'Aguesseau, son los creadores de una sistemática jurídica que ha dado al código un método y una técnica, sin los que la obra codificadora se hubiera hecho imposible.

No vamos a ocuparnos en esta ocasión de discernir en qué medida ha contribuído la política y la sistemática en la redacción del Código de Napoleón, ni a averiguar cuál de ellas ha alcanzado una influencia más decisiva. Una legislación que sucede a un período revolucionario parece que debiera responder, en absoluto, a una política toda hecha de actualidad, según una imagen viviente del destino social; pero, a la vez, las revoluciones suelen ser fenómenos fugaces, y muy luego la sociedad retoma el hilo de la historia, vuelve hacia el capital acumulado en los siglos que le han precedido, y la continuidad asegura el imperio de la ley de la transmisión de la cultura. El Código de Napoleón, la Revolución resumida en dos mil artículos, como se dijo con evidente exageración, no fué infiel al espíritu de su tiempo, pero, sin duda, está hecho con la técnica y la sistemática de sus viejos juristas. Cuando Savigny negaba a su siglo la capacidad para las codificaciones, se apoyaba principalmente en la consideración de que faltaba la capacidad sistemática, la suficiencia precisa para considerar toda idea y todo principio en íntima relación y en acción recíproca con el conjunto, que es tanto como decir, en su posición natural y verdadera (1). Es de creer que el juicio de Savigny no carecería de fundamento, pero, con todo, los códigos se han dictado, y su poder de difusión y su prolongada vigencia parecerían acreditar que la capacidad sistemática no estuvo tan ausente de los redactores.

La expresión más alta de la sistemática jurídica francesa que precedió al Código de Napoleón, está contenida en la obra de Jean Domat. Laurent escribe que Domat es la guía habitual de los autores del Código Civil; en él se encuentra su espíritu, y si fuera permitido hablar así, la filosofía de nuestro derecho moderno. Pothier es exclusivamente legista, él no abandona casi nunca el dominio del derecho positivo, mientras que Domat prefiere buscar la razón de las cosas (T. 8, pág. 557).

(1) De la vocación de nuestro siglo, pág. 60.

3 — Domat nació en Clermont, el 30 de noviembre de 1625. Aunque educado bajo la influencia jesuítica, formó su espíritu en la inspiración de las enseñanzas jansenistas; los rasgos de su personalidad, su vida austera, íntegra, desinteresada, su acendrada piedad, revelan las peculiaridades de los huéspedes de Port Royal y anticipan la interpretación de sus ideas y sistema. Durante treinta años le tocó servir al "Rey Sol", como abogado en el presidial de Clermont en Auvernia. Cultivó una estrecha amistad con Pascal. A la muerte de este recibió sus papeles y documentos. No parece que la manera peculiar de Pascal y sus ideas llegaron a influir sobre Domat, si no fuera por la vía de la contradicción. Trasladado a París, fué a morir allí el 14 de marzo de 1696. La vida entera de Domat transcurre entre el servicio del Rey y la preparación de lo que podría llamarse su obra única: "Las leyes civiles en su orden natural". El tratado de las leyes civiles debía abarcar todas las materias de las "leyes de policía temporal", especialmente en su aspecto de derecho público y de derecho privado ("Tratado de las leyes", Cap. XIII). Comenzó su tarea por el derecho privado, publicando en París en 1694, "Las leyes civiles, . . ." precedida de una elevada dedicatoria al Rey, que contiene una profesión de fe religiosa y monárquica; continuaba entretanto la redacción de su "Derecho Público" en el que declara que "no había esperado tanta vida y tantas fuerzas" como para dar término a esta obra. Completan la bibliografía de Domat sus "Arengas" pronunciadas mientras ejercía el cargo de abogado del Rey y la recopilación de textos de las leyes romanas bajo el título de "Legum Delectus ex Libris Digestorum et Codicis ad usum scholae et fori".

De todas estas obras, la primera: "Les Loix Civiles dans leur ordre naturel", atrae principalmente la atención: ella contiene un prefacio en el que expone los elementos lógicos de su sistema y un tratado preliminar sobre las leyes, que encierra el desarrollo de sus pensamientos fundamentales, bases de su sistemática jurídica; el resto de la obra lo ocupa una generalización sobre las reglas de derecho, las personas y las cosas, y otras dos partes sobre las obligaciones y sus consecuencias, y las sucesiones.

En el "Derecho Público" se ocupa Domat de dar los fundamentos de la autoridad, de los derechos del poder y de justificar la veneración, obediencia y fidelidad que deben los súbditos a su

Soberano; del gobierno, de los delitos, del clero, del orden judicial. Este libro tiene sólo el interés de un documentos histórico, porque se ocupa exclusivamente de exponer y justificar las bases del orden político de su tiempo y de sistematizar sus leyes.

Las arengas sirven para revelarnos la dignidad de su carácter y la pureza de sus principios morales, sobre los que vuelve constantemente al recordar los deberes de la profesión y el destino social de la justicia.

Domat ha sido, por excelencia, un hombre de su siglo, ha participado de sus preocupaciones y ha buscado afanoso la solución de sus problemas; por su modalidad y por su obra, resulta la expresión más genuina, en el orden jurídico, del genio peculiar del famoso siglo de Luis XIV; y si es permitido —al modo de Lerminier, que se ocupó de patentizar la influencia de la filosofía del siglo XVIII sobre la legislación del XIX ("De l'influence de la Philophie du XVIII siécle sur la legislation et la sociabilité du XIX; París, 1853)— buscar también en el siglo XVII las raíces hondas de nuestra legislación, en tal caso, nada mejor que remitirse al pensamiento de Domat que tan luminosamente lo resume.

4 — Podemos separar todos los pensadores del siglo XVIII en dos grandes grupos: jansenistas y cartesianos, con la advertencia que los jansenistas se aproximaban a Descartes en todo lo que se refería al método, asunto que aparece como una preocupación común de la época. A Domat, a quien Saint Beuve califica de asociado libre de Port Royal, podemos contarlo en el número de los jansenistas.

El espíritu religioso cristiano aparece claramente al pretender descubrir los primeros principios de todas las leyes. De aquí es, escribe, que en esta similitud del hombre con Dios descubrimos en qué consiste su naturaleza, su religión y su primera ley. Porque su naturaleza no es otra cosa que este ser creado a imagen de Dios y capaz de poseer este soberano bien que debe ser su vida y su beatitud. Su religión, que es el complexo de todas sus leyes, no es otra cosa que la luz y el camino que le conduce a esta vida; y su primera ley, que es el espíritu de la religión, es la que le manda buscar y amar este soberano al que debe elevarse con todas las fuerzas del espíritu y de su corazón, como hechos, uno y otro, para amarle.

La primera ley, el primer principio de la vida del hombre, es-

tá contenido en la ley del amor a Dios y, como consecuencia, en el amor al prójimo; el espíritu cristiano resplandece aquí con una luz inconfundible. "Los desórdenes del amor son el origen del desorden de la sociedad. Después de la caída del hombre, éste ha hecho de los bienes aparentes su bien soberano, en el cual ha puesto su amor y establecido su beatitud, y esto no es otra cosa que haber hecho de estos bienes su divinidad. Para hacer que subsista la sociedad, Dios se sirve de cuatro fundamentos: la religión, que es causa de que todo lo que hay en el mundo esté arreglado por el espíritu de las primeras leyes; la dirección secreta de Dios sobre la sociedad de todo el Universo; la autoridad que Dios ha dado a las potestades; la luz que quedó en el hombre después de su caída, que le hace conocer las reglas naturales de la equidad, y por esta última es necesario comenzar para subir a las demás. La luz de la razón, que Dios ha puesto en todos los hombres, resulta el medio único para descubrir los fundamentos del orden de la sociedad. Esta imagen cristiana de la vida social, con ser en sí misma muy interesante, tiene para nosotros en la obra de Domat un valor extraordinario. Para Domat las materias del derecho natural sólo se hallan recopiladas en el derecho romano; así se explica que pusiera sobre esta legislación todo su interés y su amor. El principio religioso cristiano se introduce así para transformar la legislación pagana; todo el tratado de las leyes es un ejemplo admirable en el que se ven, a cada instante, los textos bíblicos o los de los doctores de la Iglesia sirviendo como de fundamento a los principios jurídicos romanos. Domat se preocupó de poner un contenido moral a la forma pagana del derecho, y en eso consiste uno de sus mayores títulos. En la evolución jurídica se hacía preciso, para una sociedad de fondo profundamente cristiano, que se creara un derecho conforme con su espíritu; esta obra la realiza Domat; desde él parte una nueva línea de sucesión, que oscurecida durante el siglo XVIII vuelve a reaparecer en el XIX, siempre bajo la influencia de Domat, que se perpetúa a través de Pothier y D'Aguesseau. Domat representa así el puente que liga el famoso siglo de Luis XIV con el de Napoleón Bonaparte.

5 — Si es considerable la influencia de Domat en el proceso de la evolución jurídica de su tiempo, más interesante y original resulta en su concepción jurídica filosófica. Domat se pregunta ¿hay un fundamento humano universal de las leyes? ¿Es posi-

ble revelar con seguridad su contenido? Y respondiendo a estas cuestiones esenciales funda una filosofía racional, conforme a la naturaleza del hombre, y forma la imagen de un orden social según las condiciones de existencia de la colectividad.

Hay dos clases de leyes, las inmutables o naturales y las arbitrarias; aquéllas "son todas las consecuencias necesarias, que se deducen de las dos primeras (las leyes del amor), y que de tal suerte son esenciales los principios que establecen en el orden de la sociedad, que no sería posible mudarlas sin arruinar los fundamentos de este orden; y las leyes arbitrarias son aquellas que pueden establecerse y también abolirse de diversas maneras, según los diferentes estados, sin violar el espíritu de las primeras leyes y sin trastornar los principios del orden de la misma sociedad."

Las leyes inmutables tienen su origen en las reglas naturales de la equidad puestas por Dios mismo, las revela directamente la razón, pero deben ser estudiadas cuidadosamente, porque hay hombres a quienes falta razón bastante para reconocer esta justicia o el corazón bastante recto para obedecerlas. Las leyes arbitrarias tienen por causa la necesidad de reglar ciertas dificultades que se originan en la aplicación de las leyes necesarias y "la invención de ciertos usos que se han tenido por útiles en la sociedad, pues, por ejemplo, se han inventado los feudos, censos perpetuos y redimibles, las sustituciones y otros semejantes cuyo establecimiento ha sido arbitrario", pág. 90.

Una filosofía racional del derecho surge claramente de estas proposiciones. Hay leyes universales y permanentes que la razón revela. Un constante optimismo, una fe sin sobresaltos, le hace asegurar de la posibilidad de alcanzar esa esencia invariable; el escepticismo de Pascal no ha llegado ni siquiera a rozarle el espíritu. Domat traza el plan de la vida social según estas leyes inmutables y concluye formulando diez reglas generales que "se siguen de los estados o condiciones de que se ha hablado" pág. 35. Las obligaciones de cada uno son como sus propias leyes; sumisión a las potestades; no hacer cosa alguna que sea contraria al orden público; no dañar a otro y dar a cada uno lo suyo; sinceridad y buena fe en las obligaciones mutuas y voluntarias; fidelidad en las involuntarias; todo dolo es ilícito, el orden público impone a cada uno ejecutar lo que sea necesario para que se observe este mismo orden; libertad de las convenciones, las obli-

gaciones contrarias a las leyes o a las buenas costumbres son ilícitas. ¿Qué más podría pedirse para tener un tratado completo de los principios universales e inmutables de la justicia?

La exposición de Domat se vuelve aún más interesante cuando se ocupa de dar fundamento y autoridad a las leyes arbitrarias, por la fuerza que deben tener sobre nuestra razón y por "la utilidad particular que se encuentra en establecerlas según lo exijan los tiempos y los lugares" (Pág. 96).

Nada falta en esta exposición para tener los principios de una concepción filosófica y social que de fundamento al derecho y, a la vez, lo haga participar de la influencia variable de las necesidades y exigencias sociales. ¿Quién, antes que Domat, había realizado esta obra? La influencia mística queda aquí reducida a su mínimum irreductible; puede acaso ser reemplazada la sugestión de la divinidad por la de entes místicos y suprasensibles; en todo caso se revela, a lo menos, la realidad humana de un problema obsesionante, y en Domat aparece en admirable equilibrio con la influencia de las sugestiones sociales y humanas; ha dicho, pues, bien D'Aguesseau que Domat ha dado el plan más alto de la sociedad civil que se haya propuesto (2).

6 — No sería justo, sin embargo, buscar en Domat principios filosóficos que se acomoden enteramente a nuestra actual visión de la vida; toda crítica desde un punto de vista que aspira a ser absoluto, carecerá de oportunidad, cuando precisamente nos situamos en un plano histórico. Mirando así, la explicación de Domat no quedaría agotada, en tanto que no se haya puntualizado la manera peculiar de la realización práctica, su concepción jurídica.

(2) Véase: D'Aguesseau — Oeuvres — T. I, págs. 273 y 388. Los elogios rendidos a Domat comprueban la elevada estimación que sus contemporáneos y discípulos tenían por su obra; como un ejemplo transcribimos los siguientes versos:

Vers

á la louange de Mr. Domat

"il démontre des Lois la constante Equité;
"sur leur nuage épais, il repand la clarté;
"celles qu'un sens mal pris fait paraitre contraires,
"ou qu'on n'entend pas bien malgré les commentaires,
"il les met dans leur sens si naturellement
"que les Lecteurs en sont frappé d'etonnement.

Le Dictionaire de Trevoux — Vº Lois Civiles.

Domat pensaba, sin duda, como Duval que "ce qui est bien classé, est a moitié su". Una clasificación supone, ante todo, una cantidad tal de materiales jurídicos que ofrezcan principios bastantes para reglar todas las relaciones sociales. ¿Dónde habría de buscarlos Domat? No, por cierto, en las costumbres o en las ordenanzas de sus reyes; sólo en el derecho romano, depósito de la sabiduría de un gran pueblo y única legislación que contenía los principios del derecho inmutable. Pero la legislación romana estaba constituída por simples copilaciones de sentencias de los jurisconsultos, como el Digesto, o de leyes, constituciones y rescriptos, como el Código; por eso no se propuso crear una obra orgánica, sino asegurar el recuerdo de las disposiciones; de allí procede que haya en ella materias tratadas fuera de lugar, o ligadas a otras sin relación directa, o dispersas en distintos lugares. "Que en el detalle de cada materia no se encuentra ninguna en un orden perfecto de sus definiciones, de sus principios y de sus reglas, según que ellas dependan las unas de las otras o que la relación de las unas a las otras haga su vínculo; sólo se ve allí un amontonamiento de reglas varias, la mayor parte sin consecuencias" (Preface). Domat continúa detallando los males del desorden de las leyes y concluye declarando el propósito del libro: Poner las leyes civiles en su orden, distinguir las materias del derecho, reunirlas según su rango que ellas tienen en el cuerpo que componen naturalmente, dividir cada materia según sus partes, colocar en cada parte el detalle de sus definiciones, de sus principios y de sus reglas, no avanzando nada que no sea o claro o precedido de todo lo que puede ser necesario para hacerlo entender. Así, no es un compendio lo que nos proponemos hacer o simples instituciones sino que hemos procurado abrazar todo el detalle de las materias que debemos tratar" (Preface). En esto está contenido, a nuestro juicio, la obra fundamental de Domat; la técnica de la legislación está toda entera resumida en este prefacio y con un rigor y una exactitud admirables; y todavía más adelante, en el Tratado de las leyes, especifica cómo debe cumplirse la misión del legislador y la del juez, formulando preceptos de una propiedad sorprendente (Pág. 139).

7 — Si Domat se hubiera limitado a trazar el plan a que nos referimos, su obra habría quedado incompleta, pero "Les Loix Civiles" son, precisamente, la realización del plan; en ellas

se encuentra codificado todo el derecho privado en un estilo breve y enérgico, y en parágrafos numerados como los artículos de un código, con notas relativas a las fuentes y según el plan preestablecido. Su libro preliminar comprende una generalización sobre la ley y el derecho, sobre las personas y las cosas como elementos comunes de toda relación jurídica, que es necesario conocer antes de entrar al estudio de las especies particulares del derecho. Aun hay quien disputa, sin embargo, pretendiendo atribuir a autores modernos, como una invención propia, el empléo de este método que ya aparecía en Domat en su verdadera originalidad.

No creo preciso insistir para que se comprenda que el Código francés estaba, en su esencia, contenido en la obra de Domat, un siglo antes de su redacción. Algo más: el código no habría sido posible sin este precioso antecedente; no es que yo pretenda hacer de Domat un misterioso inventor de un modo de legirlar, conocido desde la más remota antigüedad, pero la legislación del siglo XIX que tiene, como es natural, sus caracteres propios, encuentra no en los modelos antiguos sino en su inmediato ejemplo, en Domat, su imagen y antecedente.

En este punto el jansenista Domat se aproxima a Descartes, en su ambición por alcanzar un método perfecto y por su aspiración hacia la perfecta coherencia lógica del saber, rasgo que no faltó a los pensadores de su tiempo, aun a Arnauld en su "Logique" y a Fenelón en su "Lettre a l' Academie".

El plan según el que desarrolla el resto de sus "Leyes civiles" podríamos llamarlo sociológico. El hombre conserva la colectividad por la necesaria acción del concurso, las reglas de esta relación están contenidas en el gran capítulo de las obligaciones, y asegura su perpetuidad por la sucesión; obligaciones y sucesión constituyen las dos grandes divisiones de este derecho. Los modernos buscan para las clasificaciones bases estrictamente jurídicas; ante ellas la de Domat no acreditaría fuerza ni vitalidad; pero porque hayamos cambiado el punto de vista concreto, ¿se ha de negar la gloria de quien ha probado la necesidad de clasificación y la ha sabido asentar sobre principios lógicos?

8 — Si fuera preciso demostrar de un modo concluyente la influencia de Domat sobre el Código francés, sería de gran auxilio recordar que poco después de la aparición del Código se

han editado las obras de Domat, poniéndolas en relación con el Código francés, y es frecuente en la comparación encontrar los textos del viejo tratado reproducidos en el Código. Muchas instituciones que representan puntos de partida sustanciales han recibido en Domat su sistematización definitiva. Capitant, por ejemplo, refiriéndose a los contratos declara: "Sus predecesores se habían contentado con interpretar las leyes romanas, sin pretender desprenderse de sus clasificaciones y de sus "sutilezas". En la época en que Domat compuso sus "Leyes civiles" las viejas distinciones romanas entre los pactos nudos y las convenciones obligatorias, entre los contratos formales y consensuales, entre los contratos nominados e innominados habían sido definitivamente abandonadas" (pág. 153) y luego comprueba cómo la doctrina de la causa ha sido tomada literalmente de Domat. ("De la cause des obligations").

No sería preciso descender a estos particulares; el rol histórico de Domat aparece manifiesto: introdujo en la legislación romana el espíritu de su siglo, dió para el derecho los fundamentos de una filosofía y para la legislación las bases de su técnica, el plan de su contenido y hasta el texto de sus disposiciones.

No sé si es una censura digna de formar el concepto de Domat la que le dirije Feitú, de haberle faltado la idea del sentimiento de la libertad; tratándose de un jansenista, que debe poner en manos de Dios la guía y la salvación de las almas, se explica que dejara librado al hombre a la autoridad de su Rey. Seguramente que el severo juicio de Laboulage, que lo declara más filósofo que jurisconsulto, contiene un gran fondo de verdad, siempre que sin segunda intención no se pretenda separar la filosofía de la jurisprudencia; pero, con todo, nadie negará a Domat la virtud de haber colocado al derecho por encima de las veleidades de los hombres, de sus caprichos y extravíos, y el haber dado la filosofía de la razón en la jurisprudencia, única fuente de inspiración de los códigos y leyes del siglo pasado.

9 — El pensamiento argentino no ha quedado exento de la fecunda influencia de la obra de Domat. El Deán Funes escribía en su "Plan de Estudios para la Universidad de Córdoba" que presentara al Claustro en el año 1813: "El mismo Domat", a quien acababa de citar llamándole el célebre, "convencido que estos cuerpos son el depósito de las reglas naturales de la equi-

dad, acometió la ardua empresa de colocar todas las materias en su propio lugar, y dar a las leyes aquel orden analítico con que procede nuestro espíritu en la indagación de la verdad: empresa sin disputa de las más atrevidas, pero que desempeñó este sabio tan a satisfacción de todos, que se admira el nunca bastante celebrado D' Aguesseau, haberla visto empezar y concluir" (Pág. 33). Y si se recuerda que muchos de los hombres de la organización nacional, empezando por el mismo Vélez Sársfield (3) se formaron en las aulas de Córdoba según el plan y bajo las sugestiones del pensamiento de Funes, no se ha de dudar sobre la influencia del maestro francés. Es común encontrar entre las librerías de los hombres representativos de aquel tiempo, las ediciones de Domat, que se multiplicaban en latín, español y francés; la Biblioteca de la Universidad conserva un interesante ejemplar que ha pertenecido al general Belgrano, y tengo a la vista la edición del "Derecho Público" del Dr. don Juan Antonio Trespalacios, de 1778, cuyas páginas acreditan, con las llamadas y advertencias manuscritas, la cuidadosa lectura y el fervoroso entusiasmo que despertaba; por rara coincidencia, entre tanta inscripción se encuentra repetida una que anuncia que este libro pasó en préstamos al doctor Sarachaga, y éste era nada menos que el maestro de Vélez y de la juventud de su tiempo, el jurista más considerable de Córdoba, cuya memoria, realzada por el sacrificio de su vida, espera la poderosa evocación del biógrafo que reconstruya con su nombre una de las páginas de la historia civil e intelectual de Córdoba.

