UNIVERSIDAD DE SEVILLA

Francisco
Elías
de Tejada

Tratado de Filosofía del Derecho. Tomo II

5/1-2
R 2

Francisco Elías de Tejada

tratado de filosofía del derecho tomo II

Universidad de Sevilla

FRANCISCO ELIAS DE TEJADA

Tratado de Filosofía del Derecho

TOMO II

PARTE I: LOS SABERES JURIDICOS

Lecciones 3.ª a 5.ª: Los saberes común, técnico, científico y filosófico del Derecho

SEVILLA, 1977

© Francisco Elías de Tejada y Secretariado de Publicaciones
de la Universidad de Sevilla.

EDITA: Publicaciones de la Universidad de Sevilla.
IMPRIME: Esc. Gráfica Salesiana - M.ª Auxiliadora, 18 - Sevilla, 1977.
Depósito Legal: SE-602-1976 — I.S.B.N. 84-7405-020-8.

Para Gabriella,
acicate,
amor
y compañía.

NOTA PREVIA

Este volumen II del Tratado de Filosofía del Derecho *contiene la teoría de los saberes jurídicos, después de haber esbozado en el tomo I la concepción general de los saberes humanos. Con ello queda abierta la puerta para tratar en el tomo III de la Ontología jurídica, Dios mediante.*

Es deber de gratitud agradecer aquí las observaciones y juicios inmerecidos suscitados por el tomo I, así como los alientos y ayudas de cuantos me han proporcionado consejos o materiales para la redacción del presente volumen. Para no incidir en olvidos que siempre lamentaría, prefiero no mencionar ningún nombre en particular. Vaya mi agradecimiento más profundo e imborrable en estas mudas líneas.

16 de abril de 1976.

LECCION TERCERA

EL SABER JURIDICO COMUN

1. Definición.—2. Características.—3. Lo que no es.—4. Es saber racional.—5. Es afirmación bajo forma negativa.—6. No es saber técnico.—7. No es saber científico.—8. Relaciones con el saber filosófico.—9. No es sentimiento.—10. Es el saber de la ley natural.—11. Permanece por encima de las culturas jurídicas históricas.

1. Siendo el Derecho saber racional, propio del hombre a fuer de único ser dotado de razón entre las criaturas, la primera manifestación del Derecho es el saber inmediato de la razón; esto es, el saber de evidencia que, por extenderse a todos los humanos por el simple hecho de ser humanos, llámase saber común a la totalidad de ellos. En consecuencia, es saber jurídico común aquel saber racional y evidente merced al cual todos los hombres se hallan en condiciones de calificar las instituciones, los hechos o las relaciones sociales con los criterios de su razón, sin necesidad de estudios especiales ni de profundizar filosóficamente en la consideración de los hechos o de las cosas.

2. Las características del saber jurídico común son:

a) Es saber evidente, que aparece por la mera contemplación del objeto.

b) Es saber universal porque para que nazca basta el sujeto con la posesión de la razón.

c) Es saber que presupone el conocimiento de la jerarquía de los seres en el mundo, o sea, la asunción del orden material y moral del universo.

d) Es saber lógico, pero de lógica directamente captada, que no precisa de razonamientos para la formulación de sus criterios.

3. No es, por tanto:

a) Un sentimiento puro, porque los sentimientos caen fuera del orbe de la razón. Lo cual no excluye que la razón aproveche factores del sentimiento, ya que es función típica de la razón domeñar y encauzar los sentires, e incluso los instintos.

b) Saber técnico, pues que la técnica está asentada por el conocimiento de reglas, el cual requiere previo estudio; estudio que no es necesario para la formulación del saber común.

c) Saber científico ni filosófico, por los mismos motivos; aumentados por el mayor esfuerzo de creación que el saber común su-

pone respecto a la aplicación técnica o a la construcción científica.

d) Simple censura moral, porque no se da en abstracto, sino concretamente para la vida de convivencia, siendo así que el Derecho consiste en la inserción de la ética en la vida de los seres racionales que coexisten.