(3) Domat figura también entre las fuentes del código civil argentino. Las citas que se encuentran en las notas del código se refieren a las "Leyes Civiles" aunque se las nombra de diverso modo: sea Obligat, véanse notas 1171, 1198, 1202, 1204; o Leyes civiles, nota 3613; o Loi civile, 3446.

NOTA BIBLIOGRAFICA

Cousin, "Documents inédits sur Domat". Recueil Vergé, 1843, Ts. XX, XXI, XXV.
Cousin, "Jaqueline Pascal" (Pág. 424).
Saint Beuve, "Histoire de Port-Royal", T. V, pág. 358.
Henri Martin, "Histoire de France", T. XIV, pág. 259.
Cauchy, "Revue de Législation". T. III, "Jean Domat, philosophe et magistrat".
Cauchy, "Revue critique", T. III, Idem.
Salneuve, "Le Droit", 11-12 de Nov. 1840.
Desmarest, "Le Droit", 27 Nov. 1842.
Moulin, "Revue Critique", T. II, pág. 496.
Ray, "Structure logique du Code Civil", págs. 3 y 8.
Planiol, "Traité élémentaire de Droit Civil", T. I, No. 53.
Vallier, "Droit Succesoral" (Pág. 157).
Loubert, "Domat philosophe et magistrat", 1873.
Laurent, T. VIII, pág. 360.
"Bibliographie Universelle".
"Grande Enciclopedie".
Duguit, "Transformaciones del deredho público" (Pág. 8).
Giraud, "Revue de législation", T. IX, pág. 202.
Bardoux, "Revue historique", T. IV, pág. 41.
Laboulage, "Revue historique", T. IV, pág. 166.
Franck, "Les publicistes de XVII siécle".
Ferruccio Pergolesi, "Una filosofia giansenista del diritto. Nel terzo centenario della nascita de Giovanni Domat". Milano, Tip. S. Giuseppe, 1926 (Pág. 23).
Carré, "Notice historique sur Domat", Prólogo Obras, Paris 1822.
Cousin, "Journal des Savants", 1843.
Thevenet. "Un théorique du Droit Naturel", en "Revue Général du Droit, págs. 51 y 117, año 1926.
E. Feitú, "Domat et sa conception philosophique du Droit", en "Revue Critique", año 1869, págs. 48, 263, 365.

LIBRO CUARTO

EL DERECHO COMO REALIZACION PRACTICA

CAPITULO PRIMERO

La praxis jurídica

1 — Objeto de la praxis. 2 — Los modos de la realización. 3 — La realización espontánea y la coactiva.

1 — En la consideración filosófica del derecho no basta referirse a la teoría del conocimiento jurídico, se debe, para abarcar el asunto en su totalidad, tratar de fundamentar una teoría de la práctica. El derecho, en cuanto propone un fin que la voluntad ha de alcanzar necesariamente, nace para realizarse no de un modo arbitrario sino conforme a un principio lógico, susceptible de dar fundamento a una teoría racional de la realización.

El proceso de la formación de la norma jurídica va desde el estado oscuro de la conciencia social, que interpreta el jurisconsulto, a través de los más delicados procesos lógicos, hasta la formulación de la norma. Fijado ya en un precepto el principio jurídico, empieza a perder sus elementos vitales, porque al resumirse en una fórmula definitiva e inmóvil se separa de la realidad que prosigue en su transformación incesante. La norma, sin embargo, debe continuar rigiendo los hechos de la realidad y ofreciendo un criterio de apreciación de los mismos. El dogmatista, el jurisconsulto ha concluído su obra cuando deja el principio jurídico fijado en una fórmula perfecta, que el legislador adoptará para sus leyes; entonces comenzará la tarea del jurisprudente cada vez que sea preciso referir los casos concretos de la realidad a las disposiciones que contiene la legislación; en este estado se origina una especie de crisis de la dogmática, que incapaz por sí misma para representar la vida, al contacto con ella sufre un peligroso trabajo de adaptación. En esto está contenido el problema de la práctica del derecho, cuya solución ha de ser una doctrina de la jurisprudencia, que enseñe a fundir, en un proceso de realización, el principio del derecho con el caso real de la vida.

2 — Los modos de la realización del derecho son distintos según el temperamento o manera particular de vivir de los pueblos. Podemos servirnos, como de tipos de comparación, de lo que ocurre sobre el particular a las naciones más representativas de Europa (1). El inglés es pueblo de leyes estables, identificadas con la conciencia social; por eso su realización se cumple espontáneamente, sin necesidad de una intervención de autoridad. En los pueblos denominados latinos la actividad legislativa es inmensa; los planes ideales de los jurisconsultos se adelantan en mucho a las exigencias reales del ambiente, son más bien iniciativas de prueba que tienden a crear estados sociales, y no propiamente fórmulas que salgan de la realidad para dirigirla y gobernarla; a esto se agrega cierto espíritu de rebeldía, que está siempre dispuesto a resistir toda forma de reglamentación, que hace necesario que la ley se imponga por la coacción ejercitada por la autoridad. Los modos de ser expresados en estos juicios —que pueden ser aceptados no como una verdad sino como una generalización aproximada de la realidad: tal es lo que ocurre en un mismo pueblo en los períodos de crisis y de reconstrucción jurídica, en los que puede observarse una realización impuesta unas veces, y espontánea otras — muestran dos formas típicas con que el derecho alcanza su efectividad, que pueden ser denominadas realización espontánea y coactiva del derecho, según que rija el derecho las relaciones de la vida social, natural y hasta inconscientemente, o que sea preciso imponer la norma sirviéndose de los recursos de poder de la autoridad.

3 — Los actos de nuestra vida social se conforman con los principios del derecho; cumplimos todos nuestros compromisos jurídicos conforme a las reglas establecidas; la ley llena una especie de función ética, imponiéndose como el principio de un deber. La psicología de esta imposición puede ser explicada refiriéndola a la acción de sentimientos y creencias sociales. Los sentimientos egoístas provocados por el temor a la sanción concreta de la autoridad, a la pena, y el temor a la reprobación social y el desprecio que cae sobre los violadores, así como los sentimientos altruistas fundados en la conciencia de la unidad del grupo y su común destino, imponen el sometimiento a las normas de derecho; pero

(1) Cruet, "La vie du droit", Libro I, pág. 24.

lo que mejor asegura la realización de la ley es la participación del individuo en los fundamentos de la conciencia colectiva de donde el derecho saca su sustancia, de manera que aparece como si todos prestaran un tácito asentimiento a los principios jurídicos que les impone un acatamiento a las normas. En los períodos constructivos, estables, la correspondencia es tan perfecta que la ley se presenta como investida de una soberanía absoluta, y su realización se alcanza sin violencia, pero, en cambio, en los períodos críticos se observa una verdadera crisis de la legalidad, y naturalmente la imposición y la violencia toman el puesto de la espontánea realización. No es necesario insistir para que se comprenda cuán exacta es esta observación; bastaría recordar cómo se propaga en nuestro tiempo, esencialmente crítico, la paradoja de la decadencia y muerte de la ley y la afirmación de la necesidad de recurrir a la violencia para mantener el orden social que antes estaba encargado de la legalidad. De lo que dejamos expuesto se desprende que es posible distinguir en la realización del derecho dos aspectos fundamentales, referidos a la forma espontánea y a la coactiva de la realización; respecto a la primera, basta con lo que acabamos de expresar y con lo dicho al tratar lo relativo a la génesis de la imposición coactiva del derecho; en cuanto a la segunda, de ella vamos a ocuparnos en las páginas que siguen.

CAPITULO SEGUNDO

La realización coactiva

1 — El proceso de la realización coactiva. 2 — Las soluciones propuestas. 3 — La jurisprudencia contra la doctrina. 4 — Necesidad de una doctrina de la jurisprudencia.

1 — El proceso lógico de la realización coactiva del derecho requiere, para su completo desarrollo, dejar establecido cuatro estados sucesivos: 1) el caso concreto, los hechos de la relación; 2) la regla jurídica que lo rige, norma expresa o principio; 3) relación entre el hecho real y la norma jurídica, que da por resultado una conclusión, sentencia, y finalmente: 4) los modos con que se impone coactivamente la sentencia, o sea la ejecución.

El modo de configuración del caso concreto no se presta a reglas generales precisas; ha de resultar de la habilidad natural del jurista despertada por el constante ejercicio. La regla jurídica, el caso hipotético que debe contener como una proposición mayor el caso real, constituye el centro de la preocupación en una doctrina de la jurisprudencia. La primera dificultad aparece en lo referente a la determinación del derecho aplicable, de su precisa interpretación; dificultad que va creciendo según que se pase de disposiciones legales de aplicación estricta, a disposiciones de aplicación discrecional, a casos no regidos por un principio reconocido. Es premisa mayor, el principio jurídico que debe ser necesariamente establecido, puesto que no es posible dejar de resolver la cuestión planteada; lo será según derecho estricto, o según el derecho latente en la ley o según el derecho en formación. El razonamiento que descubra los principios de identidad que unen los dos casos es la operación lógica del intérprete, que impone la conclusión de la sentencia. Los modos de ejecución concuerdan con la organización política, con los modos de acción de la autoridad. Este frío esquema de la realización coactiva no descubre el verdadero proceso real, hecho de lógica y de interés, como lo ha revelado exactamente Tarde (1). Jurídico, escribe, significa dialéctica utilitaria, original combinación, esencialmente social, de lógica y de finalidad, de sutileza y habilidad, en que el silogismo encubre el cálculo; sea en el legislador qué hace la ley, sea en el profesor que hace la doctrina, sea en el juez que hace la jurisprudencia (2).

2 — La determinación de la regla jurídica aplicable ha dado motivo a la parición de una extensa literatura y a una ilustrada discusión, de la que no podríamos prescindir aquí; para resumirla, al menos en sus fundamentos, sirvámanos de una clasificación que nos facilite la tarea. Toda la discusión puede ser contenida resumiéndola en los tres grupos siguientes: Jurisprudencia interpretativa; jurisprudencia creativa; interpretación creadora, a cuya consideración vamos a entregarnos en los capítulos siguientes.

La praxis mira al momento de la realización del derecho, es decir, al instante en que viene a fundirse la norma jurídica, regla ideal de conducta, con el hecho, elemento vivo, cosa real, en una

(1) "Congrés Internationale de Droit Comparé". T. 1, pág. 441.
(2) Gurvitch, "Le temps present." Págs. 213, 246.

conclusión que es la sentencia. Esta fusión no se realiza sin oponer serias resistencias por la diversa naturaleza de los elementos; de aquí que en la solución del problema unos salvan la dificultad sacrificando la vida en homenaje al principio ideal, éstos fundan la doctrina interpretativa; los otros, por el contrario, exaltan el valer de la vida y sacrifican todo principio ante su suprema exigencia, propagando las bases de la doctrina creativa; y, finalmente, los de convicciones más frías procuran descubrir un término de conciliación, en un campo práctico, acogiéndose a un modo de eclecticismo tranquilizador, que resumen en la doctrina de la interpretación creativa. Hasta qué punto contienen estas doctrinas los elementos reales, precisos, de una solución, no necesitamos anticiparlo; las reflexiones que siguen esperamos que bastarán para revelarlo.

3 — La jurisprudencia de los tribunales, como fuente de norma jurídica constituye una de las más vivas preocupaciones de los juristas modernos; algunos la exaltan hasta el punto de declarar que ella forma la base y el único principio del conocimiento científico del derecho, y cubren con un pesado desdén los principios abstractos de la doctrina jurídica. Este divorcio entre la jurisprudencia y la doctrina se presenta manifiesto, en especial, en los juristas de Francia. En el reciente tratado de derecho civil francés de Planiol y Ripert, en curso de publicación (3), no se disimula la preferencia acordada a la jurisprudencia sobre la doctrina. "Cada generación, se dice en el prefacio, exige un tratado de derecho civil que responda a su concepción del método jurídico y a sus necesidades prácticas. Nosotros hemos querido crear, para la generación presente, un instrumento de trabajo que pueda reemplazar las obras que llevan, cualquiera que sea su alto valer, la carga de los años. No se debe agobiar a nuestro derecho actual, con el peso de un comentario que se ha vuelto inútil". El espíritu de moderación que se muestra en estas expresiones no nos impide ver el fondo del pensamiento, de manifiesto desdén para la gloriosa doctrina antigua francesa, para los comentarios que antes citábamos con un respeto religioso y que hoy declaramos el peso muerto acumulado por los años.

Y si las expresiones citadas muestran todavía una considera-

(3) En 1934 ya habían aparecido los catorce volúmenes que lo componen.

ción respetuosa, las obras más recientes acreditan un proceso de completa disolución de las antiguas doctrinas: Josserand, en su curso de derecho civil positivo francés (1930), declara con cierto alarde, que "el derecho que ha tomado como objeto de su estudio es, ante todo, el derecho jurisprudencial; es decir, el que se realiza; hemos entendido hacer ciencia y no novela. La jurisprudencia es la materia prima sobre la que se han de ejercitar nuestras investigaciones; el derecho es tal cual ella lo comprende y lo compone; los documentos legislativos no son sino los materiales cuya coordinación y ejecución le ha sido confiada". Es una especie de terrorismo de la jurisprudencia, que no sólo ignora la doctrina, sino que pretende despreciarla.

Esta exaltación no deja de ofrecer graves peligros; no creemos que el predominio de la jurisprudencia acuse un grado de efectivo progreso en el conocimiento del derecho. La jurisprudencia toma el lugar de la doctrina en los pueblos que carecen de un sistema jurídico firme o frente a los viejos códigos, expresiones de un derecho ya muerto, incapaz de dirigir el movimiento de la vida; suele entonces mostrarse más bien como un síntoma de decadencia o como la muestra de un estado rudimentario del derecho, que vuelve hacia la fuente original, hacia la conciencia ética social, para sacar una sustancia que la ley ya no puede ofrecer. El progreso ascendente de todo saber nos impone llegar a los principios; no es posible una ciencia de casos particulares, individuales; el derecho reducido a la jurisprudencia es la rutina que degrada todo conocimiento, así como reducido a un simple raciocinio, a un juego de principios y de sutilezas, es una mera labor intelectual privada de la dignidad que sólo concede la participación en la vida.

4 — Los problemas que plantea la jurisprudencia no han sido aún suficientemente esclarecidos; si bien existe una muy extensa literatura que discurre sobre el carácter propio, filosófico y doctrinal, de la interpretación, como simple operación lógica, o como acto creador y fuente del derecho positivo, no se han detenido suficientemente los expositores sobre un problema de acentuado carácter práctico y científico, relativo a la jurisprudencia como disciplina jurídica positiva y a sus relaciones de coordinación con la doctrina.

Para que el estado de lucha y disolución entre la doctrina y la jurisprudencia, a que aludimos más arriba, llegue al término de

una conciliación, es preciso reducir la jurisprudencia a disciplina, proponerse una base de clasificación, un método, un esquema que introduzca dentro de la aparente individualidad de los casos, el principio general que los gobierne y coordine.

El ejemplo del método de Langdell, empleado para la enseñanza del derecho en las escuelas norteamericanas, podría servir grandemente a este fin (4).

No ignoro que especialmente en Francia la obra de la coordinación de la jurisprudencia ha alcanzado a un grado muy alto de perfección; bastaría recordar, para demostrarlo, el notable estudio de Meynal "Les recueils d'arrets et les arretistes", incluído en el "Livre du Centenaire", en el que se revela este aspecto de la literatura jurídica francesa; pero no es eso exactamente lo que reclamamos; el vacío que deseamos ver colmado es el referente a la especulación sobre las bases del sistema jurisprudencial; quizás sea el profesor Perreau, de la Universidad de Toulouse, el único que haya prestado a este asunto una verdadera atención, en su obra "Technique de la jurisprudence en droit privé".

La doctrina y la vida vienen a reunirse en la jurisprudencia, es el lugar común donde se realizan; levantar una guerra entre ellas, es la mayor insensatez, y disponerse a esclavizar a alguna para que sea explotada por la otra, es crear un sistema efímero. Los comentaristas franceses de los primeros años de la vigencia del código Napoleón, miraban con un desdén no disimulado la obra de la jurisprudencia; los actuales juristas quienen condenar a silencio a la doctrina, exponiéndose a abrazar un empirismo que conduce a la pura rutina; nuestro anhelo quisiera descubrir un campo de conciliación en que la doctrina y la jurisprudencia pudieran representar una expresión real del pensamiento y de la vida.

---

(4) Valeur. "L'enseignement du droit", pág. 191. Es muy significativo al movimiento provocado principalmente por el "American Law Institute", tendiente a lo que se ha llamado el "Restatement" del derecho; un método según el cual se llegaría a la unificación de los principios fundamentales del derecho privado americano; hasta redactar un código privado de principios que podría alcanzar el valor de un derecho subsidiario. Nota pág. 490. 'Recueil d'Etudes en' Honneur de Francois Geny". T. II, pág. 490, en nota; Madray. "Des contrats d'aprés la récente codification privée faite aux Etats-Unis". 1936.

CAPITULO TERCERO

Jurisprudencia interpretativa

1 — La doctrina exegética. 2 — Aspectos de esa solución. 3 — Crítica y apreciación.

1 — El siglo pasado se ha caracterizado por una especie de apoteosis del derecho escrito positivo. La ley aspiraba a contener la fórmula definitiva racional del derecho, y su realización en los distintos casos reales en que se aplicaba era tanto más perfecta cuanto más exactamente se conformaba al texto y al espíritu que la animaba; bajo esta sugestión ha nacido en la jurisprudencia la doctrina exegética, cuya preocupación capital consiste en descubrir los métodos más perfectos para revelar el verdadero sentido de las leyes, con prescindencia del estado social en donde nacen las relaciones que van a regir. Esta doctrina de la exégesis se asienta en algunas premisas fundamentales de base política y filosófica. La concepción corriente de la legislación la presentaba como un sistema completo, en el que todo caso real debía encontrar solución, como que la ley era ordenación de la razón o expresión de la verdad positiva; es decir, principio de carácter absoluto, que la realidad no podía ni rectificar ni contradecir. La ley era, además, expresión de la soberanía encarnada en el legislador, cuya sagrada función no podía ser usurpada por el juez, a quien no le era dado, so pretexto de interpretar la ley, modificarla o corregirla. Esta concepción absoluta de la ley y esta separación de los poderes del juez y del legislador, que reconocían un fundamento común, impusieron una doctrina que reducía el rol del jurisperito al de la simple interpretación de los textos legales; sea que se creyere en que el derecho es una revelación absoluta de la razón, sea que sin afirmar una premisa absoluta se sostenga que no hay más derecho que el contenido en las leyes positivas. La escuela de la exégesis adquirió bajo la influencia del código civil francés una boga y un valer extraordinarios; los nombres de Laurent y Demolombe bastarían para justificar nuestra afirmación. Los métodos de interpretación dentro de esta corriente doctrinaria, se fueron perfeccionando y difundiendo, a medida que se debilitaba su fundamento; su modo más estricto era el de la interpretación

meramente exegética, que se proponía esclarecer artículo por artículo de las leyes, deteniéndose en todas las minucias de su redacción, en el análisis circunstanciado de sus períodos, y sin afanarse mucho por alcanzar una visión de conjunto de las instituciones ni por destacar los principios fundamentales que las gobiernan. Al predominio del método exegético ha sucedido el del sistemático, que representa sobre aquél un progreso evidente. Las enseñanzas de Savigny y sus explicaciones admirables sobre los procedimientos lógicos, históricos y sistemáticos de su método de interpretación, han creado una fuerte corriente que, si no alcanzaba a solucionar el problema de la realización del derecho, ampliaba el punto de vista de la interpretación hasta dominarla en un alto grado de perfección.

Nuestro verdadero problema no es, sin embargo, el de la interpretación de la ley, sino el de saber si es legítimo, y en qué medida, introducir — a título de interpretación o como principio complementario — una premisa jurídica no contenida expresamente en la ley, para resolver los casos traídos a la resolución judicial. La doctrina a que acabamos de aludir resuelve el problema en sentido negativo, y esa parece ser la posición adoptada por las legislaciones de tipo clásico. Cuando nuestro codificador afirma, aunque en un pasaje incidental, que "la sola ley es la conciencia del juez" (nota 512), parece proclamar el principio más estricto que condena la obra creadora del juez y de la jurisprudencia.

2 — La discusión en el campo de esta jurisprudencia interpretativa, se ha planteado, en los últimos tiempos, en un tono no sólo doctrinario sino también práctico. Se ha comenzado por demostrar que aun fuera de toda deliberación, quiero decir que voluntariamente o sin advertirlo, la jurisprudencia cumple una misión creadora que complementa la legislación, y hasta anticipa las bases de las nuevas instituciones; un ejemplo extraordinario lo ofrece el análisis de la jurisprudencia francesa; por otra parte, las leyes más modernas y acreditadas por su sabiduría se anticipan a reconocer la posibilidad de vacíos de la legislación y autorizan a que sean colmados por la obra de la jurisprudencia. (Cód. Civ. Suizo, art. 2) En la dogmática jurídica se advierte un movimiento que parece concordar, en sus fundamentos, con la exigencia que acabamos de constatar en la práctica. En los últimos tiempos ha adquirido una notoriedad mundial un trabajo del eminente juris-

ta alemán Zittelmann, sobre las lagunas en el derecho (Lücken im Recht), que tiende a demostrar que en toda legislación hay dos clases de vacíos: uno que corresponde a aquella parte que el legislador mismo ha dejado en blanco, para que el intérprete la llene con auxilio de los principios generales contenidos en la misma legislación, y otros vacíos, que pueden ser denominados verdaderos, por oposición a los primeros que son falsos vacíos, que deben ser colmados por el intérprete en un esfuerzo creador conforme a los principios de los valores sociales. En esta solución se concluye resueltamente afirmando la necesidad y la legitimidad de la acción creadora de la jurisprudencia, aunque reducida a la porción de las verdaderas lagunas.

Una solución que aparecía como una réplica a las afirmaciones de Zittelmann, la ofrece el jurista italiano Donati en su libro sobre "Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico", que después de un prolijo análisis, llega a afirmar la plenitud lógica del ordenamiento jurídico positivo, con lo que se habría privado de todo fundamento a las afirmaciones de Zittelmann. Según Donati, todo ordenamiento positivo contiene tres géneros de principios: las reglas especiales, que resuelven los casos particulares concretos; las reglas complementarias especiales, que contienen los principios generales de las instituciones particulares; y las reglas generales complementarias, que son los principios directivos y fundamentales que presiden toda la organización jurídica; por el juego de estas tres formas de reglas puede el intérprete resolver todos los casos que le sean propuestos, sin necesidad de recurrir a un esfuerzo creador, que atentaría gravemente contra la necesidad de referir todas las soluciones de la jurisprudencia a un sistema legal cierto y estable (1).

3 — Para apreciar el valer de los argumentos expuestos en esas discusiones, ya no es preciso volver a remontar hasta los fundamentos de las doctrinas originarias. La concepción racional de la ley y la de la división de los poderes, que impedían en todo caso al juez realizar lo que se denominaba obra de legislador, al crear en la interpretación el principio jurídico, en su forma doctrinaria, se ha debilitado a tal punto que no parecería justificado que nos detuviéramos en un minucioso análisis. El principio racional que

(1) "Il problema delle lacune", pág. 28. Véase Dualde: "Una revolución en la lógica", Pág. 181.

nos enseñaba a mirar la ley como una imposición de una razón universal y absoluta que le servía de fundamento, y al que era preciso recurrir en procura de iluminación, cuando su sentido se presentaba oscuro, ha comenzado a ser considerado como una exageración que no es posible sostener, ante la evidencia, que la historia y los hechos comprueban, de la imposibilidad de alcanzar este derecho racional absoluto. La superstición de la voluntad del legislador como fundamento de las leyes, que nos obligaba a sutilizar sobre los elementos reales para descubrir esa voluntad efectiva, tal cual había nacido en el momento de la creación de la ley, se ha revelado como una ficción que más bien atentaba contra esa supuesta voluntad, a la que quería servir, al extender su influencia a relaciones ajenas en un todo a las premisas que la habían determinado.

Los fundamentos de la jurisprudencia interpretativa son de una debilidad y de una falsedad evidentes; sin embargo, hay hechos universales en que se apoyan, demostrativos de que si bien los razonamientos de la escuela son inaceptables, encierran un fondo de verdad, el cual requiere una interpretación adecuada. Nadie podría negar que toda sociedad requiere un derecho que regle sus relaciones, y que para que este derecho cumpla su destino es preciso exista un sistema de principios estables, conocidos, sólidamente establecidos, que se impongan a la conciencia y reglen indudablemente la acción; si este sistema debe estar traducido en la legislación no puede aceptarse una jurisprudencia incierta, según la inspiración o el capricho de los magistrados; luego los fundamentos reales de la jurisprudencia interpretativa son de un poder incontrastable; pero en qué medida es verdad esto y cómo ha de justificarse, es el problema que precisamos resolver. Por otra parte no hay sistema legislativo capaz de satisfacer las exigencias de la solución de los casos reales, imponiéndose, en alguna medida, la obra creadora de la jurisprudencia; de uno o de otro modo se plantea el problema de la realización, sin hallar solución posible en la escuela de la jurisprudencia interpretativa.

CAPITULO CUARTO

Jurisprudencia creativa

1 — Sus fundamentos. 2 — Tres direcciones particulares. 3 — Apreciación de las soluciones propuestas.

1 — El problema de la realización del derecho encuentra una solución opuesta a la anterior, en la teoría de la jurisprudencia como creación constante de la magistratura. Las disposiciones que constituyen una legislación son expresiones de un modo de ver particular. relativo a las relaciones sociales, que se fijan en ella como verdades definitivas que aspiran a perpetuarse indefinidamente; los procesos generales de la vida continúan en su desenvolvimiento, de tal manera que, poco después de su sanción, el precepto jurídico comienza a perder su contacto con la realidad, hasta convertirse en una pieza de museo, un cuerpo embalsamado en vivo — según una sugestiva expresión — que tiene sólo la apariencia de realidad vital. Frente a esta reflexión, que impresiona si se la contempla sin mayor análisis, se ha concluído, de un modo natural, afirmando que el principio que enseña a realizar el derecho según un sistema estable de principios contenidos en una legislación — que el juez se debe limitar a interpretar — es contradictorio con la propia naturaleza del derecho. El juez debe estar armado de todos los poderes, para interpretar los hechos tal como la realidad los ofrece, originales y cambiantes y, según su naturaleza, dar la solución que mejor se acomode a un principio superior de justicia. Hay otro hecho que parecería fortificar también ese modo de ver: un estudio detallado de la jurisprudencia de los tribunales en los pueblos más adelantados, revela que no hay legislación que pueda bastar, por sí misma, para ofrecer los principios necesarios a fin de solucionar todos los casos que en infinita y creciente variedad van ofreciendo las relaciones sociales, lo que impondría afirmar que, se conceda o no al juez la libertad de crear el principio jurídico adecuado, aquél, frente a los hechos, tiene que crear el precepto, cuando el ordenamiento jurídico no lo contiene. Podemos concluir, como síntesis de estas reflexiones, afirmando que un raciocinio lógico y una comprobación de los

hechos, parecen imponer, a primera vista, la solución de la jurisprudencia creativa.

2 — Según el grado de extensión asignado a los principios relativos a la libertad de interpretación del juez, podemos distinguir, dentro de esta solución, algunas direcciones particulares. Un propósito de simple información quedaría satisfecho si nos referimos a tres direcciones, que denominaremos: jurisprudencia libre, jurisprudencia sentimental y jurisprudencia de los intereses.

Kantorovicz, bajo el pseudónimo de Gneus Flavio, sin duda para hacer más sugestiva su obra con el recuerdo del nombre del notable jurista romano, publicó una celebrada monografía con el título de la lucha por la ciencia del derecho ("Der Kamps um die Rechtswissenschaft") (1), en la que exponía de un modo sistemático, siguiendo las huellas de Thering, una teoría de la realización. Para referir brevemente este nuestro punto de vista, podríamos decir que Kantorovicz opone al derecho establecido e impuesto por el Estado, un derecho viviente y libre, que se mueve junto con la realidad social —de la que procede— en cada instante; a la ciencia del derecho, como sistema de principios estables, una creación constante, que no admite que se la fije sino por el tiempo de su constatación; y, como consecuencia, frente a una jurisprudencia que se realiza en una justicia formal, conforme a los preceptos, una jurisprudencia que se realiza según una libre apreciación de los hechos. La doctrina de la interpretación propuesta por Kantorovicz se presenta bajo una apariencia orgánica, que la hace imponente; pero en realidad es sólo una apariencia: en el fondo carece de todo principio, pues, al hablar de una ciencia del derecho que es preciso improvisar a cada instante, sin que se sepa qué base estable se ha de reconocer, importa ello la quiebra de todo conocimiento sistemático, lanzándonos en un mar de posibilidades sin guía alguna segura.

La jurisprudencia sentimental tiene aún rasgos de una mayor inferioridad. El juez Magnaud ha llegado a alcanzar una celebridad mundial, al aplicar un sistema de jurisprudencia fundado en la inspiración de una justicia sentimental; sus fallos son un ejemplo vivísimo de lo que es posible realizar por la simple consideración de los hechos particulares, analizados según una con-

(1) Gurvitch, "Le droit social", pág. 248.

ciencia indeterminada de la justicia. **"Le bon juge"**, según se denomina a Magnaud, resolvía cada caso sin sujeción a los principios jurídicos establecidos, y aun en contradicción con ellos, siempre que de su aplicación pudiera resultar contrariado el sentimiento de justicia humana contenido en la conciencia. Un análisis de sus resoluciones muestra las contradicciones en que incurría, los excesos sentimentales, que representaban verdaderos atentados; aunque otras veces mostraba alguna fecundidad, al crear interpretaciones de los hechos que la legislación posterior ha venido a confirmar. El fenómeno Magnaud, como suele llamársele (2), ha sido, afortunadamente, un caso excepcional, porque su propagación hubiera constituído para los pueblos organizados una amenaza terrible; por un lado, tiene el inmenso atractivo de ofrecer al espíritu sediento de perfección la promesa de una justicia real y efectiva, que conquista sin reflexión la simpatía de todos los que sienten los dolores de las desigualdades sociales; y por el otro proclama un principio de anarquía y de disolución, al enseñarnos que debemos abandonar los principios de todo orden estable, para entregarnos a la fatal ilusión de una justicia ligada a la exaltación, al capricho, a la arbitrariedad de los jueces que, como hombres, no han escapado nunca a la fatalidad de las pasiones y de la limitación humanas.

La jurisprudencia de los intereses, tercer aspecto de esta doctrina de la jurisprudencia creadora, tiende a dar un contenido más preciso a la teoría del derecho libre, en cuanto trataría de referir a los intereses y fines sociales el fundamento del principio jurídico a aplicar. ¿Cómo han de establecerse esos intereses, con qué método, cuál será el criterio de la distinción en presencia de la multitud de fines que se persigue en la colectividad? La misma inseguridad, el mismo temor al capricho y a la arbitrariedad de los que mandan e imponen, invaden el ánimo cuando se considera este modo de ver, que constituye variaciones, tentativas de solución de un problema que dentro de los términos de esta doctrina parecería insoluble.

3 — Una apreciación de las dos soluciones, interpretativa y creativa, nos impondría mirarlas como modos antitéticos de llegar a resolver un problema por caminos rigurosamente opuestos,

(2) Geny, "Méthode d'interpretation", T. 2, pág. 287.

y en sentido tan simple y absoluto que la prudencia más elemental nos aconsejaría desconfiar de tales reducciones, de una realidad siempre compleja, a principios de una pura racionalidad. O el juez crea la ley, negando la realidad de un orden jurídico, o el orden jurídico se impone a la realidad, deformándola para acomodarla a sus estructuras; son estas las alternativas de la solución que contienen los términos extremos del problema, pero ¿quién no vería la necesidad de buscar un campo común en que la fusión de los extremos sea posible?

La doctrina creativa es una expresión de la tendencia de los que practican una especie de terrorismo de los hechos, que pretenden negar toda actitud universal, confiados en la fecundidad de la constatación de los hechos más elementales, tendencia que corresponde a lo que Battaglia ha llamado la edad triste del sociologismo, cuya infecundidad empiezan todos a advertir; pero a la vez satisface la necesidad de devolver al juez, convertido en un autómata, su conciencia humana.

La doctrina interpretativa está fundada, por el contrario, en una inmensa ficción, que ha resultado fatal para el prestigio del derecho; en la creencia en la posibilidad de los sistemas jurídicos acabados y de la sustitución de la conciencia viva, humana, del juez con una conciencia universal, doctrinaria, impasible. Las dos soluciones aparecen, a la vez, como modos de manifestarse de la insoluble antítesis entre el individuo y la colectividad; ésta en su ambición de reducirlo todo a estructuras inflexibles, sin contar las peculiaridades de lo individual, y aquél en lucha interminable para desligarse de las ataduras que le impone la colectividad.

Pueden una y otra doctrina tener su momento de oportunidad, que no quiere decir consistencia y verdad. Cuando se está en trance de crítica y de disolución social, es lógico que los grupos se abracen a la libre interpretación, modo negativo y anárquico, que es como una bandera de guerra y, de igual manera, que se practique la forma meramente interpretativa, cuando la colectividad repose sobre un sistema orgánico, emanación de una conciencia social serena y universal; pero este mismo vaivén entre las soluciones extremas nos descubre, al mismo tiempo que la propia debilidad, el ámbito entero donde debemos levantar la solución de nuestro problema.

CAPITULO QUINTO

Jurisprudencia de la interpretación creativa

1 — Un nuevo punto de vista. 2 — La solución propuesta. 3 — Crítica y apreciación comparativa.

1 — La doctrina de la jurisprudencia como interpretación creativa, trata de conciliar, en una posición ecléctica, los extremos contenidos en las doctrinas anteriores; su autor, el renombrado profesor Geny, que la ha expuesto en un admirable libro: "Método de interpretación y fuente de derecho privado positivo", revela una fina sensibilidad, que le hace advertir no basta la ley para que el derecho cumpla la misión que le corresponde en el orden social, que es preciso destruir esa especie de dogma de la omnipotencia de la ley y crear, en su reemplazo, una visión nueva del derecho y de sus fuentes. Las perspectivas no pueden ser más halagadoras, mas los medios de que se vale no son igualmente satisfactorios. Que la concepción del derecho en que se asienta la doctrina de la interpretación es primitiva y estrecha, parece evidente, y que, en consecuencia, deba ser reformada y ampliada es, sin duda, algo generalmente reconocido, pero la consecuencia que de esto puede derivar para la jurisprudencia no se satisface con un sistema como el propuesto por Geny, cuyo íntimo sentido se encierra en una especie de conciliación, imposible entre los extremos de las doctrinas interpretativas y creativas. Vamos a tener oportunidad de comprobar, en seguida, que la solución de Geny no representa una fusión de los extremos, sino una especie de repartición del campo en discusión entre los dos pretendientes; se asigna una porción a la interpretación y otra a la creación, en un eclecticismo conciliador pero insuficiente. Es verdad, y es preciso reconocerlo terminantemente, que del análisis de Geny, uno y otro método salen afinados y perfeccionados de manera admirable, y que es éste el mérito más alto y acaso el título permanente de la obra; pero esa virtud excepcional, que le hace conquistar unánime respeto, no asegura el acierto en la solución final del problema de la realización del derecho.

2 — La doctrina de Geny debe ser referida a dos grandes

capítulos. La realización del derecho ha de hacerse, ya según una norma expresa, o según principios jurídicos. La norma está constituída siempre, en primer término, por las disposiciones contenidas en las legislaciones positivas y, a falta de ellas, por las reglas de la costumbre jurídica, formadas por la manera constante de resolver conforme a las disposiciones del derecho. El jurisperito no tiene otra misión que cumplir, ante estas disposiciones, que la de tratar de esclarecer la voluntad imperativa de los textos, revelando el estricto sentido de la letra de la ley y reflejando el espíritu que la anima; su función, en este caso, es tan sólo interpretativa; se debe limitar al empleo de los métodos más finos y seguros, lógicos e históricos, para penetrar con certeza y restaurar en su integridad todo el cuerpo del derecho vigente. Las normas creadas por la costumbre jurídica deben quedar sujetas a una elaboración interpretativa semejante, que comience por asegurar su uso constante y descubra luego su afinidad con el derecho establecido. En este aspecto, ninguna forma de creación interpretativa es admitida; ni siquiera el método de la analogía, que representa un término de transición entre los textos expresos y los principios jurídicos que salen de sus relaciones.

El segundo aspecto de esta doctrina de Geny, se ofrece cuando se consideran los casos que no encuentran una norma positiva que los contemple y solucione, y para los cuales es preciso adoptar procedimientos que permitan crear el principio que ha de gobernarlos. No sería aceptable recurrir a las doctrinas que aconsejan dejar estos casos librados a la capacidad creadora del intérprete; ya hemos dicho, en el capítulo anterior, los motivos que explican el porqué de esta afirmación; es preciso fundar un método orgánico, que asegure el acierto del jurisperito en la creación de los principios, y es esta, precisamente, la tarea que emprende Geny con una riqueza de ideas y de erudición admirables. El método creador de los principios lo denomina "libre investigación científica". Este método supone la existencia real de "una naturaleza de las cosas positivas", que es posible revelar con seguridad. Existe un principio racional del derecho, que corresponde a la naturaleza del hombre, y que la razón puede alcanzar; sobre este principio vienen a formarse las modalidades de la existencia real e histórica en la que la vida jurídica se desenvuelve. Una investigación que reconozca el principio universal, racional, humano que supone toda noción de justicia y, a la vez,

las peculiaridades ocasionales de los hechos; sería la única capaz de revelarlos; la realidad interna, principio de razón, y la realidad externa, la atmósfera en la que se desenvuelven los hechos. Las conclusiones de un procedimiento semejante, aplicado a la sucesión de los casos, nos llevarían a constituir un derecho común, válido hasta más allá de las fronteras políticas, formado por una sucesión de principios generales, aptos para un número infinito de soluciones, y que podrían aplicarse subsidiariamente, cada vez que la legislación positiva mostrara un vacío imposible de ser colmado por la interpretación. Las funciones del jurisperito lo elevarían hasta la altura de un legislador ideal, que, sin apartarse de la realidad, estaría dictando los preceptos válidos para resolver todos los casos posibles. Este método de la libre investigación científica reconoce, como se ve, un doble procedimiento; por una parte proclama la existencia de un principio universal de razón, que lo vincula a los fundamentos del antiguo derecho natural, y por la otra abraza las conclusiones del sociologismo, cuando nos impulsa a buscar en la atmósfera social los principios de una realidad externa y particular.

Mirada en su conjunto, la doctrina de Geny resuelve el problema de la realización del derecho, no con un principio único, sino merced a frecuentes distingos y a la aplicación de distintos principios. Si existe una disposición legal que pueda aplicarse, al intérprete no le queda otro rol que el de revelar exactamente su sentido; si la disposición falta o es incierta, la tarea que debe cumplir es creadora, pero su creación será según las reglas de la libre investigación científica, que comienza por imponer el respecto a los principios absolutos de razón según la naturaleza humana inmutable.

3 — La doctrina de Geny representa un esfuerzo de conciliación entre soluciones extremas: es interpretativa y creadora, enseña el respeto a la ley y, al mismo tiempo, funda un método que reconoce sus insuficiencias y vacíos, el imperio de los principios del derecho natural y, a la vez, proclama la supremacía de un derecho histórico condicionado, temporal. No podría imputársele con justicia, a pesar de estas opuestas afirmaciones, que haya en su obra una verdadera contradicción, pero sería también difícil establecer hasta dónde son legítimas sus afirmaciones y en qué medida su eclecticismo ha alcanzado a una verdadera fusión.

Los continuadores de Geny no pueden vanagloriarse de haber hecho dar al problema un paso más en el camino de la solución; parecería que en los términos en que está planteado no cabe ya un cuarto modo de solucionarlo; pero ¿cómo aceptar la existencia de una supuesta naturaleza de las cosas, amasada con datos reales y racionales de una completa imprecisión? ¿cómo explicar esa especie de maridaje incomprensible entre un derecho natural y un derecho social de opuestos fundamentos y caracteres? Debemos recoger de esta doctrina el fondo esencial, perceptible, que parece contener el principio de la solución; pero rechazar, sin hesitar, su estructura que se revela, a una rigurosa observación, como levantada con materiales efímeros, puestos al servicio de una lógica admirable y de un poder de síntesis y coordinación imponentes.

CAPITULO SEXTO

Teoría de la praxis

1 — Replanteo del problema. 2 — La inhabilidad de las soluciones. 3 — La solución que proponemos. 4 — Apreciación crítica. 5 — Proceso lógico formal.

1 — Las exposiciones que anteceden, al referir las soluciones más corrientes en la doctrina, si bien no proporcionan por sí la fórmula terminante para esclarecer nuestro problema, nos dan todos los elementos posibles para una teoría de la jurisprudencia. Una solución requiere previamente que sea contemplado el problema en su totalidad y replanteado en sus términos estrictos; en este propósito nada puede ser más eficaz que el tomar de nuevo los hilos de la construcción de las diversas soluciones, para reunirlos en un haz que las tenga presente a todas.

Si suponemos esclarecido el proceso de la dogmática y explicada la obra del jurisconsulto que crea el principio jurídico, y con él la norma y la regla concreta de derecho, y proseguimos las vicisitudes de la existencia de la norma jurídica, nos encontraremos en un momento decisivo en que el jurisperito, frente a los conflictos reales que plantean las relaciones de la vida, debe tra-

tar de moldear los casos en una forma tal, que puedan, sin violencia, venir a acomodarse dentro de las normas jurídicas establecidas, para alcanzar, según ellas, una solución; este momento es el de la crisis de la dogmática, en la que se pone a prueba la aptitud de los principios para regir la vida según un delicado proceso de fusión entre el elemento vital —el caso real—, y el elemento intelectual, —el caso hipotético contenido en la norma—; fusión tanto más difícil de alcanzar cuando los elementos componentes parecen corresponder a dos distintas naturalezas. Así queda planteado, en su propio terreno, el problema de la realización, que si reconoce un sentido práctico, exige, a la vez, ser colocado en los términos de una cuestión de ideas.