4. La manifestación más usual del saber científico común es generalmente negativa, exteriorizada en rechazar la injusticia en cualquier hecho, relación o institución en la vida social de convivencia. En castellano es la protesta encerrada en la frase, tantas veces oída, del «¡No hay derecho!»; y con la cual se manifiesta la censura de alguna falta de justicia en el trato entre los hombres, bien afecte a ellos como tales, bien en relación a otros seres o cosas, animadas o inanimadas, con tal que el sujeto censurado sea racional y por ende responsable de la acción o del suceso; toda vez que los sujetos o autores de la violación o del mal censurado van referidos a un ser racional imputable y responsable de sus actos. La casa que se derrumba, el perro que muerde o el automóvil que atropella, no son criticados por sí mismos, sino con referencia al propietario que descuida la fábrica del edificio, el amo que deja suelto al perro o al conductor del vehículo. A veces, sublimando la imputación desde unos hombres sobre otros hombres: el soldado que cumple las órdenes de un tirano o el alguacil que ejecuta la sentencia de un juez prevaricador, son menos tenidos como destinatarios de la protesta del «¡No hay derecho!» que el tirano que impera o que el juez que prevarica.

La causa está en que la naturaleza es ciega para los valores de lo justo y de lo injusto. Valorar lo justo y lo injusto es acto de la razón; de donde que únicamente los seres racionales puedan ser censurados por las injusticias que cometan. E incluso en los ejemplos anteriores del alguacil o del soldado, ligados como se hallan por un forzador deber de obediencia, más que nada podrá reprochárseles haber obedecido órdenes injustas o arbitrarias; pero remitiendo siempre la injusticia o la arbitrariedad al gobernante tirano o al juez prevaricador.

5. La reacción contra lo injusto en la convivencia es la aplicación o inserción de la ética en la sociedad; por lo cual trátase de una reacción cabalmente jurídica, dado que el Derecho es el establecimiento de lo justo en la convivencia. La negatividad de la injusticia formulada por el saber jurídico común posee contenido moral, pero su efectividad es jurídica habida cuenta se trata de una moral aplicada a la vida social entre los hombres. Es la manera suprema de la moral en sociedad, o sea, del Derecho.

La negación de la injusticia supone afirmación de la justicia. En el «¡No hay Derecho!» son condenados un obrar o una situación injustos, precisamente porque en manera implícita va formado su contrario, esto es la existencia de una justicia captada directamente por la razón. De suerte que la actitud formalmente negativa expresada por el saber jurídico común, tiene por fundamento la afirmación de la justicia. Y puesto que la justicia viene afirmada en la vida social, es Derecho, la manera primaria, suprema y elemental en que se basan todas las demás especies de los saberes jurídicos: el técnico, el jurídico y el filosófico.

6. De este modo, el saber jurídico común es superior al saber técnico, por motivos de: *a)* la altura de sus fuentes; en la aplicación técnica las normas son reglas impuestas por un gobernante o fijadas por una costumbre en la medida en que el gobernante la incorpore o acepte dentro de sus mandatos, al paso que en el saber común da en testimonio de la razón, la cual es universalmente válida para la totalidad de los seres racionales; *b)* por su forma; ya que el saber técnico opera mediante el mecanicismo aplicador de determinadas normas sobre casos concretos, mientras que el saber común maneja principios racionales entrañados en la razón, universal para todos y cada uno de los hombres; *c)* por su ámbito; el saber técnico se circunscribe a un delimitado ámbito de material legal, cuando por el contrario el saber común está colocado por encima de los derechos positivos particulares dictados para una comunidad cualquiera; *d)* por sus efectos; pues solamente desde el saber común es posible distinguir la justicia o la injusticia de las leyes positivas, discernir a los rectos príncipes de los tiranos o a los rectos jueces de los prevaricadores. Y *e)* por su contenido; dado que el saber técnico es saber de aplicación, el saber común es saber de creación última y evidente del Derecho.

7. El saber jurídico común es saber superior también al saber científico, porque: *a)* el saber científico es saber razonado sobre las instituciones o sobre los hechos, pero no saber creador de Derecho, por quedarle fuera de sus cometidos la inserción de lo justo en lo social, que es el Derecho en definitiva; materia, en cambio, propia de la filosofía del Derecho; *b)* el saber científico consiste en las construcciones, a menudo alambicadas y oscuras, de algún jurista individual, mientras que el saber común es claro, sea por su sencillez elemental, sea por proceder de la visión directa de lo justo. Y *c)* el saber científico es individual o de grupos teóricos, el saber común es universal.

El saber científico puede modelar, explicar o desarrollar al sa-

ber jurídico común; empero jamás podrá ni negarlo, ni contradecirlo.

8. El saber jurídico filosófico coincide con el saber común en que ambos son saberes: *a)* creadores del Derecho; *b)* proceden de la consideración universal de la justicia en sus planteamientos sociales; *c)* nacen de una razón que se afirma universal y absoluta en la consideración de los problemas.

Diferéncianse en que: *a)* el saber común es evidente, el saber filosófico es razonado; *b)* el saber común se exterioriza saltuariamente sobre casos concretos aislados, el saber filosófico es sistemático.

O sea, que el saber jurídico filosófico no es más que el saber jurídico común, más aquilatado, perfeccionado, completado y sistematizado. Es el saber común perfeccionado en una etapa posterior a la inferencia por intuición directa de lo justo. De ahí que el saber filosófico da en el tipo supremo del saber jurídico, porque en él los saberes jurídicos comunes logran madurez completa. Siendo idéntico saber jurídico, distínguense en los modos de sus formulaciones: en el saber común evidente, en el saber filosófico razonada. Mas ambos son los dos únicos momentos creadores del verdadero Derecho.

9. El saber común no coincide con el sentimiento jurídico, porque el saber jurídico común es la intuición racional, inmediata y evidente de los valores de la justicia traídos a la convivencia humana; sin que pueda eliminar en ningún instante la calidad de la racionalidad; en tanto que el sentimiento jurídico es en sí mismo un contrasentido, toda vez que el sentir cae en el ámbito de la naturaleza y la naturaleza no admite los valores de justicia, sin los cuales no es dable ninguna especie de Derecho.

La evidencia por intuición de lo justo en lo social que es el saber jurídico común mana de la pura recepción racional de qué sea la justicia; mientras que el sentimiento es apetito sujeto a la razón y que ha de ser encauzado por ella.

El sentimiento puede servir de acicate para la intervención de la razón en el conocimiento evidente de lo justo; mas nunca podrá ser jurídico en sí mismo; lo será apenas en la medida en que incite, apoye o ayude la captación de la justicia por la razón, pero sin sustituirla jamás en las tareas que a la razón competen. La confusión entre saber jurídico común y sentimiento jurídico provienen de que a las veces parecen coincidir cuando se contempla desde fuera la reacción negadora de la injusticia en la vida social, dado el carácter inmediato, casi instantáneo, con que la razón niega por

evidencia el hecho o la situación injustos. Pero la perspectiva externa es dato psicológico, que de ningún modo ha de llevar a confundir cosas tan dispares entre sí como lo son el sentimiento irracional y el saber jurídico intuido con evidencia.

El anhelo del orden es un modo de la razón, que obliga a jerarquizar entre los sentimientos propios de las inferiores potencias apetitivas y la intuición propia de las facultades racionales superiores. Mientras un sentimiento no sea iluminado y encauzado por la razón no entrará en el campo del Derecho, ya que el Derecho requiere la racionalidad que únicamente el hombre posee al imponer su naturaleza racional domeñando las incitaciones de los apetitos y sentires.