2 — Los tres órdenes de soluciones que hemos analizado parecen colocar el problema en un ambiente de cuestiones prácticas, inapto para alcanzar a resolverlo. La jurisprudencia interpretativa, sin ahondar en el asunto, se paga del engaño de creer que es posible, aun contando con la resignación del juez, convertir al intérprete en un autómata que pronuncia las palabras de la ley; toda interpretación es una creación; el pensamiento contenido en un texto revive en la mente del intérprete, que le da un nuevo sentido al traducirlo en su propia expresión; ¿cómo es posible, entonces, aferrarse a las apariencias e ignorar de los hechos su verdadero sentido? La jurisprudencia creativa es víctima de otra ilusión, de una falsa apariencia que la engaña; las manifestaciones reales de la vida, es cierto que se presentan en una inagotable variedad que va creando, sin fin, nuevos tipos, y que parecería violento o ilegítimo pretender hacer entrar todas esas formas en las estructuras limitadas e inflexibles de las normas jurídicas, pero no ha de olvidarse que a la variedad de la vida el hombre opone la unidad de la conciencia, y que la coordina y la hace inteligible; en toda creación de la inteligencia hay una apreciación, una interpretación de los hechos en relación a los conceptos. La doctrina de una jurisprudencia libre puede ser una arma de guerra para destruir un ordenamiento jurídico dado, pero no puede aspirar a constituir la base de una explicación universal de la realización del derecho. La doctrina ecléctica de la interpretación creativa tiene una perfecta conciencia del antagonismo irreductible que existe entre las anteriores soluciones, pero no se atreve a dar el paso definitivo que para fundirlas las transforme,

y se limita, más bien, a yuxtaponerlas, perfilándolas mejor y trazando cuidadosamente los límites que las separan; hasta aquí, interpretación, nos dice; en adelante, creación, conforme a las reglas que funda llena de justeza y penetración, pero transigir no es resolver; el campo se divide entre ellas, para apaciguar la contienda, mas el espíritu exige una razón única y un único principio, que sirvan para explicar el problema de la realización del derecho. Si el derecho ha de realizarse según la razón remota del jurisconsulto, embalsamada en la norma, se habrá creado un sistema de tiranía atentatoria de las funciones del verdadero derecho, y si ha de realizarse conforme a la sensibilidad inestable del juez, nos habremos entregado a los caprichos, en una disolvente anarquía. Los términos del problema exigen buscar otro campo de conciliación, porque, en el orden práctico en que se plantea, se presenta como verdaderamente insoluble.

3 — Una doctrina de la jurisprudencia, considerada desde el punto de vista filosófico, tiene que tocar con muy serias dificultades, cuando trate de precisarse frente a la práctica. La verdadera dificultad del problema, sin embargo, se encuentra en la necesidad de realizar una especie de síntesis con elementos faltos de una efectiva afinidad: la norma abstracta, universal, invariable que recogen las legislaciones, y el hecho concreto y real, particular y viviente. Para dar una solución a este problema es necesario colocarlo fuera de la realidad externa, en otro campo en el que vienen naturalmente a colocarse aquellos elementos: en la intimidad de la conciencia. La ley, principio universal, revive en la conciencia del intérprete que la evoca, con una individualidad peculiar, semejante o distinta de la que le impuso el jurisconsulto que la creó, pero conforme a una representación de la vida que no es propia, particular del intérprete, sino común a los hombres de la colectividad a que pertenece. Se puede afirmar, de un modo general, que cada colectividad da a las fórmulas un sentido nuevo y peculiar, que lee en los textos expresiones de una intención que no estaba, sin duda, en la mente de sus redactores; el principio universal de la norma adquiere contornos particulares en la conciencia del intérprete que la evoca, y, del mismo modo, se extiende y enriquece hasta abrazar todo el campo de la realidad jurídica. El hecho real, el caso concreto que se trae a so-

lución, sufre, de igual manera, un proceso de transformación en la conciencia que lo idealiza; es la obra de una representación que lo muestra con caracteres particulares.

Resulta, de lo expuesto, que en toda realización hay un proceso de creación, antes que una constatación de la norma y de los hechos; una creación, sin embargo, que tiene poco de común con el proceso espontáneo que saca los fines de su propia libertad; muy distinta, por consiguiente, de la creación supuesta por los partidarios del derecho libre, que evocan el sentimiento indeterminado, sin proporción y hasta contradictorio del intérprete. Un sistema de derecho es un modo de participación en la conciencia ética universal, conforme a la representación de su tiempo; una realización jurídica tiene que ser una actuación del sistema. El derecho sale de la conciencia moral hasta que, poco a poco, adquiere la fijeza y la estabilidad de la norma que lo separa de su fuente; pero, precisamente por la realización vuelve a la conciencia ética originaria, realiza el ciclo vital de su existencia. Si esto fuera negado, la consecuencia fatal sería el divorcio irremediable entre el derecho, como sistema de pensamiento contenido en las normas, y la realidad jurídica que se encamina a gobernar; entre un principio muerto e inútil, que las leyes se empeñan en perpetuar, y un hecho vivo, imponente, rebelde a todo principio de coordinación, lo que importaría nada menos que la proclamación de una especie de nihilismo jurídico que nos llevaría a negar la posibilidad de toda organización social.

El orden jurídico es mucho más que el conjunto de los preceptos que integran una legislación, es una avaluación de las acciones humanas, desde el punto de vista del derecho y de la justicia, y conforme a la representación común de vida de cada época. Este orden jurídico es susceptible de ser traducido en una sucesión de principios, y es esta precisamente la tarea primordial del jurista y la fuente más alta de la inspiración del intérprete. Cuando se invoca la equidad, se trata de corregir la injusticia o el vacío de la ley, apelando a los principios indeterminados, pero ciertos, del orden jurídico. Se habla de la buena fe, del orden jurídico, de las buenas costumbres; y ¿qué representa todo esto, sino la proclamación de la existencia de un espíritu que va mucho más allá de los textos, y que es el que compone el orden jurídico en su esencia?

La fórmula de la realización del derecho podría expresarse, según esto, diciendo que es la de un proceso lógico de integración de los elementos: la representación del hecho real y la representación del principio jurídico; un esquema intelectual y una sustancia vital que lo llena; en toda jurisprudencia, en toda solución de un caso concreto podremos descubrir ciertamente estos dos elementos: uno universal, capaz de servir de regla común, y otro particular, que le hace participar inmediatamente de la vida (1).

4 — Nuestra solución parecería aproximarnos a las premisas de la jurisprudencia creativa, pero, en realidad estamos más cerca de los puntos de partida de la jurisprudencia interpretativa; lo que sí que preferimos mirar no a los principios expresos, a las normas, sino al orden jurídico mismo; es una especie de proclamación no de la plenitud del ordenamiento jurídico, según la expresión de Donati, sino de la plenitud del orden jurídico existente, cuya expresión más interesante, aunque no única y exclusiva, resulta ser la totalidad de las normas positivas. Este modo de ver aspira a aproximarnos a una antigua concepción del derecho, que lo hacía mirar como un arte de lo bueno y de lo justo, según la expresión de Celso, para lo que era preciso reconocer que la bondad y la justicia debían alcanzar una referencia concreta en las cosas humanas, a menos que se pretendiera esconder, bajo estas sugestivas expresiones, las inspiraciones del capricho y de la arbitrariedad en manos de los encargados de administrar justicia.

5 — Resuelto para nosotros el problema fundamental de la realización del derecho, por la adecuación, por la fusión que se verifica en el espíritu, nos restaría analizar el proceso lógico formal por medio del que, el caso real y el caso hipotético contenido en la norma jurídica, se asimilan y funden en una unidad; este proceso podría ser descripto como una subsumpción, en cuanto las operaciones que nos conducen a una conclusión, a una sentencia, son un proceso lógico que nos hace referir intuiciones a conceptos. Este asunto nos llevaría fuera de lo que es motivo

(1) Véase: Maggiore, "Filosofía del Diritto", pág. 180. Ver: "Analogía", Pasquier, p. 205. Ubi eadem ratio, iden Jus - Saleilles, "Introduction", p. 90 Bobbio, "L'analogía nella logica del Diritto".

de nuestro propósito en este instante, situándonos en el campo de la pura lógica. La ejecución coactiva se liga a la organización de Estado, a la forma de ejercicio del gobierno, tema de un vivo interés, pero que trasciende también del campo de nuestras actuales preocupaciones.

PUBLICACIONES PERIODICAS DE FILOSOFIA DEL DERECHO

Las revistas son una fuente indispensable de información para el estudio de la filosofía del derecho. Transcribimos, en seguida, una nómina de las más importantes publicaciones de ese género, concretándonos a las revistas especializadas que aparecen regularmente. En virtud de la limitación que nos hemos impuesto, no mencionamos revistas generales de ciencia social, derecho o filosofía, aunque contengan secciones especiales dedicadas al derecho y su filosofía, como p. e.: la "Rivista italiana di Sociologia" o la "Revue internationale de Sociologie".

1) "Annuaire de l'Institut international de Philosophie du Droit et Sociologie Juridique". Librairie du Recueil Sirey. El primer número, año 1934, corresponde a los trabajos de la primera sesión, 1934 - 1935, y está dedicado al problema de las fuentes del derecho positivo. Aunque en el artículo 2 de los Estatutos del "Institut" se dice que "il ne dépend d'aucune Ecole ou Doctrine", puede afirmarse, a su respecto, lo mismo que expresamos sobre los "Archives", Nº 2. II Annuaire. 1935 - 1936. Travaux de la Seconde Session. "Driot, Moral Moeurs". Tome III. 1937 - 1938. "Lé But du Droit: Bien commun, Justice, Sécurite". 1938.

2) "Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique" — Fundados en 1931, bajo la dirección de Le Fur, Davy, Geny, Levy - Ullmann, Matter, Morin, Renard, Richard y Teissier. Están en estos "Archives" todas las direcciones del pensamiento francés; su propia denominación lo revela, en cuanto han unido a la filosofía la sociología jurídica. Se ha publicado hasta ahora en cuadernos dobles, semestrales. En la advertencia que precede al número primero se dice: "Se ha comenzado por oponer derecho a sociología; sociología y espiritualismo, y hoy constatamos que la sociología se vuelve más y más espiritualista y que la ciencia del derecho tiende a penetrarse de sociología". El propósito es procurar una entente entre ambas.

3) "Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie". (Ar-

chivos para la filosofía del derecho y de la economía), fundada por Kohler y Berolzheimer en 1907. Su dirección es de sentido positivista. Es órgano de la Internazionale Vereinigung für Rechts und Wirtschaftsphilosophie. Aparece bajo la dirección de W. Sauer, L. Wenger y Goetz Briefs.

4) "Philosophie und Recht" — Se publica desde fines de 1920 bajo la dirección de C. A. Emge y F. Raab; parece ser la expresión de las preocupaciones más modernas, de los nuevos aspectos del hegelianismo, de la doctrina de los valones, etc.

5) "Revue Internationale de la Théorie du Droit". (Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts) — Publica artículos en francés y en alemán. Fundada en 1926. Directores: Leon Duguit (1928), Hans Kelsen, F. R. Weyr, a los que se agrega hoy Gastón Jéze. Se publica en Brno (Brünn), Checo Eslovaquia. La denominación "teoría del derecho" y el nombre de sus ilustres directores definen la orientación positivista de esta publicación, que se encuentra concretamente reconocida en el "prefacio"; en él se lee: "Al hablar expresamente de una teoría del derecho, y no de una filosofía del derecho, deseamos hacer entender que el programa de nuestra revista no podrá reservar ningún lugar a la filosofía del derecho, en el sentido común del término; es decir, a la solución especulativa del problema de la justicia, del derecho justo y equitativo, del derecho natural o absoluto". La realidad suele separarse de los programas; si se analizan los índices de los cuadernos publicados se comprobará que los hechos no concuerdan con este expreso propósito; la filosofía del derecho tiene un amplio puesto en esta publicación.

6) "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto" — Fundada en enero de 1921, dirigida por Giorgio del Vecchio, Widar Cesarini Sforza, Antonio Pagano (1930) y Roberto Vacca (1924) y que dirigen actualmente Del Vecchio, Battaglia, Perticone, Capograssi y Salone. Aunque en el "Programa" se expresa que el objeto de la fundación es crear un "punto di incontro di filosofi e di giuristi" no ha podido dejar de sentir esta publicación la influencia de la dirección criticista de la gran figura de su director, Del Vecchio. Han aparecido dos índices generales, has-

ta 1935. En la actualidad está bajo la dirección de Amadeo Giannini, Guiseppe Capograssi y Felice Battaglia. Año 1939.

7) "Rivista Internazionale di Filosofia politica e sociale, Il Romagnosi". Roma 1935. Como lo dice en la Advertencia, se propone contribuir a la edificación de un orden nuevo de convivencia civil. Véase: Rivista Int. di Fil. del Dtto. Fasc. III, 1935.

8) "Zeitschrift für Rechtsphilosophie in Lehre und Praxis". (Revista para la doctrina y la práctica de la filosofía del derecho) — Se publicó entre los años 1914 a 1919, bajo la dirección de Holldack, Jeorges y Stammler; en enero de 1929 reapareció bajo la dirección de Félix Holldack, Erich Jung y Hans Reichel, a partir del cuarto volumen. La presencia de Stammler dió a esta publicación un tono criticista.

Pueden recordarse algunas otras publicaciones, como la "Revue générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence en France et á l'étranger", que aunque no corresponde a nuestra especialidad, publica numerosos estudios de filosofía del derecho, bajo la sugestión de su eminente director Julien Bonnecase; o como los "Studi periodici di filosofia del diritto e dello Stato", que aparecen en Nápoles (1924) bajo la dirección de Michele Barillari y Alfredo Bartolomei. Igualmente es digna de mención la "Revue de Métaphysique et de Moral", secretario de redacción Xavier Léon, que es de las revistas filosóficas, la que más próxima está a nuestro campo.

BIBLIOTECA

ENSAYO DE UNA BIBLIOGRAFIA ARGENTINA DE FILOSOFIA DEL DERECHO

Las obras argentinas carecen, salvo raras excepciones, de un sentido sistemático o, cuando menos, no alcanzan a desarrollar de un modo suficientemente expresivo sus fundamentos filosóficos; sin embargo, podría señalarse, aunque con cierto justificado temor de errar, la dirección filosófica revelada: así pueden recordarse el realismo de Bunge y Melo, el historicismo de Alberdi y García, el relativismo de Quesada, el racionalismo de Muriel (Morelli) y de Escalante, el idealismo de Rodríguez, mencionándolos sin ánimo de intentar una clasificación.

AFTALION, Enrique R. — GARCIA OLANO, Fernando. — "Curso de Introdución a las ciencias jurídicas y sociales". Segunda edición corregida y aumentada. — Buenos Aires, Talleres gráficos de la Penitenciaría Nacional.

AFTALION, Enrique R. y GARCIA OLANO, Fernando. — "La teoría de la Institución". Un ensayo de filosofía y sociología jurídica. — Buenos Aires. Talleres gráficos de Rubino Hnos., 1935.

ALBERDI, J. B. — "Fragmento preliminar al estudio del derecho, acompañado de una serie numerosa de consideraciones, formando una especie de programa de los trabajos futuros de la inteligencia argentina". — Buenos Aires, 1837. — Obras Completas, T. 1, pág. 98.

ARECO, Horacio P., Profesor de la materia. — "Psicología legal". Conferencias dictadas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Versión taquigráfica de A. Cacici. — Buenos Aires, J. Lajouane & Cía., editores, — 1912.

ASTIRADA, Carlos. — "La real-politik, de Maquiavelo a Spengler". — Córdoba, Est. Gráfico A. Biffignandi, 1924.

ATIWELL DE VEYGA, J. H. — "Fundamentos de la aristocracia". — Buenos Aires, Restory & Doeste. 1924.

BUNGE, Dr. C. O. — De la Academia de la Facultad de Derecho y de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, etc. — "El Derecho. Ensayo de una teoría jurídica integral". Cuarta edición, en dos volúmenes. (Traducción italiana por Mario Pertusio, Torino, Frat. Bocca. edit. 1919. Traducción francesa de Emile Desplanique, Schleicher Fréres, bajo el título: "Le droit c'est la force"). — Buenos Aires. Valerio Abeledo, editor. 1915.

BUNGE, Carlos Octavio. — "Estudios filosóficos". — Buenos Aires, La Cultura Argentina, 1919.

CAPDEVILLA, Arturo. — "Dharma. Influencia del Oriente en el derecho de Roma" — Córdoba (R. A.), Beltrán y Rossi, editores. 1914.

CASARES, Tomás D. — "La justicia y el derecho". — Buenos Aires, Cursos de Cultura Católica, 1935.

COLMO, Alfredo. — Profesor titular de la Facultad de Derecho. — "Técnica legislativa del Código Civil Argentino". — Buenos Aires. Librería e Impr. Europea, 1917.

COSSIO, Carlos — "El problema de la coerción jurídica y su estado actual". — Buenos Aires. Talleres gráficos argentinos, 1931.

COSSIO, Carlos. — "El concepto puro de revolución". — Barcelona, 1936.

COSSIO, Carlos. — "La plenitud del orden jurídico". — Buenos Aires, Ed. Losada, S. A., 1939.

COSSIO, Carlos. — "El substrato filosófico de los métodos interpretativos". — Santa Fe, Imprenta de la Universidad del Litoral, 1940.

C. W. — "Apuntes de Filosofía del Derecho". De acuerdo con el programa de la Facultad de Derecho de Buenos Aires. — Buenos Aires, Pedro M. Aquino.

DELLEPIANE, Antonio. — "Cuestiones de enseñanza superior". (Conferencia de la pág. 103). — Buenos Aires, Coni Hnos., 1906.

DELLEPIANE, Antonio — "Estudios de filosofía jurídica y social". — Buenos Aires. Valerio Abeledo, editor. 1907.

ERRO, Carlos A. y ALMANZA, Guillermo — "El sujeto del derecho". — Buenos Aires, Talleres gráficos Porter Hnos., 1931.

ESCALANTE, Wenceslao. — Catedrático titular de la materia en la Universidad de Buenos Aires. — "Lecciones de Filosofía del Derecho". Segunda edición aumentada. — Buenos Aires, Imprenta Europea, 1895.

ESCALANTE, Wenceslao. — "Apuntes de Filosofía del Derecho". Parte histórica. Segunda edición. — Buenos Aires. Imprenta Europea, 1906.

FERREIRA, Dr. D. Ramón. Fiscal de la Corte Suprema y del Estado. — "Manual de Derecho Natural". Escrito en 1852 para el Colegio de Tacna, en el Perú, siendo rector y profesor. — Paraná, Imprenta Nacional, 1861.

FRAGUEIRO, Alfredo — "La justicia en el idealismo crítico". — Para optar a la cátedra de filosofía jurídica en la Universidad Nacional de Córdoba. — Córdoba, Est. gráfico sucesión de A. Biffignandi, 1928.

FRAGUEIRO, Alfredo. — "Il fondamento sociologico del diritto nel pensiero di León Duguit". Roma, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, 1929.

FRAGUEIRO, Alfredo. Profesor suplente de Filosofía del Derecho en la Universidad Nacional de Córdoba. — "El positivismo jurídico contemporáneo". Exposición y crítica de la doctrina jurídica de León Duguit. — Córdoba, Imprenta de la Universidad, 1929.

FRAGUEIRO, Alfredo. Profesor suplente de Filosofía del Derecho en la Universidad Nacional de Córdoba. — "Libertad y autoridad". Bases para una distinción entre ciencia y técnica del Estado. Imprenta de la Universidad. Córdoba (Rep. Arg.), 1933.

FRAGUEIRO. Alfredo. — "Derecho Natural de contenido progresivo". — Córdoba, Imprenta de la Universidad, 1939.

FRAGUEIRO. Alfredo. — "Derecho natural de contenido variable". — Córdoba, Imprenta de la Universidad, 1940.

FRANCESCHI, Gustavo J. — "La democracia y la Iglesia". — Buenos Aires, Agencia General de Librería y Publicaciones, 1918.

GARCIA, Juan Agustín. Catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y La Plata. — "Introducción al estudio de las ciencias sociales argentinas". Cuarta edición. — Buenos Aires, Angel Estrada y Cía., edit. 1907.

GARCIA GUEVARA, Roberto. — "Filosofía del Derecho". Selección de autores de acuerdo con el programa de la materia en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Buenos Aires, Talleres gráficos L. J. Rosso, — Doblas, 951. 1934.

GOMEZ, Juan Carlos. — "Filosofía del derecho". Conferencias dadas en la Facultad de Derecho de Buenos Aires. Publicadas por Mariano Orzábal. — Buenos Aires, 1884.

GONNET, Manuel B. — "El valor de la jurisprudencia". — Buenos Aires, La Imprenta Eléctrica, 1924.

GOUTRAN, Emile. — "Prolegómenos a una filosofía de la existencia". — Buenos Aires, 1937.

LAPLAZA, Francisco P. — "La teoría de la Institución y la teoría de la causa de los contratos". — Buenos Aires, 1935. Extracto del Boletín Mensual del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nº. 34, Año IV, p. 391.

LINARES QUINTANA, Segundo Víctor. — "Filosofía del Derecho". — Respondiendo al programa de Filosofía del Derecho de V año de abogacía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Buenos Aires. Impresores: Porter Hnos., Entre Ríos, 1585. 1932.

LINARES QUINTANA, Segundo Víctor. — "El concepto del derecho en la filosofía stammleriana". — Estudio publicado en la Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, Año XIV, T. XIII, N. 1, enero-febrero 1935, pág. 1. Buenos Aires. Compañía impresora argentina, S. A. 1935.

LO VALVO, José — "Elementos de introducción al derecho". — Córdoba, A. E. Mángano y Cía., 1916.

LO VALVO, José. — "La jurisprudencia y la ciencia, a través de la introducción al derecho". Síntesis de las lecciones del profesor de la Universidad del Litoral. — Buenos Aires, L. J. Rosso y Cía., 1921.

LUGONES, Leopoldo. — "La organización de la paz". — Buenos Aires, La editora argentina, 1925.

MEINVIELLE, Julio. — "Concepción católica de la política". — Buenos Aires, 1932. Ediciones de los Cursos de Cultura Católica.