10. El saber jurídico común es el conocimiento racional de la ley natural, que formula la jerarquización de los seres en el universo.

Al ser criatura racional, todo hombre sabe el puesto que le toca en el orden jerárquico de los seres en el mundo y sabe los límites de cada uno de cuantos componen ese mundo. Al cumplimiento ciego de las leyes del orden universo propio de los irracionales, el hombre añade la comprensión racional del mismo; o sea, que a la materialidad forzada del orden universo, agrega la moralidad racional del orden universo. Por encima de los instintos y de los apetitos, la razón ilumina la multitud de la totalidad de las criaturas, poniendo delante de cada sujeto racional el puesto de cada una de ellas y los principios —ya éticos, al lado de los ciegamente físicos— que han de reglar sus relaciones mutuas. De suerte que, por ministerio ineludible de la razón, cáptase.

LECCION CUARTA

EL SABER JURIDICO TECNICO

1. Definición.—2. Características.—3. Lo que no es.—4. Papel de la técnica.—5. Lógica o retórica de los hechos.—6. Los sujetos del saber jurídico técnico.—7. Criterios para la técnica jurídica.

1. Siendo el Derecho tanto norma que ha de aplicarse en la convivencia humana cuanto el manejo de principios inspiradores de esas normas, han de existir criterios para su aplicación, cuya suma es el contenido del saber jurídico técnico. En consecuencia, saber técnico del Derecho es el sistema de fórmulas que hagan posible el acercamiento de la norma, escrita o no escrita, a la realidad del convivir humano. Es el instrumento eficaz que permite que los saberes científico y filosófico, sobre la base del saber común, transformados en leyes y en costumbres, regulen la vida de los hombres unos con otros.

2. Son características del saber técnico o instrumental:

a) Es un saber especializado; porque la aplicación de las leyes, costumbres y principios que las informan requiere el manejo de determinadas fórmulas cuyo conocimiento exige estudio previo.

b) Es saber práctico, no teórico; porque su misión es la de tornar posible la efectiva aplicación de las leyes, costumbres y principios, sin indagar su contenido ni su valor científico ni filosófico.

c) Es saber de arte, jamás saber más alto de profundidades filosóficas o científicas.

d) Es saber en su mayor parte rutinario, como lo son las artes respecto de las ciencias y de la filosofía, dado el origen de las artes indicado en el tomo I, páginas 31 a 37. Aunque la rutina haya adquirido ordenada disciplina de criterios para la conducta o el juicio, pero siempre proviniendo los criterios desde la filosofía o desde las ciencias.

e) Es saber subordinado; pues las fórmulas que integran el saber técnico han de ser valoradas desde los planos filosófico y científico, sin que por su parte los depositarios del saber técnico estén en ningún modo ni bajo ningún pretexto capacitados para indagar nada acerca de los principios asentados por las ciencias o por la filosofía.

f) A fuerza de sus planteamientos básicamente rutinarios, es saber fundamentalmente casuístico, de circunstancias y casos aislados, de hechos en los que muchas veces se interfieren factores ajenos a las ciencias y a la filosofía estrictamente jurídicas.

3. No es el saber técnico, por tanto:

a) Saber autónomo, porque en la jerarquía de los saberes jurídicos depende de todos los demás, al ocupar el escalón más bajo de todos ellos.

b) Saber teórico, porque es arte de aplicación. Y lo que de teoría pueda poseer viénele dictado, sea por el saber universal común de manera fundamental genérica, sea por los saberes científico y filosófico en modo detallado concreto.

c) Ni saber científico ni saber filosófico, por los mismos motivos, acrecentados en la diferencia radical que media entre el conocimiento profundo y la determinación de una norma respecto a los puntos a considerar para su eficaz aplicación.

4. Dado que el saber técnico es un arte, no una ciencia, será definido a tenor de su utilidad y de su rendimiento, que son los elementos de la técnica.