MELO, Carlos F. Profesor titular de historia de las instituciones jurídicas de la Universidad de Buenos Aires, etc. — "La jurídica y su primer principio". (De la ciencia general del derecho, su causa primera y contenido último). Memoria presentada el día 26 de agosto de 1926. — Buenos Aires, Imprenta Luis A. Peroni, 1926.

MONTES DE OCA, Juan José. — "Introducción general al estudio del derecho". Segunda edición, 2 volúmenes — Buenos Aires, 1884.

MORELLI, D. Cyriaco. Presbytero olim in Universitate Neo-Cordubensi in Tucumania publico professore. — "Rudimenta Juris naturae et gentium". Venetiis. MDCCXCI. Apud Josephum Rosa. Superiorum Facultate, ac privilegio.

MORELLI, Presbítero Ciriaco. Profesor en la Universidad de Córdoba del Tucumán. — "Elementos de Derecho Natural y de Gentes". Traducción del Dr. Luciano Abelle. Universidad Nacional de La Plata. Biblioteca Centenaria, Tomo III. Buenos Aires, Imprenta de Coni Hnos., Calle Perú 684. 1911.

"Notas de filosofía del derecho". Curso de 1929 a cargo del profesor A. J. Rodríguez. (Contiene doce estudios sobre problemas y autores contemporáneos). — Buenos Aires, Editorial reformista, 1930.

ORGAZ, Arturo — "Crítica democrática". — Buenos Aires. Talleres gráficos, E. Liendo Barrios, Córdoba. 1926.

ORGAZ, Raúl A. Profesor en la Universidad de Córdoba. — Miembro del Instituto Internacional de Sociología. — "Introducción a la Sociología". — Colegio Libre de Estudios Superiores. Editorial C. L. E. S., Buenos Aires. 1933.

PALACIOS, Alfredo L. — "El método de la filosofía del derecho", en "Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", T. I, Ser. 2ª Buenos Aires, 1911.

PALACIOS, Alfredo L. Profesor y Consejero de la Facultad de Ciencias Económicas, etc. — "El derecho nuevo". (Legislación del trabajo). Prólogo de Manuel B. Gonnet. — Buenos Aires, J. Lajouane y Cía., editores. 1920.

POVIÑA, Alfredo. Profesor suplente de Sociología en la Facultad de Derecho. "Sociología de la Revolución". 1933. Imprenta de la Universidad, Córdoba (Rep. Arg.).

QUESADA, Ernesto. — "La evolución sociológica del derecho según la doctrina spengleriana". (Publicada en "La concepción spengleriana del derecho"). — Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1924.

QUESADA, Ernesto. — "La evolución del derecho público (política, economía) según la doctrina spengleriana". — Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, 1924.

RICCI (hijo), Clemente. — "Filosofía del Derecho". (Responde al programa que se dicta en la Facultad de Derecho y C. Sociales de la Universidad de Buenos Aires). — Buenos Aires. Centro de Estudiantes de Derecho — Editorial Reformista, 1932.

RIO, M. — "Perspectivas actuales del Derecho natural. — Buenos Aires, 1939.

RODRIGUEZ, Alberto J. — "El derecho actual y la filosofía del derecho". — Buenos Aires, Caracciolo y Platié, 1922.

RODRIGUEZ, Alberto J. — "Fundamento antropológico del derecho". — Buenos Aires, Caracciolo y Platié, 1922.

RODRIGUEZ, Alberto J. — "La filosofía del derecho de Kant". — Buenos Aires, Araujo Hnos., 1924.

RODRIGUEZ, Alberto J. — "Por una filosofía del derecho". — Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, 1924.

RODRIGUEZ, Alberto J. — "Concepto de la Filosofía del Derecho". —

Buenos Aires, Coni, 1927.

RODRIGUEZ, Alberto J. Profesor suplente de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho y C. Sociales, etc. — "El problema de la autonomía de la filosofía del derecho" — Buenos Aires, 1928. Revista del Colegio de Abogados.

RODRIGUEZ, Alberto J. — "Lecciones de filosofía del derecho". (El capítulo quinto contiene importantes datos bibliográficos de publicaciones argentinas). Fascículo primero. — Buenos Aires, Pedro M. Aquino y Cía., edit. 1928.

RODRIGUEZ, Alberto J. — "Doctrina de la Justicia". De "Humanidades", tomo XIX, páginas 149 a 179. Buenos Aires, Imprenta y casa editora "Coni", 1929.

RODRIGUEZ, Alberto J. — "Actualidad de la filosofía del derecho". Conferencia inaugural del curso de 1930 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. (Publicada en "La Prensa" del domingo 27 de Julio de 1930). Buenos Aires, Talleres gráficos argentinos L. J. Rosso, 1930.

RODRIGUEZ, Alberto J. — "El sentido de las revoluciones". Buenos Aires, Compañía Impresora Argentina, S. A. — Alsina, 2046. — 1931.

RODRIGUEZ, Alberto J. — "La justicia". Investigaciones de Seminario. Seminario de Filosofía jurídica a cargo del profesor suplente. Buenos Aires. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Las Heras 2214 - 1932. (Colaboran los estudiantes A. Minelli, F. Gregorio, A. Mendiondo, M. Saravia, R. Villagrán, S. O. Varangot y C. M. Isola).

RODRIGUEZ, Alberto J. — "El presente y el porvenir de la Filosofía del Derecho". Córdoba, Imprenta de la Universidad, 1939.

ROMERO, Francisco. — "Un filósofo de la problematicidad". — Madrid, 1934.

RUIZ MORENO, Martín T. — "El espíritu de la jurídica moderna. Ensayo de una teoría filosófica del orden jurídico". — Buenos Aires, 1928. (No ha sido entregada a la circulación).

RUIZ MORENO, Martín T. — "El pensamiento filosófico jurídico de los griegos". Buenos Aires, 1939.

SAENZ, Mario. Profesor titular en la Universidad de Buenos Aires, etc. — "Filosofía del derecho". Conferencias pronunciadas en su cátedra de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, recopiladas y reconstruídas por Enrique Díaz de Guijarro. — Buenos Aires, Pedro M. Aquino y Cía., editores. — 1927.

SAENZ, Mario. — "La posición didáctica de la filosofía del derecho en la enseñanza universitaria y en la vida". Conferencia inaugural del curso de 1919. — Buenos Aires, Antología Jurídica, 1930.

SANCHEZ VIAMONTE, Carlos. Profesor en la Universidad de La Plata. — "Derecho Político". (Ensayos). — Buenos Aires. Revista Sagitario. 1925.

STROMATA, I. Sociología y Filosofía social. — Buenos Aires-México, 1938.

TIROLF, F. (seudónimo de Francisco Florit). — "Filosofía del Derecho". Buenos Aires.

TORRES, José Antonio. — "La teoría de los tipos sociales, del Prof. A. E. Post. Los orígenes del poder político". — Buenos Aires, Restory y Doeste, 1924.

VEDIA Y MITRE, Mariano de — "Derecho político". Versiones taquigráficas tomadas en las clases del profesor titular. — Buenos Aires, Caracciolo y Platié, 1924.

WAISMANN, A. — "La filosofía de Croce". — Córdoba, 1933.

YAÑEZ MARTINEZ, J. M. y GALLO FIGUEROA. — "Filosofía del Derecho". Anotaciones. Con prólogo del Dr. Ramón M Alsina. — Buenos Aires, Imp. A. Baiocco y Cía., 1929.

ZEBALLOS, Estanislao S. — "Justicia Internacional positiva". Conferencias dadas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Derecho privado humano. — Madrid, Edición Sempere, 1911.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Estas referencias bibliográficas no contienen la bibliografía de los distintos asuntos tratados en este libro, ni siquiera la utilizada por el autor en su composición; comprenden tan sólo aquellas obras que hemos creído preciso citar en el curso de las exposiciones.

Una bibliografía sistemática de filosofía del derecho sería de una grande utilidad; alguna vez hemos pensado intentar en este lugar esa tarea; a ese fin trazamos un plan que tuvimos ocasión de aplicar en los ejercicios del aula, pero otros apremios del tiempo, nos han impuesto aplazar esa iniciativa para una oportunidad más propicia.

ABRAMOWSKY — "Les bases psicologiques de la sociologie (Principe du phénoméne social". — París. (Tirada aparte de la Revue Internationale de Sociologie).

ACEVEDO DIAZ (hijo), Eduardo — "El teatro contra la ley". — Artículos en el diario "La Nación" de Buenos Aires — Año 1922.

ACOSTA Y LARA, Federico — "Filosofía del derecho". Apuntes de clase. 2 volúmenes. — 1890.

AHRENS, H. — "Curso de derecho natural o de filosofía del derecho, formado con arreglo al estado de esta ciencia en Alemania". Traducido y aumentado con notas y una tabla analítica de materias por orden alfabético. — París, Librería de Rosa y Bouret, 1853.

AHRENS, E. Antiguo profesor de filosofía y de derecho natural de las Universidades de Bruselas y de Gratz, profesor de filosofía y de ciencias políticas en la Universidad de Leipzig. — "Curso de Derecho Natural o de filosofía del Derecho". Completado en las principales materias con ojeadas históricas y políticas. Traducido por Pedro Rodríguez Ortelano y D. Mariano Ricardo de Asensi. — Madrid, Bailly - Bailliere e hijos, 1906.

ALADAR METALL, Rudolf. — "Bibliographie der reinen Rechtslehre". — Leipzig und Wien, 1934.

ALIOTTA, Antonio. Professore nella R. Universitá di Napoli. — "Classici del pensiero". Opere scelte e inquadrate nella storia del pensiero moderno fino al secolo XVIIII. — Societá an. editrice Francesco Perrella. Napoli, Genova, Firenze. Cittá di Castello.

ALVAREZ, Alexandre. Professeur de Législation civile comparée á lá Université de Santiago du Chili, etc. — "Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil". Avec une préface de M. Jacques Flach. — Paris, Librairie générale de Droit et Jurisprudence, 1904.

ALLOGGIO, Sabino — "Le nuove teorie del diritto. — Milano, Roma, Napoli — Societá editrice Dante Alighieri — Napoli, 1925.

ANGELESCO, Alexandre C. Docteur en Droit. — "La technique législative en matiére de codification civile. Etude de droit comparé". Préface de M. René Demogue. — Paris, E. de Boccard, édit. 1930.

ARAMBURO, Dr. Mariano. Correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y Académico Profesor de la Real Jurisprudencia y Legislación de Madrid, etc. Catedrático de derecho civil en la Universidad de La Habana. — "Filosofía del derecho". Tres tomos. — Nueva York, Instituto de las Españas en los Estados Unidos.

ARCARI, Paola María. — "La scala dei primi." Studi di filosofia del diritto. In Milano, presso la casa Alpes, 1929.

ARCE, Luis — "Derecho natural".

ARDIGO, Roberto — "Opere filosofiche XI, Sociologia." — Padova. Angelo Draghi, editore. 1897.

ASCOLI, Max. "La Giustizia. Saggio di filosofia del diritto". Cedam. Casa editrice dott. A. Milani giá litotipo. Padova, 1930 - VIII.

ASTIRADA, Carlos — "La problemática en la filosofía actual". — Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, 1929.

ATHAYDE, Tritao. — "Introduçcao ao direito moderno. Primera parte. O materialismo juridico e suas fontes. Río de Janeiro, 1933.

AUSTIN, John, of the inner Temple, Barrister at - law. "Lectures on jurisprudence of the philosophy of positive law." Revised and edited by Robert Campbell. — London, John Murray, 1879. En 2 volúmenes.

BAEZ, Cecilio. Profesor en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Asunción. — "Filosofía del Derecho" — Asunción, Imprenta Nacional, 1929.

BARRETO, Tobías — "Questões vigentes de Philosophia e de direito". — Recife, 1875.

BARRETO, Tobías — "Estudios Allemáes". — Recife, 1892.

BATTAGLIA, Felice — "La crisi del diritto naturale". — La nuova Italia, editrice. 1929.

BATTINO, R. — "Les doctrines juridiques contemporaines en Italie". — Ed. A. Pedone. París, 1939.

BECQUART, J. Docteur en Droit. — "Les mots á sens multiples dans le droit civil francais". Préface de M. René Cassin. — París. Les presses universitaires de France.

BELLO, José María. — "A Noçao philosophica e social do direito". Breve ensaio de Methodologia. Ariel, editora limitada. Río de Janeiro.

BERGBOHM, Dr. Karl. Dozenten des Off. Rechts an der Universitat Dorpat, etc. — "Jurisprudenz und Rechtsphilosophie - Kritische Abhandlungen." Erster Band: Das Naturrecht der Gegenwart. — Leipzig. Verlag von Duncken y Humblot. 1892.

BETTANCUR, Cayetano. — "Ensayo de una Filosofía del derecho". Ed. Católica. Medellín, 1937.

BEVILAQUA, Clovis — "Juristas philosophos". — Bahia, Livraria Magalhaes, 1897.

BEVILAQUA, Clovis. — "A doutrina de Kant no Brasil", en "Immanuel Kant". Festa commemorativa do bicentenario de Kant realisada no Río de Janeiro. — Río, Estab. Graphico Canton & Beyer, 1924.

BIAVASCHI, G. B. Libero docente di filosofia del diritto nella R. Universitá di Padova. — "La crisis attuale della filosofia del diritto". Seconda edizione, completamente rifatta. — Milano, Societá editrice "Vita e pensiero", 1922.

BIERLING, Ernest Rudolf. Doktor der Theologie und der Rechte, etc. — "Juristische Prinzipienlehre". Cinco tomos. — Freiburg i. B., Leipzig und Tübingen. Verlag von J. C. B. Mohr — I, 1894, II 1898 III, 1905. IV, 1911. V. 1917.

BOBBIO, Norberto. — "L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica". — Torino, 1934.

BOBBIO, Norberto. — "Instituzione e diritto sociale", en "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto". — 1936.

BOBBIO, Norberto. — "L'analogia nella logica del diritto". — Torino, 1938.

BONNARD, Roger. Professeur de droit constitutionnel a la Faculté de Droit de Rennes. — "La conception juridique de l'Etat" — París, Marcel Giard, édit. 1922.

BONNARD, Roger. — "Le droit et l'Etat dans la doctrine nationale-socialiste". — París, 1939.

BONNECASE, Julien. Professeur á la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux, Directeur de la Revue Générale du droit. — "Probleme du droit et science belge du droit civil". Observations d'ordre général sur la conception l'évolution actuelle du droit civil. — París, E. de Boccard, éditeur. 1931.

BONNECASE, Julien. Professeur á la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux. "La pensée juridique française, de 1804 a l'heure présente, ses variations et ses traits essentiels". Delmas, éditeur, Bordeaux. 2 vols. 1933.

BOROWITTNOFF, de — "La politique criminelle". — Congrés international de droit comparé. Procés verbaux des séances et documents. París. Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, 1905. T. I.

BOUTROUX, Emile. Membre del'Institut, Professeur á la Faculté des Lettres de l'Université de París. — "Etudes d'histoire de la philosophie". — París, Félix Alcan, editeur. 1908.

BOUTROUX, Emilio — "La natura e lo spirito, e altri saggi". — Traduzione dal francese con introduzione di G. Papini a un'appendice bibliografico. — Lanciano. R. Carabba, editore. 1909.

BRENTANO, Francisco — "El origen del conocimiento moral". Traducción del alemán por Manuel G. Morente. — Madrid, Revista de Occidente, 1927.

BUNGE, Carlos Octavio. — "Principios de Psicología individual y social". — Prólogo por Luis Simarro. — Madrid, Daniel Jorro, editor. 1908.

BUSTAMANTE Y MONTORO, Antonio S. de — "Stammler. Ensayo de valorización". Prólogo de E. Fernández Camus, profesor de Derecho en la Universidad. — Carasa y Cía., La Habana. 1931.

BUSTILLO, Ignacio Prudencio — "Ensayo de una filosofía jurídica". — Sucre, Bolivia. Imprenta Bolívar, 1923.

CABRERA, Pbro. Dr. Pablo. — "Misceláneas". Dos tomos. — Córdoba, Talleres gráficos de la Penitenciaría. 1930 - 1931.

CALDERWOOD, Henry. LL. D., F. R. S. E., Professor of Moral Philosophy, University of Edinburgh. — "Vocabulary of philosophy and student's book of references on the basis of Fleming's Vocabulary". — London, Charles Griffin and Compay, 1894.

CAMUS, E. F. Profesor de la Universidad de La Habana — "Filosofía Jurídica Contemporánea" Prólogo de Hans Kelsen. — Jesús Montero, editor. La Habana, 1932.

CAPITANT, Henri. Professeur adjoint á la Faculté de droit de l'Université de París. — "Introduction á l'étude du droit civil". Notions générales. Troisiéme édition. — París, A. Pedone, éditeur. 1912.

CARDOZO, Benjamín M. — "The growth of the law".

CARLE, Giuseppe, Professore ordinario di filosofía del diritto nella R. Universitá di Torino. — "La vita del diritto nei suoi rapporti colla vita sociale". Seconda edizione. — Torino, Fratelli Bocca, editori. 1890.

CARLE, Giuseppe. Professore nella Regia Universitá di Torino. Senatore del Regno. — "La filosofía del diritto nello Stato moderno". Volume primo — Torino, Unione tipografica, editrice. 1903.

CARRENO, Pedro M. — "Filosofía del Derecho". — Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, año 1929.

CASTIGLIA, Tommaso Antonio. Prof. incaricato di filosofía del diritto nella Real Universitá di Sassari. "Stato e diritto in Hans Kelsen". Sassari. Prem. Linotypografía, G. Gallizzi, 1932.

CATHREIN, Viktor, S. J. — "Filosofía morale. Esposizione scientifica dell' ordine morale e giuridico". Prima versione italiana sulla 5a edizione tedesca a cura del Can. Enrico Tommasi. (En dos tomos). — Firenze, Libreria editrice fiorentina, 1913.

CATHREIN, Víctor, S. J. — "Filosofía del derecho — El derecho Natural y el positivo". Traducción directa de la segunda edición alemana por A. Jardón y C. Barja. — Madrid, Hijos de Reus, editores. 1916.

CELMS, Teodoro — "El idealismo fenomenológico de Husserl". Traducción del alemán por José Gaos. — Revista de Occidente. — Madrid, 1931.

CESARINI SFORZA, W. — "La filosofía del diritto in América". — Rivista italiana di Sociologia, 1916.

CICERON — "Obras escogidas". Versión castellana de Nicolás Estévanez, 3 tomos. — París, Garnier hermanos.

COGLIOLO, Pietro. Professore di diritto nell'Universitá di Modena. — "Filosofía del Diritto Privato". (Terza tiratura). — Firenze, G. Barberá, editore, 1912.

COGLIOLO, Pietro. Professore di diritto nell'Universitá di Modena. — "Filosofía del diritto privato" — Firenze, G. Barberá, editores. 1912.

COLMO, Alfredo. Profesor titular en la Facultad de Derecho. — "Técnica legislativa del Derecho Civil Argentino". — Buenos Aires. M. A. Rosas, Casa

editora.

CONGRES INTERNATIONAL DE DROIT COMPARE. — "Procés des séances et documents". 2 tomos. — París, Librairie générale de droit et jurisprudence, 1905.

CORNIL, Georges — "Le droit privé. Essai de sociologie juridique simplifiée" — París, Marcel Gard, 1924.

COSENTINI, Francesco. Professeur á l'Université Nouvelle de Bruxelles. — "La Réforme de la législation civile". Préface de M. le professeur Edmond Picard, Sénateur. Introduction de M. le prof. Giuseppe Salvioli. Edition revue et augmentée. — París, Librairie Générale de droit & jurisprudence, 1913.

COSENTINI, prof. Francesco, dell' "Université Nouvelle" di Bruxelles. — "Filosofia del diritto". Nozioni ad uso degli Studenti universitari con una guida bibliográfica allo studo della filosofia giuridica ed un elenco di argomenti controversi per tesi di laurea. — Roma, Ditta Paravia a Comp. 1914.

COT, Marcel. — "La conception hitlérienne du droit". París, 1938.

CROCE, Benedetto — "Philosophie de la pratique, economie et éthique". Traduit de l'italien par H. Buriot et le Dr. Jankelevitch. — París. Félix Alcan, 1911.

CROCE, Benedetto — "Saggio sullo Hegel, seguito da altri scritti di storia della filosofia." — Bari, Gius. Laterza & figlio, 1913.

CROCE, Benedetto — "Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia". Memoria accadémica del 1907 ristampata con aggiunte e preceduta da un'introduzione di Adelchi Attisani. — Napoli, R. Ricciardi, edit. 1926.

CRUET, Jean. Avocat á la Cour d'Appel. — "La vie du droit et l'impuissance des lois". — París, Ernest Flammarion, éditeur. 1908.

CHAMBERLAIN, H. S. — "La genése du XIXme. siécle". Edition francaise par Robert Godet. Quatriéme édition. 2 tomos. — París, Librairie Payot & Cie., 1913.

CHARMONT, J. Professeur á la Faculté de Droit de Montpellier. — "La renaissance du droit Naturel". Deuxiéme édition, conforme a la premiére, avec une préface de M. Gaston Morin, professeur á la Faculté de Droit de Montpellier. — Librairie de Jurisprudence ancienne et moderne, 1927.

CHIOCCHETTI E. (O. F. M.). — "S. Tomaso". — Edizione Athena, Milano, 1925.

DABIN, Jean. Professeur á la Faculté de droit et á l'école des sciences politiques et sociales de l'Université de Louvain. — "La philosophie de l'ordre juridique positif spécialement dans las rapports de droit privé". — París. Recueil Sirey. 1929.

DABIN, Jean. — "La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé." — Bruselles-París, 1935.

DABIN, Jean. — "Doctrine générale de l'Etat". — Bruselles — París, 1939.

DANTE, Alighieri — "De Monarquia, de vulgari eloquentia, con le epistolea e la questio de aqua et terra". — Firenze, G. Barbéra, editore. 1917.

DAVY, Georges, Chargé de cours á la Faculté des Lettres de Dijon. — "Le droit, l'idéalisme et l'experience". — París, Librairie Félix Alcan. 1922.

DE ANQUIN, N. — "Un aspecto de la necescolástica. Nueva forma del realismo inmediato". — Córdoba, Cubas Madueño, 1926.

DEMOGUE, René. Professeur á la Faculté de Droit de l'Université de París. — "Les notions fondamentales du Droit Privé. Essai critique". — París. Arthur Rousseau, édit. 1911.

DESQUEYRAT, A. Docteur en droit, Licencié en lettres. "L' Institution, le droit objectif et la technique positive". Essai historique et doctrinal. Préface de M. Louis Le Fur, Professeur á la Faculté de Droit de Paris. Librairie du Recueil Sirey. París. 1933.

DICEY, A. V. De l'Inner Temple; professeur de droit anglais, etc. — "Leçons sur les rapports entre le droit et l'opinion publique en Angleterre, au cours du dixneuviéme siécle". Edition francaise complétée par l'auteur. Traduc-

tion de Alb. et Gaston Jezé. — París. Giard & Briéré. 1906.

DINIZ, Almachio — "Una theoria geral do direito". — Bahia, 1913.

DINIZ, Almachio — "Os presoppostos pragmatistas da moderna philosophia do direito". — Rio, 1919.

DOMAT, Avocat du Roi su Siege Présidial de Clermont en Auvergne. — "Les Loix Civiles dans leur ordre naturel; le droit public et Legum delectus". En un solo volumen. — A París. Chez Théodore de Hansy. 1745.

DOMAT — "Derecho público". Escrito en francés y traducido al castellano por el Dr. Juan Antonio Trespalacios, Prebendado de la Santa Iglesia de Córdoba. 4 tomos. — Madrid. En la Imprenta de Benito Cano, 1787.

DONATI. Donato. Professore di diritto costituzional nella Universitá di Camerino. — "Il problema della lacune dell'ordinamento giuridico". — Milano, Societá Editrice Libraria, 1910.

DONATI, Donato. Professore stabile nella R. Universitá di Modena. — "Fondazione della scienza del diritto". Parte prima di una introduzione alla scienza del diritto. — Padova, Cedam, 1919.

DUALDE, Joaquín. Catedrático de derecho civil de la Universidad de Barcelona. "Una revolución en la lógica del derecho". Concepto de la interpretación del derecho privado. Librería Bosch. Ronda de la Universidad, 11. Barcelona, 1933.

DUGUIT, Léon. Professeur á la Faculté de droit de Bordeaux. — "Jean-Jacques Rousseau, Kant & Hegel". — París, M. Giard & E. Briére, 1918.

DUGUIT, Léon. Doyen de la Faculte de Droit de l'Université de Bordeaux. — "Traite de droit constitutionnel". En cinco volúmenes. — París, E. de Beccard, edit. 1921, 1925.

DUGUIT, Léon. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Burdeos. — "Soberanía y libertad". Lecciones dadas en la Universidad de Columbia (New York). Traducción y prólogo por José G. Acuña. — Madrid, Francisco Beltran.

DU PASQUIER, Claude. — "Introduction a la théorie générale et a la philosophie du droit". — Librairie du Recueil Sirey, París, 1937.

ELLIOT, W. Y., D. Phil. (Oxon). Assistant professor of government in Harvard University. — "The pragmatic revolt in politic, syndicalism, fascim, and the constitutional state". — New York, The Macmillan Company, 1928.

ELLWOOD, Charles A., Ph. D. Professor of Sociology in the University of Missouri. — "Sociology in its psychological aspects". D. Appleton and Company. 1912.

EMANUEL, Francois. — "L'idée du Droit. Essai sur quelques conceptions contemporaines". — E. A. Pedone. París, 1937.

FAUCHERBE, A. J. Des fréres precheurs. "La justice distributive". Librairie du Recueil Sirey, 1934.

FENET, P. A., Avocat á la Cour Royale de París. — "Recueil complet des travaux preparatoires du Code Civil". 16 volumenes. — París, Videcoq, librairie, 1836.

FERNANDEZ CONCHA, Rafael — "Filosofía del Derecho o Derecho Natural, dispuesto para servir de introduccion a las ciencias sociales". — Barcelona, Tipografía Católica, 1887. Segunda edición, 2 volúmenes.

FERNANDEZ ELIAS, Dr. D. Clemente. Profesor que fué de la Facultad de Derecho de Madrid y Sevilla. — "Novísimo tratado completo de filosofía del derecho o derecho natural". Madrid, Librería de D. Leocadio López, editor. 1874.

FERRARI. Giuseppe. — "Machiavelli, giudice delle rivoluzioni dei nostri tempi". — Valleochi, editore. Firenze.

FERREIRA, El Dr. D. Ramón. Fiscal de la Corte Suprema y del Estado. — "Manual de Derecho Natural". Escrito en 1852 para el Colegio de Tacna, en el Perú, siendo rector y profesor. — Paraná. Imprenta Nacional. 1861.

FERREIRA, Waldemar — "A congregaçao da Facultad de direito de S. Paulo na centuria de 1827 a 1927". Sáo Paulo. Typ. Siqueira. 1928.

FICHTE, Johann Gottlieb — "Grudlage des Naturecht nach Principien der Wissenschaftslehre" — Jena und Leipzig, bei Christian Ernst Gabler. 1796.

FOUILLÉE, Alfred — "Extrait des Grands Philosophes".

FRAGUEIRO, Alfredo — "Il fondamento sociologico del diritto nel pensiero di Leone Duguit". — Roma, Revista Internàzionale di Filosofia del Diritto, 1929.

FRAGUEIRO, Alfredo. Profesor suplente de filosofía del derecho en la Universidad Nacional de Córdoba. — "El positivismo jurídico contemporáneo. Exposición y crítica de la doctrina jurídica de León Duguit". — Córdoba Imprenta de la Universidad. 1929.

GANEFF — "La realtá giuridica secondo gli autori russi". Rivista i. di filosofía del diritto. Año I.

GARCIA MORENTE, M. — "Ensayos sobre el progreso". — Revista de Occidente. Números de enero, febrero y marzo de 1932.

GARRO, Juan M. — "Bosquejo histórico de la Universidad de Córdoba, con un apéndice de documentos". — Buenos Aires, Imprenta y litografía de M. Biedma, 1882.

GENTILE, Giovanni — "Il fondamenti della filosofía del diritto ed altri scritti". Seconda edizione riveduta. — Roma. C. de Alberti, edit. 1923.

GENY, François. Professeur de droit civil á l'Université de Nancy. — "Methode d'interpretation et sources en droit privé positif. Essai critique". — Seconde edition 2 volúmenes. — París. Librairie générale de droit & de jurisprudence. 1919.

GETTELL, Raymond G. Professor of political science in the University of California. — "History of political thought". — The Century Co., New York & London, 1925.

GIERKE, Otto von. Professeur de droit á l'Université de Berlin — "Les théories politiques du moyen age", Précédées d'une introduction par Frederic William Maitland, Professeur de droit á l'Université de Cambridge. Traduites de l'allemand et de l'anglais par Jean de Pange. — Recueil Sirey. París, 1914.

GOLDSCHMIDT, Hans W. "English law from the foreing standpoint". London, Isaac Pitman and Son, 1937.

GONELLA, Guido. — "Le esercitacioni di filosofia del diritto", en "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", Maggio-Giugno, 1938.

GONZALEZ VINCEN, Felipe. — "Deutsche und spanische Rechtsphilosophie der gegenwart". — Tübingen, 1937.

GRADENWITZ, Otto. (Zusammengestellt unter Leitung von). — "Wor' Verzeichniss zum Bürgerlichen Gezetzbuche" — Berlin, Karl Heymanns Verlag, 1902.

GROMPONE, Antonio M. — "Filosofía de las revoluciones sociales". — Montevideo, Peña Hnos., Imp. 1932.

GROPPALI, Alessandro — "I caratteri differenziali della moralitá e del diritto, secondo la scuola positiva inglese". Saggio storico - critico. — Verona, Fratelli Drucker, editori. 1901.

GROPPALI, Alessandro — "Il problema del fondamento intrinseco del diritto nell positivismo moderno". — Parte prima. Torino, Fratelli Bocca, edit. 1905.

GROPPALI, Prof. A. — "Sociologia e filosofia del diritto". — Piacenza, Societá libraria editrice pontremolese, 1908.

GRUNDLER, Otto — "Elementos para una Filosofía de la Religión. Ensayos fenomenológicos". Traducción del alemán por J. Gómez de la Serna Favre. — Madrid, Revista de Occidente, 1926.

GURVITCH, Georges. Profesor de la Universidad rusa de Praga. — "Las tendencias actuales de la filosofía alemana". E Husserl, M. Scheler, E. Lask, N. Hartmann, M. Heidegger. Prólogo de Leon Brunschvicq. Traducción de Francisco Almela y Vives. — M. Aguilar, editor. Madrid, 1931.

GURVITCH, Georges — "Une philosophie intuitionnistique du droit: Leon Petrazycki". — Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique. Cahier double 3 - 4. 1931.

GURVITCH, Georges. Ancien professeur á l'Université russe de Prague; Ancien chargé de cours á l'Université de Petrograd. — "L'idée du droit social. Notion et systéme du droit social, histoire doctrinale depuis le XVII siécle jusqu'a la fin du XIX siécle". Préface de Louis Le Fur, Professeur á la Facul-

té de droit de Paris. — Recueil Sirey. Paris, 1932.

GURVITCH, Georges. Ancien professeur de l'Université Russe de Prague, Ancien chargé de cours á l'Université de Pétrograd. "Le temps présent et l' idée du droit social". Préface de Maxime Leroy. Paris. Librairie Philosophique J. Vrin. 6 place de la Sorbonne. 1932.

GURVITCH, George. Chargé de Conférences á la Faculté des Lettres de l' Université de Bordeaux, etc. "L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit". Editions A. Pedone, Librairie de la Cour d'Appel et de l'ordre des avocats. 13, rue Soufflot, Paris. 1935.

GURVITCH, Georges. — "Morale théorique et science des moeurs". Paris, Librairie Félix Alcan, 1937.

GURVITCH, Georges. — "Essais de Sociologie". — Paris, Recueil Sirey, (1938).

HALLEUX, J. — "Derecho Natural. Tratado elemental de Filosofía para uso de las clases, publicado por profesores del Instituto Superior de Filosofía de la Universidad de Lovaina". T. III. — Barcelona. Luis Gili, editor. 1918.

HAURIOU, Maurice. — "Aux sources du droit, le pouvoir, l'ordre et la liberté". — Paris, 1933.

HEGEL, Georg Wilhelm Friederich. — "Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse". Herausgegeben von Dr. Eduard Gans. (Traducción italiana por Francesco Messineo, Laterza e figli, 1913). — Berlín, 1833. Verlag von Ducker und Humblot.

HENNEBICQ — "Philosophie du droit et droit naturel". — 1897.

HEIDEGGER, Martín — "Qué es la metafísica?" — Revista "Sur", año III. Buenos Aires.

HEIDEGGER, Martín. — "¿Qu'est-ce la Métaphysique?". — París, 1937.

HOCKING — "Present Status of philosophy of law and of rights" — 1926.

HOFFDING, Harald — "The problems of philosophy". Translated by Galen M. Fisher with a preface by William James. — New York, The Macmillan Company, 1906.

HOLLAND — "Elements of jurisprudence" — 1880.

HUME, David — "Tratado de la Naturaleza Humana". Ensayo para introducir el método del renacimiento experimental en los asuntos morales. Traducción del inglés por Vicente Viquera. — Colección universal. 3 tomos. Calpe, Madrid, 1923.

HUSSERL, Edmund — "Ideen zu einer reinen Phaenomelogie und phaenomenologisone Philosophie". Erstes Buch, Allgemeime Einfuhrung in die reine Phaenomenologie. — Halle a. d. S. Verlag von Max Niemeyer, 1913.

HUSSERL. Gerhart. Gerichtsassesor, Privatdozent an der Universitaet Bonn. — "Rechtskraft und Rechtsgeltung. Eine Rechtsdogmatische Untersuchung". Erster Band - Genesis und Grenzen der Rechtsgeltung. — Berlín, Verlang von Julius Springer. 1925.

HUSSERL, Edmundo — "Investigaciones lógicas". Traducción del alemán por Manuel G. Morente y José Gaos. — Revista de Occidente. Madrid, 1929. 4 volúmenes.

THERING, R. von. Profesor ordinario de la Universidad de Gottinga. — "El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo". Versión española con la autorización del autor y notas, por Enrique Príncipe y Satorres. — Madrid, Casa editorial Bailly - Bailliere.

JAEGER, Francis. Docteur en Droit. "Le probléme de la souveraineté dans la doctrine de Kelsen. Exposé et critique". Paris. E. de Bocard, editeur. 1932.

JOSSERIAND, Louis. Professeur de Droit Civil, Doyen de la Faculté de Droit de Lyon. — "Cours de Droit Civil positif français". — Recueil Sirey. Paris, 1930.

KANT, Immanuel — "Kritik der reinen Vernunft". Herausgegeben von Dr. Albert Gorland. — Verlegt bei Bruno Cassirer — Berlín, 1922 — Werke, Band III. (Traducción J. Banni, revisada y corregida por P. Archambault, en francés. — París, Ernest Flammarion.

KANT, Immanuel — "Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik die als Wissenschaft wird auftreten konnen". — Werke, in gemeinschaft mit

Hermann Cohen, Artur Buchenau, Otto Buek, Albert Gorland, B. Kellermann, herausgegeben von Ernest Cassirer — Band IV Verlegt bei Bruno Cassirer — Berlin, 1922. — (Traducción al francés por J. Tissot — París, Librairie Philosophique de Lagrange, 1865).

KAUFMANN, Dr. Felix — "Logik und Rechtswissenschaft Grundriss eines Systems der reinen Rechtslehre". — Tübingen. Verlag von J. C. B. Mohr, 1922.

KELSEN, Hans. ord. off. Professor an der Universitaet Wien. — "Das Problem der Souveraenitat und die Theorie des Volkerrechts". — Tübingen. Verlag von J. C. B. Mohr, 1920.

KELSEN, Hans — "Der soziologische und der Juristische Staattsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhaeltnisses von Staat und Recht". — Tübingen. Verlag von J. C. B. Mohr. 1922.

KELSEN, Hans — "Der soziologische und der Juristische Staatsbegriff. — "La democratie. Sa nature. Sa valeur". Traduction par Charles Eisenmann. — París, Recueil Sirey, 1932.

KELSEN, Hans. Profesor excedente de la Universidad de Colonia. "La teoría pura del derecho". (Método y conceptos fundamentales). Editorial Revista del Derecho Privado. Madrid, 1933. Versión de Luis Legaz Lacambra, Profesor de la Universidad de Zaragoza.

KELSEN, Hans. Antiguo profesor de las Universidades de Viena y Colonia. "Teoría general del Estado". Traducción directa del alemán por Luis Legaz Lacambra. Editorial Labor, S. A. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, 1934.

KELSEN, Hans. "Reine Rechtslehre". Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik. Franz Deuticke, Leipzig und Wien. 1934. (Es la misma obra "Teoría pura del Derecho", que apareció primero en castellano a la que se ha agregado el Cap. IX y una extensa bibliografía, pág. 155).

KOCOUREK, Albert. — "Jural Relations": — 1927.

KOHLER, Giuseppe. Prof. ord. di diritto nell'Universitá di Berlino. — "Moderni problemi del Diritto". Traduzione dell'avv. Luigi Lordi, con prefazione del prof. Luigi Ferrara. — Bari. Gius. Laterza & figli. 1909.

KOHLER, J. Profesor en la Universidad de Berlín. — "Filosofía del derecho e historia universal del derecho". Traducción y adiciones por J. Castillejo y Duarte. — Madrid. Victoriano Suárez. 1910.

KORKOUNOV, N. M. Professeur á l'Université de Saint - Petersburg. — "Cours de théorie générale du droit". Traduit du russe par J. Tchernoff, docteur en droit, 2e. édition. — Paris, M. Giard & E. Brière, 1914.

KRAUSE, Karl, Christian Friedrich — "Vorlesungen über Naturrecht oder Philosophie des Rechtes und des Staates". Herausgegeben von Dr. Rienard Mucke, ordentlicher Professor der Universitat Dorpat. — Leipzig. Otto Schulze. 1892.

LACHANCE, R. P. Louis O. P. — Professeur au Collége Dominicain d'Ottawa. "Le concept de droit selon Aristote et St. Thomas". Librairie du Recueil Sirey. París. 1933.

LAMBERT, Edouard. Professeur d'histoire du droit; chargé del'enseignement du droit civil comparé á l'Université de Lyon. — "La fonction du droit civil comparé". Tomo 1, Les conceptions étroites ou unilatérales. — París, V. Giard & E. Brière, 1903.

LAMBERT, Edouard. Recueil d'etudes en l'honneur de. — "Introduction a l'etude du droit comparé". — París, 1938.

LARENZ, Karl. Privatdozent an der Universitaet Göttingen. — "Rechts-und Staatsphilosophie der Gegenwart". — Junker und Dünnhaupt Verlag, Berlin, 1931.

LASKI, Harold J. Profesor de Ciencia Política en la Universidad de Londres. — "Introducción a la Política". Traducción del inglés por C. Sans Huelin. — Revista de Occidente. Madrid, 1931.

LASKI, Harold J. — "La libertá nello Stato moderno". A cura di Alessandro Schiavi. — Bari, Gius. Laterza & figli, 1931.

LASSON, Adolfo — "System der Rechtsphilosophie". — Berlin und Leipzig, Verlag von J. Guttentag, 882.

LAVALLE, Juan Bautista de — "La Crisis contemporánea de la filosofía del derecho". — Lima, Perú. Officina tipográfica de "La Opinión Nacional", 1911.

LAVALLE, Juan Bautista de. — "Filosofía del Derecho y docencia jurídica". Libr. e Impr. Gil, Lima, 1939.

LAURENT, F. Professeur á l'Université de Gand. — "Principes de droit civil". — 4e. édition (4 tomos). — Bruxelle, Emile Bruylant, 1887.

LECRERCQ, Abbé Jacques. Professeur á la Faculté de philosophie et lettres de l'institut Saint - Louis á Bruxelles. — "Leçons de Droit Naturel" Le fondement du droit et de la societé, I - L'Etat ou la politique, III. — Namur, Maison d'editions Ad. Wesmael - Charlier, 1927 - 1929.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. — "Kelsen. Estudio crítico de la teoría pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena". — Barcelona, 1933.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. — "El Estado de Derecho en la actualidad". Madrid, 1934.

LE HENAFF, Armand — "Le droit et les forces. Etude sociologique" — Paris, Librairie Félix Alcan, 1926.

LERMINIER, E. Professeur de l'histoire des législations comparées au Collége de France. — "De l'influence de la philosophie du XVIII siecle sur la législation et la sociabilité du XIX". — Paris, Mme. Prévost - Crocius, editeur. 1833.

LESA, Pedro — "Estudos de philosophia do direito". 2º Edicáo, correcta. — Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1916.

LETELIER, Valentin. Ex Rector y ex - catedrático de derecho administrativo en la Universidad de Chile, etc. — "Génesis del Estado y de sus instituciones fundamentales. Introduccion al estudio del derecho publico". — Buenos Aires, Cabaut y Cía., editores: 1917.

LEVINAS, E. Docteur de l'Université de Strasbourg. — "La théorie de l'intuition dans la phénoménologie de Husserl." — Bibliothéque de philosophie contemporaine Librairie Felix Alcan, 1930.

LEVY, Alessandro — "Per un programma di filosofia del diritto". — Torino, Fratelli Bocca, 1905.

LEVY, Alessandro. Professeur de philosophie du droit á l'Université de Ferrare. — "La societé et l'ordre juridique". — Paris, Octave Doin & fils, editeurs. 1911.

LEVY, Alessandro — "Contributi ad una teoria filosofica dell'ordine giuridico". — Genova, A. F. Formaggini, editores. 1914.

LEVY, Alessandro — "Saggi di teoria del diritto". — Bologna, Nicola Zanichelli, editore. 1923.

LEVY - ULLMANN, Henri. Professeur de droit civil á la Faculté de Droit de Lille, et. — "Elements d'introduction generale á l'etude des sciences juridiques I. La definition du droit." — Paris, Recueil Sirey, 1917.

LIEBER, el doctor Francisco — "La libertad civil y el gobierno propio" Traducida al español por Florentino González, abogado y profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires. 2 tomos. — Paris, Librería de Rosa y Bouret, 1872.

LIMA, Hermes. — "Introducçao a Sciencia do Direito". Companhia edit. nac. — San Paulo, 1937.

LISSER, Kurt — "Der Begriff des Rechts bei Kant, mit einem Anhang über Cohen und Górland". — Berlin. Verlag von Reuther und Reichard. 1922.

LUNO PEÑA — "El pragmatismo giuridico di Q. Saldaña". — Rivista I. di Filosofía del Diritto, año XI.

LLAMBIAS DE AZEVEDO, Juan. Profesor agregado de filosofía del derecho de la Universidad de Montevideo. "La filosofía del derecho de Hugo Grocio". Peña y Cía., Impresores. Treinta y Tres, 1478. Montevideo, 1935.

MACAULAY, Lord — "Estudios críticos". Traducidos directamente del inglés por M. Juderias Bénder. Madrid, Luis Navarro, edit. 1882.