Por razón de la utilidad, ya que las operaciones técnicas son los procedimientos coordinados, bien definidos y transmisibles, enderezados a producir determinados resultados útiles (André Lalande: *Vocabulaire technique et critique de la philosophie.* Paris, Presses Universitaires de France, 1960, pág. 1106).

Por razón de su rendimiento, en cuanto la técnica tiende a dar sobre todo en los tiempos que corremos por el sucedáneo del humanismo clásico, casi aspirando a presentarse por el nuevo humanismo falso, destinado a hundirse en el pantano de las implicaciones económicas. Con belleza literaria suma, lo ha dicho José María Pemán: «La técnica es la gran ufanía de nuestra época. Todo un nuevo humanismo, una nueva instalación del hombre en el planeta, están naciendo como efecto secundario de la perfección técnica. Muchas humildades humanas —la estampa de la lavandera con la cintura doblada sobre la pila; la muchacha de rodillas fregando el suelo con la aljofifa— son redimidas por la técnica. En la esfera temporal, la técnica imita la obra divina del Redentor... Pero, por eso mismo, también como el Redentor recibe su lanzada en el costado. La lanzada y la llaga que ensangrientan la redención técnica nacen de su inevitable implicación en la esfera de la rentabilidad económica. La técnica es algo que se vende, que sale al mercado, que

tiene precio y regateo, que pertenece a los catálogos de la sociedad de consumo. La técnica nace en el orbe de Minerva; de la ciencia, de la sabiduría. Pero pronto, y casi sin querer, se desliza hacia los dominios de Mercurio» (*La manivela*, 1972).

Por carecer de autonomía, por saber derivado de saberes superiores, la técnica tiene tarea más humilde, más a ras de tierra: la de individualizar los saberes generales, llevándolos a la casuística de lo inmediato, de lo concreto, del pormenor. Es saber de la menudencia. Si asume aquellos saberes deducidos de lo científico y de lo filosófico, es para desmenuzarlos, bajándolos desde la universalidad sublime a las incidencias de la vida. Saber pobretón, apenas si justificable por exigencias de la eficacia.

Pues es la técnica aquello que torna posible que los saberes generales sean saberes útiles, el acercar a la realidad cotidiana las temáticas elaboradas por las ciencias y por la filosofía. De nada serviría el hallazgo científico de una fórmula curadora de alguna enfermedad determinada, si la técnica no ayudara a fabricarla en el laboratorio y a ponerla en las farmacias a disposición de los enfermos. De nada serviría una concepción grandiosa del bien común, si no existiera una técnica apta para hacer posible un juicio de residencia contra el gobernante tirano o contra el juez prevaricador. Es que el saber técnico es un saber práctico en el sentido vulgar y no filosófico de este vocablo, un saber para la resolución de casos concretos.

5. El saber técnico posee su propia lógica, peculiar en la medida en que asume factores que no entran en consideración ni en las ciencias ni en la filosofía. Es la eficacia su criterio para trazar el puente desde la orilla del saber general a las márgenes de los hechos. «El razonamiento jurídico de aplicación del derecho en decisiones concretas de carácter jurídico o administrativo no opera, como en la creación de las normas, a través de un proceso deductivo-creador de tipo geométrico, teórico puro, sino mediante una necesaria referencia a circunstancia de hecho» (Jorge I. Hübner Gallo: *Manual de Filosofía del Derecho*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1954, págs. 159-160).