MACCHIAVELLI, Nicolá — "Il principe e discorsi sopra la prima deca di Tito Livio". Preceduti da un discorso del prof. Mancini, e delle considerazioni del prof. Andrea Zambelli. — Torino. Tipografia economica. 1852.

MADRAY, Gilbert. — "Des contrats d'aprés la récente codification privée faite aux Etats Unis". — Paris, 1936.

MAGGIORE, G. — "Filosofia del Diritto". — Palermo O. Florenza, editore. 1921.

MAITLAND, Federico William — "Collected papers". — 1911.

MAILLIEUX, F. Avocat prés la Cour d'appel de Liége, docteur en philosophie. — "L'éxégése des codes et la nature du raisonnement juridique". — Paris, V. Giard & E. Briére, 1908.

MARITAIN, Jacques. — "Para una filosofía de la personalidad humana". — Buenos Aires, 1937.

MARTINEZ PAZ, Enrique — "La enseñanza del derecho en la Universidad de Córdoba". — Córdoba, Casa editora Beltrán y Rossi, 1913.

MARTINEZ PAZ, Enrique — "La filosofía en el plan de estudios del Deán Funes". — Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, 1915.

MARTINEZ PAZ, Enrique — "Una tesis de filosofía del siglo XVIII en la Universidad de Córdoba". — Córdoba, Bautista Cubas, 1919.

MARTINEZ PAZ, Enrique. Profesor de Derecho Civil Comparado, etc. — "Lecciones de filosofía del derecho, dictadas en la facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba". — Córdoba, Bautista Cubas, 1923.

MARTINEZ PAZ, Enrique — "La filosofía del derecho de Rodolfo Stamler". — Buenos Aires, Imprenta y casa editora Coni, 1927. (No reproducimos en obsequio a la brevedad, la extensa bibliografía de Stammler, que puede verse en la página 14 de este trabajo).

MARTINEZ PAZ, Enrique. — "El equilibrio de los Poderes y la Constitución Nacional. Fundamento del orden político positivo". — Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe, 1939.

MARTINEZ PAZ, Enrique. — "Rudolf Stammler. 1856-1938". — Córdoba, Imprenta de la Universidad, 1939.

MARTINEZ PAZ, Enrique — "El plan de Estudios del Deán Funes." Buenos Aires, 1940.

MAYER, Max Ernest, Professor an der Universitaet Frankfürt. — "Rechtsphilosophie". — Verlag von Julius Springer. Berlin, 1922.

MENDES, José — "Ensaios de Philosophia do Direito". 2 volúmenes. — San Paulo, 1905.

MENDEZ, Aparicio. — "La jurisprudencia como fuente del derecho". — Montevideo, Peña Hnos. Imp. 1929.

MENDIZABAL Y MARTIN, Luis. Catedrático del Derecho en la Universidad Central. — "Tratado de Derecho Natural". — Imprenta y encuadernación de Julio Cosano. Madrid, 1920 - 1921.

MESSER, Augusto — "La filosofía actual". Traducción del alemán por Joaquín Xirau. — Revista de Occidente. Madrid, 1925.

METZGER — "Situación presente de la fenomenología". — Revista de Occidente, Noviembre 1928 y febrero 1929.

MICELI, prof. V. "Lezioni di filosofía del diritto". (4 volúmenes). — Palermo, Cooperativa editoriale universitaria. 1908, 1911.

MICELI, Vicenzo. Prof. dell'Universitá di Pisa. — "Principii di filosofia del diritto". — Milano, Societá editrice libraria. 1928.

MIRANDA FRANCISCO JAVIER. — "Vida del Venerable Sacerdote Don Domingo Muriel". Religioso un tiempo de la abolida Compañía de Jesús y último Provincial de su provincia del Paraguay". Escrita por un discípulo suyo. — Córdoba, República Argentina, 1916.

MONTESQUIEU — "El espíritu de las leyes". Versión castellana, en 5 volúmenes. — Madrid, Nueva Biblioteca de ciencias sociológicas.

MOOG, W. — "Hegel y la escuela hegeliana". — Traducción del alemán por José Gaos. Revista de Occidente. Avenida de Pi y Margall, 7 Madrid, (1931).

MORELLI, Ciriaco, presbítero. Profesor en la Universidad de Córdoba, del Tucumán. — "Elementos de derecho natural y de gentes". Traducción del doctor Luciano Abelle. — Buenos Aires, Imprenta de Coni hermanos, 1911. — Universidad Nacional de La Plata. Biblioteca Centenaria.

MÜLLER, Aloys — "Introducción a la filosofía". Traducción del alemán por José Gaos. — Revista de Occidente. Avenida de Pi y Margall, 7. Madrid. 1931.

NAVILLE, Ernest — "La définition de la philosophie". — 1894.

OLGIATI, Francesco. Professore incaricato di Diritto Naturale all'Università Cattolica del S. Cuore. "La riduzione del concetto filosofico del diritto al concetto di giustizia". Editore Dott. A. Giufré. Milano. Via S. Antonio, N. 21. (1932).

ORLANDO, Víctor Manuel — "La personalidad del Estado". — Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, 1925.

ORGIAZ, Raúl A. Profesor de la Universidad de Córdoba, etc. — "Cuestiones y notas de historia". — Córdoba, Bautista Cubas, 1922.

ORTEGA Y GASSET, J. — "Conferencias pronunciadas en Buenos Aires". — Diario "La Nación", Diciembre 1928.

ORTEGA Y GASSET, José — "Misión de la Universidad". Primera edición. — Madrid, Revista de Occidente, 1930.

PAGE, Henry de. Substitut du procureur du Roi á Bruxelles — "De l'interprétation des lois. Contribution á la recherche d'une méthade positive et théories en présences". — Bruxelles, Paris. Recueil Sirey. 2 volúmenes. 1925.

PAREDES, Angel M. — "Sociología general aplicada a las condiciones de América". 2 volúmenes. — Quito, Ecuador. Impreso por Néstor Romero Díaz, 1924.

PAREDES, Angel M. — "La conciencia social". Primera parte. Los elementos individuales de la conciencia colectiva. — Quito, Imprenta de la Universidad Central, 1927.

PAREDES, Angel M. Decano de la Facultad de Derecho y Consejero de Estado. — "Naturaleza del Poder Público y del sometimiento del hombre a las autoridades del país". — Quito, Ecuador. Imprenta de la Universidad Central. 1929.

PAREDES, Angel M. — "Teoría general del derecho civil internacional". Tomo I. — Quito, Ecuador. Imprenta de la Universidad Central, 1931. Ts. II y III, 1934.

PAREDES, Angel Modesto. — "Los resultados sociales de la herencia". Quito, Ecuador. Imp. de la Universidad Central, 1935.

PASCAL, Blaise — "Les pensées". — París, Ed. Mignot, édit.

PATTERSON, M. W. Professeur de Droit á la Columbia University de New York. — "La philosophie du droit en Amerique". — Revue Trimestrielle de Droit Civil. Recueil Sirey, 1930.

PEREZ BUENO, Fernando — Rosmini. Doctrinas ético-jurídicas". — 1919.

PERREAU, E. H. Professeur á la Faculté de droit de Toulouse. — "Technique de la Jurisprudence en droit privé". 2 volúmenes. Préface de M. Geny. — París. Marcel Rivière, éditeur. 1923.

PERTICONE, Giacomo. — "Teoría del Diritto e dello Stato". Ed. Valentino Bompiani, 1937.

PETRONE, Igino — "La última fase de la filosofía del derecho en Alemania". Versión española de Cristóbal de Reyna. — Madrid, Saturnino Calleja Fernández.

PICARD, Edmond. Sénateur, Professeur á l'Université Nouvelle de Bruxelles. — "Le droit pur". Paris. Ernest Flammarion, éditeur. 1908.

PICARD, Edmond. Professeur á l'Université Nouvelle de Bruxelles. — "Les constantes du droit. Institutes juridiques modernes". — Paris. Ernest Flammarion, éditeur. 1921.

PIETKA — "Leone Petrazycki". — Revista I. di filosofia del diritto, año XII.

PIOT, Alice. Licenciée és lettres, docteur en droit. — "Droit Naturel et réalisme". Essai critique sur quelques doctrines françaises contemporaines. Préface de M. Georges Ripert, Professeur á la Faculté de Droit. — Librairie générale de droit et jurisprudence. París, 1930.

PLANIOL, Marcel - RIPERT, Georges — "Traité pratique de Droit Civil Français. — París Librairie générale de droit & de jurisprudence. 1925.

POGGI, Alfredo. — "Il concetto del diritto e dello stato nella filosofia giuridica italiana contemporánea". Cedam. Casa editrice dott. A. Milani, giá linotipo. Padova, 1933 - XI.

POINCARE, H. Membre del Institut — "Le valeur de la science". — Paris. Ernest Flammarion, édit.

POLLOCK. Federico — "Introduzione alla storia della scienza politica". Versione autorizzate con un estudio introduttivo di V. Beonio-Brocchieri. — Torino. Fratelli Bocca. Editori. 1928.

PONTES DE MIRANDA — "Systema de Sciencia Positiva do Direito". Dos volúmenes — Río de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, Editor. 1922.

PONTES DE MIRANDA — "Introducción a la sociología general". — Río, 1926.

POSADA, Adolfo. Profesor de Derecho Político y de derecho municipal en la Universidad de Madrid. — "Teoría social y jurídica del Estado. El sindicalismo". — Buenos Aires. Librería de J. Menéndez, editor. 1922.

POUND, Roscoe — "An introduction to the philosophy of law". — New Haven: Yale University Press. 1924.

QUEIROZ LIMA, Eusebio de. Profesor substituto da Faculdade de Direito da Universidade do Río de Janeiro. — "Principios de Sociología Jurídica". Compendio para a cadeira de filosofia do direito. — Río de Janeiro. Rua S. José, 58. 1922.

RADBRUCH, G. Profesor de la Universidad de Heidelberg. "Introducción a la ciencia del derecho". Traducción de Luis Recaséns Siches. Prólogo de Fernando de los Ríos. Madrid. Revista de Derecho Privado. 1930.

RADBRUCH, G. Profesor en la Universidad de Heidelberg. "Filosofía del derecho". Traducida por José Medina Echavarría. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. (1933).

RADBRUCH. Gustav. — "La téorie anglo-americaine du droit vue par un juriste du Continent", en "Archives de philosophie du droit". — París, 1936.

RANZOLI. C. — "Dizionario di scienze filosofiche". Terza edizione aumentata e corretta. — Milano. Ulrico Hoepli. 1926.

RAVIA, Adolfo. Professore ordinario di filosofia del diritto nella R. Università di Padova. — "Lezioni di filosofia del diritto". Appunti del corso ufficiale tenuto nell'anno accademico 1922-1923. (Nueva ed. 1931.) — La Litotipo, Editrice universitaria. Padova.

RAY, Jean. Conseiller juridique du Ministére des Affaires Etrangéres du Japon, etc. — "Essai sur la structure logique du code civil français". — París. Félix Alcan. 1926.

RECASENS SICHES, Luis. Catedrático Numerario de la Facultad de Derecho en la Universidad de Santiago. — "La filosofía del derecho de Francisco Suárez. Con un estudio previo sobre sus antecedentes en la patrística y en la escolástica". — Madrid. Librería general de Victoriano Suárez. 1927.

RECASENS SICHES, Luis. Catedrático de filosofía del derecho en la Universidad de Santiago. — "Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico. (La filosofía del derecho en el siglo XX)". — Editorial Labor. Barcelona, Buenos Aires. 1929.

RECASENS SICHES, Luis. Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. "Los temas de la Filosofía del Derecho, en perspectiva histórica y visión del futuro". Bosch. Casa editorial. Apartado número 928. Barcelona. 1934.

RECASENS SICHES, Luis. — "Estudios de Filosofía del Derecho". — Barcelona, 1936.

RECASENS SICHES, Luis. — "Vida humana, Sociedad y Derecho". México, 1940.

RECUEIL D'ETUDES SUR LES SOURCES DU DROIT EN L'HONNEUR DE FRANCOIS GENY. Librairie du Recueil Sirey, París. 1934. 3 vols.

REINACH, Adolf. Privatdozent der Philosophie an der Universitaet Gottingen. — "Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes". — Halle a. d. S. Verlag von Max Niemeyer, 1931.

RENARD, Georges. Professeur de Droit Public á l'Université de Nancy. — "Le droit, l'ordre, et la raison. Conférences d'introduction philosophique á l' étude du droit". (Troisiemé série). — Recueil Sirey. Paris. 1927.

RENARD, Georges. Professeur de Droit Public á l'Univresité de Nancy. — "La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique". Premier volume, partie juridique. — Recueil Sirey. Paris. 1930.

RENARD, Georges. — "L'institution. Fondement d'une renovation de l'ordre social". Impr. Flammarion. Paris, 1933.

RENARD, R. G. — "Tomisme et droit social". — A propos de L'idée du droit social de M. Gurvitch. Extrait de la Revue des Sciences Philosophiques et Théologiques. Librairie du Recueil Sirey. Rue Soufflot, 22. Paris. 1934.

RENARD, G. — "Sur quelques orientations modernes de la science du droit". — Ed. de la Revue des jeunes.

RENSI, Giuseppe. Profesor de la Real Universidad de Génova. — "La filosofía de la autoridad" Traducción de Cipriano de Rivas Cherif. — Barcelona. Ediciones Jason, 1930.

RENSI, Giuseppe. — "Polemiche antidogmatiche". — Bologna. Nicola Zanichelli, editore.

RICHARD, Gaston. Professeur de Science Sociale á la Faculté des Lettres de l'Université de Bordeaux. — "La question sociale et le mouvement philosophique au XIX siécle". — Libr. A. Colin. 1914.

RICKARY, John, S. J. — "Moral philosophy or ethics and natural law". — London. Longmans, Green & Co. 1905 — Third edition.

RICKABY, John, S. J. — "General metaphysics". — London. Longmans, Green and Co. 1905.

RICKERT, H. Profesor de la Universidad de Heidelberg. — "Ciencia cultural y ciencia natural". Traducción del alemán por Manuel G. Morente. — Madrid. Calpe. 1922.

RIOS Fernando de los. Catedrático de la Universidad de Granada. — "El sentido humanista del socialismo". — Madrid, Javier Morat, editor. 1926.

RIOS URRUTI, Fernando de los. Profesor de Derecho Político en la Universidad de Granada. — "La filosofía del derecho de D. Francisco Giner y su relación con el pensamiento contemporáneo". — Biblioteca Corona. Madrid, 1916.

RIPERT, Georges. Professeur á la Faculté de Droit de Paris et á l'Ecole des Sciences Politiques. — "La réole morale dans les obligations. — Paris. Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1925.

RITCHIE — "Natural right" — 1903.

RIVA AGUERO, José de la — "Concepto del derecho. Ensayo de filosofía jurídica". — Libreria francesa. Lima, 1912.

RIVERA PASTOR F. Auxiliar de filosofía del derecho en la Universidad de Madrid. — "Las doctrinas del derecho y del Estado". Madrid. Libreria general de Victoriano Suárez. 1910.

RIVERA PASTOR, F. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. — "Lógica de la libertad. Principios de la doctrina del derecho". — Madrid. Francisco Beltrán. 1918.

RIVERA PASTOR, F. — "El nuevo orden jurídico". La tierra, las corporaciones, la nación, la sociedad de las naciones. — Madrid. 1924.

ROGUIN, Ernest. Professeur de droit civil comparé á l'Université de Lausanne, etc. La "science juridique pure". — Tres tomos — Paris - Lausanne. Librairie Generale de Droit, 1923.

ROMEIRO, Silvio — "Philosophia do direito". — Rio de Janeiro, 1908.

ROUSSEAU, J. J. — "Du contrat social. Les réveries d'un promeneur solitaire". — Paris. La Renaissance du Livre. Mignot, edit.

RÜMPF, le Dr. Max. Juge au Tribunal Régional d'Oldemburg. — "Le droit et l'opinion". Traduction et avant propos de Louis Hugueney, professeur agrégé á la Faculté de Droit de Dijon — Paris. Recueil Sirey. 1911.

RUY BARBOZA, Senador — "Parecer sobre a redacçao do projecto de Codigo civil brasileiro. — Rio de Janeiro. Imprenta Nacional. 1902.

SALEILLES, Raimond. Professeur á la Faculté de Droit de l'Université de París. — "Introduction a l'étude du droit civil allemand". París. Librairie Cotillon, 1904.

SALMOND — "Jurisprudence". — 1907.

SAN AGUSTIN. Obispo de Hipona — "La ciudad de Dios", Traducida directamente del latín por José Cayetano Díaz de Beyral. 4 tomos. — Madrid. Perlado, Páez y Cía. 1922.

SANCHEZ DE BUSTAMANTE, Daniel — "Principios de Derecho". — La Paz, 1902.

SANTO TOMAS DE AQUINO. — "Suma teológica". Traducida directamente del latín con presencia de las más correctas ediciones por D. Hilario Abad de Aparicio, revisada y anotada por el R. P. Manuel Mendía con la colaboración del R. P. Pompilio Díaz, precedida de un prólogo por el M. R. P. Ramón Martínez Vigil. Madrid. Moya y Plaza, Editores. 1880. 5 volúmenes.

SAÑUDO, José Rafael. Profesor de la Universidad de Nariño. — "Filosofía del derecho". — Pasto, 1928.

SAUER, Wilhelm. Profesor an der Universitaet Koenigsberg. — "Grundlagen der Gesellschaft. Eine Rechts Staat - und Sozialphilosophie". — Berlin. Grunewald. Dr. Walter Rothschild. 1924.

SAUER, Wilhelm. Profesor de la Universidad de Koenigsberg. — "Filosofía jurídica y social". — Traducido directamente del alemán y anotado por Luis Legaz Lacambra. Editorial Labor S. A. Barcelona, Madrid, Buenos Aires. 1933.

SAUSER HALL, Georges. Professeur ordinaire á la Université de Neuchaetel. — "Fonction et méthode de droit comparé". Lecon inaugurale faite le 23 octobre 1912. Géneve, Imprimerie Albert Künding, 1913.

SAVIGNY, M. F. C. — "Sistema del derecho romano actual" Traducido del alemán por M. Ch. Guenoux y vertido al castellano por J. Mesía y M. Poley, 6 tomos. — Madrid. F. Góngora y Cía., edit. 1878.

SAVIGNY, EICHHORN, GIERKE, STAMMLER — "La escuela histórica del derecho. Documentos para su estudio". Traducciones del alemán por R. Stard. — Madrid. Librería general de Victoriano Suárez. 1908.

SCHAPP, Wilhelm. — "La nueva ciencia del derecho". Traducción del alemán por J. Pérez Bances. — Madrid. Revista de Occidente. 1931.

SERRIANO, Jonathas. — "Philosophia do Direito". — Livraria cathólica. 1933.

SERTILLANGES, A. D. — "La philosophie morale de Saint Thomas D'Aquin". — París, Félix Alcan, 1916.

SOLARI, G. — "Appunti di Filosofia del Diritto." (ad uso degli studenti). Anno accademico 1931 - 32. Librería scientifica. G. Giappichelli. Torino, 1932. X.

SPENGLER, Oswald — "Der Untergang des Abendlandes, Umrisse einer Morphologie der Weltgeschichte. Der Welthistorische Perpektiven". 2 tomos. (Traducción española en 4 volúmenes, Espasa - Calpe, 1923 - 1927). — München. Oskar Beck. 1922.

SPINOZA. — "Ethique". Traduction nouvelle de Raul Lantzenberg. — París. Ernest Flammarion, éditeur. Préface. 1908.

SPINOZA, B. — "Tractatus politicus". Traduzione e prefazione di Antero Meozi — Lanciano, R. Carabba, editore.

SQUILLACE, Dr. Fausto — "I problemi costituzionali della sociologia". Crítica della sociologia. — Milano. Remo Sondron, editore. 1907.

STAMMLER, R. — "La génesis del derecho". Traducción del alemán por W. Roces. — Madrid. Calpe. 1925.

STAMMLER, Rudolf — "Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vortraege". — Pan - Verlag Rolf Heise — Charlottenburg. 1925.

STAMMLER, Rudolf — "Praktikum des Rechtsphilosophie". Zum Akademischen gebrauche und zum selbstudium. — Bern - Druck und Verlag von Staempfli. 1925.

STAMMLER, Rudolf — "Rechtsphilosophische Grundfragen". Vier Vortraege. — Bern. Druck und Verlag von Stampfli & Cie. 1928.

STAMMLER, Rudolf — "Lehrbuch der Rechtsphilosophie". — Dritte, vermehrte Auflage — Berlin und Leipzig. 1928. — Walter de Gruyter & Co. (Véase la bibliografía de Stammler en nuestro: La filosofía del derecho de Rodolfo Stammler).

STAMMLER, Rudolf — "Rechtsphilosophie". Teil I. — Verlag von Georg Stilke. Berlin.

STATI, Marcel O. Docteur és sciences juridiques. — "Le standard juridique". Préface de M. René Demogue, Professeur á la Faculté de Droit de Paris. — París. Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1927.

TANON, L. Président á la Cour de Cassation. — "L'Evolution du droit et la concience sociale." Troisiéme édition revue et aumentée. — Paris. Félix Alcan, edit. 1911.

TAPARELLI, R. P. Luis. — "Ensayo teórico de derecho natural apoyado en los hechos". Traducido directamente de la última edición italiana, hecha en Roma y corregida y aumentada por su autor, por Juan Manuel Orti y Lara. 4 tomos. — Madrid. Imp. de Tejado. 1866 - 1868.

TAPARELLI, Luis, de la Compañía de Jesús. — "Curso elemental de derecho natural, para el uso de las escuelas. Traducido de la sexta edición, enriquecida por su autor con nuevas notas por G. Tejado. — Madrid. Librería Católica Internacional. 1871.

TARDE, G. — "Les transformations du droit". — París. Félix Alcan, édit. 1895.

TILGHER, Adriano — "Saggi di etica e di filosofia del diritto. — Torino. Fatelli Bocca, editori. 1928.

TOURTOULON, Pierre de. Professeur á l'Université de Lausanne. — "Les trois justices". — Librairie du Recueil Sirey. 22 rue Soufflot, París. (1933, ?)

TORRES, Carlos Arturo — "Los ídolos del foro. Ensayo sobre las supersticiones políticas". Apreciación de Francisco García Calderón. — Madrid. Editorial América.

TREVES, Renato. — "Il fondamenti filosofico della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen". — Torino, 1934.

URIBE, Antonio. José. Ex - ministro de Estado, etc. "Colombia y los Estados Unidos de América". El canal interoceánico. La separación de Panamá, Política internacional económica, La cooperación. — Bogotá. Imprenta Nacional. 1931.

VALENSIN, Albert. — "Traité de Droit naturel". París, Action populaire, 1922.

VALEUR, Robert. Docteur en Droit, etc. — "L'enseignement du droit en France et aux Etats Unis" L'enseignement du droit comme science sociale et comme science internationale, par E. Lambert. — París. Marcel Giard, édit. 1918.

VANNI, Icilio. — "Saggi di filosofia sociale e giuridica". Editi a cura del prof. Giovanni Maravelli, con una lettera del senatore prof. Carlo Cantoni. — Bolcgna, Ditta Nicola Zanichelli, 1906. 2 vols.

VANNI, Icilio — "Filosofía del derecho". Primera versión castellana por los doctores Juan Bautista de Lavalle y Adrian Miguel Cáceres Olazo. Tercera edición revisada, con prólogo y notas por Juan Bautista de Lavalle. — Librería Francesa Científica y casa editorial E. Rosay, Lima, 1923. (Hay también la traducción de Urbano, con prólogo de Cesarini Sforza. Ed. Francisco Beltrán).

VAZ FERREIRA, Carlos — "La propiedad de la tierra". — Anales de la Universidad de Montevideo.

VECCHIO, Giorgio del. Professore nella R. Universitá di Roma. — "La Giustizia". Seconda edizione. — Nicola Zanichelli, 1924.

VECCHIO, Giorgio del. Profesor ordinario de la R. Universidad de Roma. — "Filosofía del derecho". Traducción, prólogo y extensas adiciones por Luis Recaséns Siches, catedrático numerario en la Universidad de Santiago de Compostela. 2 volúmenes. — Librería Bosch, Barcelona. 1929.

VECCHIO, Giorgio del. Professor nella R. Universitá di Roma. — "Lezioni di filosofia del diritto". Seconda edizione. — Cittá di Castello, 1932.

VECCHIO, Giorgio del. Professore nella R. Università di Roma. — "La crisi della scienza del diritto". — Seconda edizione. Roma. Revista internazionale di filosofia del diritto. 1934. XIII.

VOLANSKY, Alexandre. Docteur en Droit Diplomé d'études superiéures, etc. — "Essai d'une définition expresive du droit basé sur l'idée de bonne foi. Etude de doctrine juridique". — Paris. Librairie de Jurisprudence ancienne & moderne. 1930.

VORLANDER, Karl — "Historia de la filosofía". Traducción de la sexta edición alemana por J. V. Viqueira. 2 tomos. — Madrid. Francisco Beltrán.

WAGNER DE REYNA, Alberto. — "La ontología fundamental de Heidegger". Ed. Losada, Buenos Aires, 1939.

WIGMORE, John Henry — "Problems of law, its past, present and future". — 1920.

WIGMORE, John Henry — "A panorama of the world's legal system". — 1928, 3 volúmenes.

WINDELBAND, G. — "Storia della Filosofia Moderna". Traduzione di Aldo Oberdorfer. — Vallecchi, editore, Firenze, 1925, 3 volúmenes.

WRIGHT, Benjamin F. — "American interpretation of natural law". — Harvard University Press. 1931.

FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS
BIBLIOTECA

INDICE

PÁG.

Advertencia de la tercera edición ... 7
Advertencia de la primera edición ... 9

PRELIMINAR

Plan de un curso de Filosofía del Derecho

1. — Objeto del plan ... 11
2. — Materias que comprende un curso ... 11
3. — La introducción: concepto; corrientes filosóficas ... 12
4. — Los problemas fundamentales — El sistema ... 12
5. — Los fundamentos de la construcción jurídica ... 12
6. — La historia de las ideas jurídico filosóficas ... 13
7. — Los ejercicios prácticos ... 14
8. — El objetivo final ... 14
9. — Los sistemas y los tiempos presentes ... 15

Introducción

Parte Primera

CONCEPTO DE LA FILOSOFIA DEL DERECHO

Generalidades

1. — Plan para la determinación del concepto ... 21

Capítulo Primero

Objeto de la Filosofía del Derecho

1. — Definición preliminar ... 22
2. — Noción de filosofía: su objeto ... 22
3. — Filosofía particular ... 23
4. — Filosofía práctica ... 24
5. — Objeto de la Filosofía del Derecho ... 25

PAG.

Capítulo Segundo

Tarea de la Filosofía del Derecho

1. — De la tarea en general ... 25
2. — Funciones ... 26
3. — Problemas ... 26
4. — Plan de nuestros problemas; la tarea ... 27
5. — El derecho como realidad ... 28
6. — El derecho en su unidad ... 29
7. — El derecho como conocimiento ... 29
8. — El derecho como realización práctica ... 29
9. — El sistema ... 30
10. — De la doctrina pura del derecho ... 30
11. — Síntesis esquemática ... 31

Capítulo Tercero

Método de la Filosofía del Derecho

1. — Tema y plan sobre el tratado del método ... 31

I — Fundamento filosófico del método

1. — El problema del conocimiento ... 32
2. — Sus cuestiones fundamentales ... 34
3. — Soluciones: el realismo. Hume ... 34
4. — El racionalismo. Spinoza ... 34
5. — El idealismo. Fichte ... 35
6. — El criticismo. Kant ... 36
7. — El fenomenologismo. Husserl ... 38

II — Procedimientos metodológicos de la Filosofía del Derecho

1. — Los fundamentos filosóficos y los procedimientos metodológicos 40
2. — Del positivismo jurídico ... 41
3. — Del dogmatismo jurídico ... 41
4. — Del idealismo jurídico ... 42
5. — Del criticismo jurídico ... 43
6. — Los métodos psicológicos y filosóficos ... 45
7. — Los procedimientos metodológicos a emplear ... 46

Capítulo Cuarto

Definición de la Filosofía del Derecho

1. — Necesidad y carácter de la definición ... 48
2. — La definición realista ... 48

PAG.

3. — La definición racionalista ... 49
4. — La definición idealista ... 50
5. — La definición criticista ... 50

Capítulo Quinto

Denominación

1. — Distintas denominaciones de nuestra filosofía. — La denominación adecuada ... 51

Parte Segunda

CORRIENTES CONTEMPORANEAS DE FILOSOFIA DEL DERECHO

Capítulo Primero

Base y plan de la exposición

1. — Objeto de la exposición ... 53
2. — La crisis de la filosofía del derecho ... 53
3. — Su restauración ... 55
4. — Fundamento de la clasificación de las diversas corrientes ... 56
5. — Síntesis esquemática ... 58
6. — Advertencia sobre el propósito que perseguimos ... 59
7. — Plan de las exposiciones particulares ... 59

Capítulo Segundo

El realismo jurídico

1. — Los antecedentes del realismo jurídico ... 60
2. — Clasificación de las orientaciones ... 61
3. — La doctrina general del derecho y la escuela analítica inglesa 62
4. — El psicologismo: Bierling ... 63
5. — El sociologismo: Gurvitch ... 64
6. — El positivismo jurídico francés ... 65
7. — La posición de León Duguit ... 66
8. — El positivismo jurídico italiano ... 67

Capítulo Tercero

Racionalismo jurídico

1. — Antecedentes del racionalismo ... 68
2. — El racionalismo tomista. Sus aspectos modernos ... 69

PAG.

3. — Derecho natural ético-religioso: Cathrein 72
4. — El derecho natural progresivo: Renard 73
5. — Derecho natural ético-jurídico: Dabin 75

Capítulo Cuarto

Idealismo jurídico

1. — Antecedentes filosóficos 76
2. — Aspectos modernos del idealismo 77
3. — Filosofía de la cultura: Kohler 79
4. — Filosofía del valor: Sauer 80
5. — Totalitarismo jurídico 80
6. — Expresiones italianas del idealismo: Croce, Gentile, Maggiore 83
7. — Consideraciones críticas 85

Capítulo Quinto

Criticismo jurídico

1. — Importancia de esta corriente 85
2. — La vuelta a Kant; antecedentes 86
3. — Contenido del kantismo: la teoría del conocimiento; el sistema 86
4. — El neokantismo 86
5. — Clasificación del criticismo jurídico 87

I — Criticismo logicista

1. — Escuela de Marburgo: Stammler 88
2. — Escuela de Viena: Kelsen 91

II — Criticismo eticista

1. — La insuficiencia del logicismo. La renovación de la lógica kantiana 96
2. — Escuela de Baden. Valores universales: Lask 96
3. — Relativismo. Radbruch 99

Capítulo Sexto

Fenomenologismo jurídico trascendental

1. — Dificultades de la exposición. Las tres etapas de la fenomenología 101
2. — Antecedentes filosóficos 102
3. — Los fundamentos filosóficos 103
4. — Aspectos jurídicos: Reinach 104
5. — Esfuerzos de conciliación: Gerhart Husserl, Kaufmann 105
6. — El último estado de la filosofía: Martin Heidegger 106

PAG.

Temas complementarios de la Introducción

1. — Carlos Octavio Bunge. El realismo jurídico ... 111
2. — El idealismo de Josef Kohler ... 126
3. — Influencia de Kant sobre la filosofía del derecho contemporánea ... 133
4. — El criticismo de Giorgio del Vecchio ... 143
5. — El relativismo jurídico de Osvaldo Spengler ... 153

Notas bibliográficas nacionales

La filosofía del derecho: I En los Estados Unidos de América ... 171
II — En Inglaterra ... 172
III — En Rusia ... 173
IV — En Bélgica ... 174
V — En España ... 175
VI — En Sud América ... 177

La enseñanza de la filosofía del derecho en la Universidad de Córdoba ... 183

El Sistema

Generalidades

1. — El proceso de su constitución ... 195
2. — Ventajas y peligros del sistema ... 195
3. — Plan del sistema ... 196

LIBRO PRIMERO

El Derecho como fenómeno de cultura

Capítulo preliminar

Los problemas y el método

1. — Los hechos ... 197
2. — Los problemas que plantean ... 198
3. — Su repercusión práctica ... 199
4. — El método adecuado ... 200

PAG.

Parte Primera

GENESIS DEL CONTENIDO

Sección Primera

NOCION DE LA SUSTANCIA CONCRETA

1. — Naturaleza. Fenómeno natural u orden racional 201
2. — Producto de la vida social 202
3. — Creación cultural 203
4. — Su contenido 205

Sección Segunda

GENESIS DE LA SUSTANCIA CONCRETA

1. — Génesis de la cultura. Su proceso 206
2. — Función de las élites 207
3. — Rol de las masas 208
4. — Psicología de la génesis 209

Sección Tercera

GENESIS DE LA IMPOSICION COACTIVA

Capítulo Primero

Noción del carácter impositivo del Derecho

1. — Los hechos 211
2. — Los elementos de la imposición: compulsión, asentimiento ... 211

Capítulo Segundo

Génesis del carácter impositivo del Derecho

1. — Cómo llega a ser el carácter impositivo del derecho positivo 213
2. — Soluciones negativas 213
3. — Soluciones según la compulsión 214
4. — Soluciones según el asentimiento 215
5. — Premisas para la solución 216
6. — Psicología del carácter impositivo: a) Premisa: Naturaleza social del hombre 217
7. — b) Proceso de la existencia social, los fines, el deber 218
8. — c) La coactividad implícita en el deber 219

PAG.

Parte Segunda

TRANSFORMACION DEL CONTENIDO DEL DERECHO

Preliminares

1. — Los hechos de la transformación ... 220
2. — Los problemas ... 220

Sección Primera

EL PROBLEMA DE LA POLITICA JURIDICA (Plan)

Capítulo Primero

Determinación del problema

1. — Qué es la política jurídica ... 222
2. — Su sentido filosófico ... 226

Capítulo Segundo

Soluciones propuestas

1. — El problema y las soluciones ... 224
2. — La política realista ... 225
3. — La política racionalista ... 227
4. — La política real-racional ... 228

Capítulo Tercero

Solución criticista

1. — Premisas de la solución ... 230
2. — Los elementos del ideal jurídico ... 230
3. — El rol del hombre en la formulación concreta del ideal jurídico 231

Sección Segunda

EL PROBLEMA DE LA HISTORIA (Destino)

Capítulo Primero

El problema

1. — Su planteo ... 233
2. — Cómo ha llegado a ser el problema ... 233
3. — Historiografía e historiología ... 234

PÁG.

Capítulo Segundo

Las soluciones

1. — Los dos puntos de vista fundamentales ... 235
2. — Las soluciones de la continuidad. Dirección naturalista ... 235
3. — Dirección sociológica: el progreso ... 236
4. — Algunas fórmulas particulares ... 238
5. — Solución filosófica ... 238
6. — La discontinuidad; Spengler ... 240
7. — Nuestra conclusión ... 240

Parte Tercera

TEORIA DEL ORDEN JURIDICO

Preliminares

1. — Noción del equilibrio jurídico ... 243
2. — Las fuerzas componentes: libertad, autoridad ... 243
3. — Las aberraciones del equilibrio jurídico ... 244

FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS BIBLIOTECA

Sección Primera

EL PROBLEMA DE LA LIBERTAD

1. — Distintos aspectos de la libertad ... 245
2. — Fundamento de la libertad ... 246
3. — Cómo llega a ser la libertad ... 246
4. — Revaloración de la libertad ... 247

Sección Segunda

EL PROBLEMA DE LA AUTORIDAD

1. — Psicología de la autoridad ... 248
2. — Filosofía de la autoridad ... 249
3. — Consecuencias prácticas ... 250

Sección Tercera

EL ORDEN JURIDICO

1. — Concepto del orden jurídico ... 251
2. — Los fines del orden ... 251

PAG.

3. — Seguridad ... 252
4. — Justicia ... 253
5. — Conflicto y conciliación ... 253
6. — Mirada de conjunto sobre el derecho como fenómeno de cultura 254

Temas complementarios del Libro primero

I — Estado y derecho positivo. El sistema del profesor Orlando ... 259
II — El retorno de Maquiavelo. La crisis de la democracia liberal 283
III — La política de los hombres de garra. Crítica de la doctrina realista de la autoridad ... 289

LIBRO SEGUNDO

El Derecho en su Unidad

Capítulo preliminar

Generalidades

1. — Los hechos: variedad y unidad ... 295
2. — Unidad y esencia ... 296
3. — Los problemas de derecho en su unidad ... 296

Parte Primera

EL CONCEPTO DEL DERECHO

Capítulo Primero

Nociones preliminares

1. — Noción, caracteres y función del concepto ... 297
2. — El método adecuado ... 298
3. — El procedimiento metodológico ... 298

Capítulo Segundo

I — Derecho y naturaleza

1. — El contenido de la conciencia. Causalidad y finalidad ... 299
2. — El derecho es un aspecto de la voluntad ... 300

PAG.

Capítulo Tercero

II — Derecho y moral

1. — Importancia de la distinción ... 300
2. — Antecedentes históricos. Doctrinas que los confunden ... 301
3. — Doctrinas que los oponen ... 302
4. — Doctrinas que los distinguen ... 302
5. — Principio de la distinción: alteridad, identidad ... 304
6. — El valor práctico de la distinción ... 305

Capítulo Cuarto

III — Derecho y costumbre

1. — Derecho y costumbre se confunden ... 305
2. — Noción de la costumbre ... 305
3. — Bases para la distinción ... 306

Capítulo Quinto

IV — Derecho y norma arbitraria

1. — Noción de la norma arbitraria ... 307
2. — Bases para la distinción ... 308

Capítulo Sexto

Definición del Derecho

1. — Necesidad y dificultad de una definición ... 309
2. — La definición corriente ... 309
3. — La definición de Stammler ... 310
4. — La definición que proponemos ... 310

Parte Segunda

LA JUSTICIA

Capítulo Primero

El problema de la justicia

1. — Los hechos y el problema ... 313
2. — La justicia social ... 314

3. — La justicia legal ...
4. — La equidad ...

Capítulo Segundo

Clasificación de las soluciones

1. — Caracteres y clasificación de las soluciones ... ...

Capítulo Tercero

Las soluciones sustancialistas

1. — Las soluciones realistas 317
2. — Las soluciones racionalistas ... 318

Capítulo Cuarto

La solución formalista

1. — Los hechos y el problema 321
2. — La esencia del derecho 322
3. — El método adecuado 322
4. — La ley de la voluntad individual: la voluntad pura 324
5. — Ley de la voluntad vinculatoria: la comunidad pura 326
6. — El contenido de la justicia 326
7. — Crítica y apreciación de la solución formalista 327

LIBRO TERCERO

El Derecho como Conocimiento

PARTE PRIMERA

EL PROBLEMA DE LA CIENCIA

Capítulo Primero

La determinación del problema

1. — Importancia y actualidad del asunto 331
2. — Objeto del saber jurídico 332
3. — El problema 333

PAG.

Capítulo Segundo

Soluciones del problema

1. — Clasificación de las soluciones ... 333
2. — Solución negativa ... 334
3. — Solución afirmativa: Geny ... 335

Capítulo Tercero

Noción de la ciencia

1. — Clasificación de las doctrinas ... 337
2. — Noción racionalista ... 337
3. — Dirección positivista ... 338
4. — La negación escéptica ... 339
5. — Fundamentación de la noción de la ciencia ... 339

Capítulo Cuarto

Fundamentación de la ciencia del Derecho

1. — ¿Es posible la ciencia del derecho? ... 342
2. — Las bases del plan unitario ... 343
3. — Líneas principales del plan ... 343
4. — El cuerpo del saber ... 344

Parte Segunda

TEORIA DE LA CONSTRUCCION JURIDICA

Generalidades

1. — El tema ... 347
2. — Dogmática, técnica y sistemática ... 347

Capítulo Primero

De la dogmática jurídica

1. — El origen de los principios jurídicos ... 348
2. — Los datos reales ... 348
3. — Fuente racional ... 349
4. — El proceso lógico de formulación: representación, abstracción, síntesis ... 350

PAG.

5. — Ejemplos ... 350
6. — Peligros de los procesos lógicos ... 351

Capítulo Segundo

De la técnica jurídica

I — Noción

1. — La expresión técnica jurídica ... 352
2. — Sentidos diferentes ... 353
3. — Su verdadero sentido ... 355
4. — Aspectos de la técnica ... 357

II — Medios técnicos formales

1. — El lenguaje ... 357
2. — Las formas ... 360
3. — Las fórmulas ... 361
4. — El porvenir de los medios técnicos ... 362

III — Medios técnicos sustanciales

1. — Noción y justificación ... 363
2. — La definición ... 364
3. — Presunciones ... 366
4. — Ficciones ... 366

Capítulo Tercero

De la sistemática jurídica

1. — Exigencia del sistema ... 368
2. — Noción de la sistemática ... 369
3. — Proceso lógico ... 370
4. — La relatividad de los sistemas ... 370
5. — Definición de la sistemática jurídica ... 371
6. — El derecho como conocimiento; síntesis ... 371

Tema complementario del Libro tercero

Jean Domat y la sistemática jurídica del siglo XIX ... 375

PAG.

LIBRO CUARTO

El Derecho como realización práctica

Capítulo Primero

La praxis jurídica

1. — Objeto de la praxis ... 387
2. — Los modos de la realización ... 388
3. — La realización espontánea y la coactiva ... 388

Capítulo Segundo

La realización coactiva

1. — El proceso de la realización coactiva ... 389
2. — Las soluciones propuestas ... 390
3. — La jurisprudencia contra la doctrina ... 391
4. — Necesidad de una doctrina de la jurisprudencia ... 392

Capítulo Tercero

Jurisprudencia interpretativa

1. — La doctrina exegética ... 394
2. — Aspectos de esa solución ... 395
3. — Crítica y apreciación ... 396

Capítulo Cuarto

Jurisprudencia creativa

1. — Sus fundamentos ... 398
2. — Tres direcciones particulares ... 399
3. — Apreciación de las soluciones propuestas ... 400

Capítulo Quinto

Jurisprudencia de la Interpretación creativa

1. — Un nuevo punto de vista ... 402
2. — La solución propuesta ... 402
3. — Crítica y apreciación comparativa ... 404

PAG.

Capítulo Sexto

Teoría de la praxis

1. — El problema ... 405
2. — Inhabilidad de las soluciones ... 406
3. — La solución que proponemos ... 407
4. — Apreciación crítica ... 409
5. — Proceso lógico formal ... 409

Publicaciones periódicas de filosofía del derecho ... 411

Ensayo de una bibliografía argentina de filosofía del derecho ... 415

Referencias bibliográficas ... 419

Indice ... 435

Colofón ... 451

Se
acabó
de imprimir
la Tercera Edición,
Revisada, de este libro
en los Talleres Gráficos
de la Editorial "ASSANDRI",
en Córdoba, el diez de octubre
de mil novecientos cuarenta