Trátase de una lógica en la que habrán de tomarse en consideración factores ajenos a los procesos estrictamente intelectuales, en la cual el razonamiento ponderará en cada caso los influjos de los intereses, de la psicología, de las presiones sociales, de los estados de ánimo, de las corrientes políticas, de las pugnas religiosas. Tan peculiar que su valía se agota en cada juicio concreto y en cada caso resuelto. Lo que vale para una situación es ineficaz en otra

coyuntura, por muy pareja que sea. El orden de gobierno de la república, que es una τέχνη desde los días de la antigua Grecia, no será igual en pueblos de tradiciones parlamentarias como Inglaterra que entre gentes colocadas en los umbrales de la civilización, al modo de las naciones, o mejor conjunto de tribus agrupadas en naciones, recién descolonizadas en Africa. La ciencia política quiebra en esos casos, porque no ha intervenido la Política entendida por arte de individualizar las reglas generales formuladas por la ciencia. No de otro modo, los tribunales llamados de justicia podrán dictar sentencias aparentemente contradictorias, usando de cierta técnica ayuna en absoluto del valor universal o por lo menos general inherente a las construcciones científicas o filosóficas.

De hecho, la consecuencia es la de que quien haya de estudiar algún día desde el plano científico la función social de los legisladores o de los jueces, encontrará aquí mina inagotable para la sociología del Derecho; porque habrá de precisar hasta qué punto interfieren factores extraños a lo jurídico en las apreciaciones o decisiones formuladas al hilo de la concreta circunstancia. No de otra suerte cabría explicar muchas leyes a primera vista absurdas; ni tampoco que los dos mayores procesos de la universal historia hayan sido dos iniquidades judiciales: el de Sócrates ante el tribunal de los Quinientos atenienses y el de Jesucristo delante de Pilatos. Y es que entre la ciencia pura y la realidad de la vida se interfiere necesariamente la condición falible que Terencio, y luego el concepto católico del hombre como «homo fallens», han diagnosticado en el ser humano.

Aunque el vocablo no es apropiado, pudiera llamarse lógica de los hechos a las maneras peculiares de la argumentación que a veces se interfieren entre la justicia estricta y la realidad, pese a la voluntad rectísima de los legisladores o de los jueces. Lógica que es lo contrario de la lógica auténtica, ya que está fundamentada en argucias astutas; pero que es la prueba de la calidad inferior de los saberes técnicos del Derecho respecto a los demás saberes jurídicos.

Aunque quizá mejor que lógica cabría llamarla retórica de los hechos, por cuanto responde a la categoría de argumentación en que los hechos valen como argumentos para convencer con discursos más certeros. Si no la llamo retórica de los hechos es porque su empleo afecta por igual a legisladores, a abogados y a jueces; en los planteamientos judiciales a los jueces en cuanto de manera pasiva reciben y aceptan tales argumentos, a los abogados porque los usan.

Sin que su empleo por parte de los abogados suponga el menor

desdoro para tan nobilísima profesión, porque al utilizarlos usan de la técnica jurídica buscando egregiamente la defensa de los clientes, a cuya confianza han de responder como juristas y como hombres de honor.

Sirvan algunos ejemplos. Sea el primero el de lo sucedido con Musarete de Tespia en el siglo IV antes de Cristo. Cortesana famosísima por las bellezas con que la regaló madre natura, especialmente por la delicada palidez de sus mejillas, al punto de trocar su propio nombre por el de Sapito o Friné; de belleza tan eximia que fue tenida tradicionalmente por el modelo de las estatuas de la Anadiómene de Apeles y de la Afrodita de Praxiteles, Friné vino acusada de «asebeia» o impiedad a causa de haberse presentado por la misma diosa Venus, saliendo igual que la diosa de las espumas del mar dentro de una concha gigantesca. Conducida delante del tribunal de los Heliastas, competente en Atenas para semejantes crímenes, su abogado Hipereides no encontró mayor arte persuasivo que ofrecer la esplendidez de su belleza desnuda a las ávidas miradas de los jueces. Barrocamente lo contó uno de los insignes poetas de la Cerdeña hispánica, el calleritano José Delitala Castellví, en el soneto a lo quevedesco que tituló «al sucesso de Phriné ramera hermosa, que acusada, y delante de el Aeropago de Grecia, viendo que no podía vencer los votos con las palabras, los venció desnuda». Dice así:

«Acusada en el ínclito Aeropago,
donde se presentó Phriné divina,
con lengua dulce, y con la voz inclina
los juezes al perdón más que al estrago.
Vencerlos procuró con el halago,
euitando el castigo, y su ruina,
pero hasta que la vltima cortina
a su beldad corrió, todo fue amago.
Allí ostentó patente la hermosura
que de la Grecia fue dulce tirana,
y causa de el Amor en blandas quexas.
Batallan los sentidos en lid dura,
sancto el Senado, su virtud profana
y vencieron los ojos las orejas.»

(*Cima del monte Parnaso español, con las tres Musas castellanas, Caliope, Vrania y Euterpe, fecundas en sus assumptos por varias poesias.* Consagradas al Rey N. Señor de las Españas, don Carlos Segundo. Cáller, Onofrio Martín, 1672, pág. 19.)

Argucias parecidas se han repetido modernamente. Antonio Apa-

risi y Guijarro, honra máxima de la toga española en el siglo XIX, habiendo defendido a un criminal tres veces asesino apellidado Mariano Seguí, por apodo el Gatet, no halló mejor acomodo que requerir le fuera puesto cierto sombrero de castor perteneciente al criminal y que figuraba como prueba de cargo al haber sido hallado en la acequia donde apareciera el cadáver de una de sus víctimas. Con golpe efectista, al serle probado el sombrero, demostróse no le entraba por la cabeza, que le venía pequeño; con lo cual consiguió la absolución del Gatet. Los jueces no se habían dado cuenta de que el sombrero de castor había encogido a causa de haber estado sumergido en el agua (Francisco de P. Quereda: *Jurisconsultos españoles célebres. D. Antonio Aparisi y Guijarro.* En la *Revista general de legislación y jurisprudencia.* LXXXVI [1895], 470-474).

Otro curioso caso sucedió en Francia. Tratándose de la circunstancia de un juez integérrimo, para quien bastaba la menor indicación en favor de algún asunto a decidirle a resolverlo dando la razón al contrario, un abogado, en presencia de su cliente, va a dejarle tarjeta la víspera del juicio; mas no la suya propia, sino la tarjeta del abogado de la parte contraria (G. Ransson: *El arte de juzgar.* Madrid, La España Moderna, S. A., pág. 224).

Pudieran acumularse ejemplos infinitos para demostrar que el saber técnico del Derecho no se alimenta únicamente de nociones jurídicas; está abierto a la astucia y a la inteligencia libérrima de quienes toman parte en él: los jueces por pasiva, los abogados por activa. Sin contar las motivaciones varias que por tantos motivos acucian a los legisladores o influyen en la facultad discrecional de las autoridades administrativas.

6. Los sujetos del saber técnico del Derecho son fundamentalmente dos: los abogados y los jueces. Verdad que pudieran entrar asimismo aquí algunas otras profesiones de juristas cuya función es auxiliar técnicamente en el desarrollo de la vida jurídica: los notarios o los registradores, los procuradores o los peritos. Pero dado que la técnica del Derecho consiste principalísimamente en la administración de la justicia por los jueces y por los tribunales, a petición de abogados o fiscales, de defensores o de acusadores, es en tales funciones donde se plantea con mayor claridad el problema del saber jurídico técnico.

Diferéncianse entre sí en que los abogados han de tratar los asuntos analíticamente, desmenuzando los argumentos y las pruebas para replantear los problemas con vistas a los intereses de sus clientes; mientras que los jueces han de proceder por vía contra-

ria, sistematizando argumentos y pruebas, a fin de conseguir aquella visión de conjunto que les permita resolver con arreglo a criterios más omnicomprensivos, sin acceder a los planteamientos, por fuerza parciales, de los abogados de las partes en pugna.

7. Las prevenciones sobre la estricta aplicación de la justicia en la retórica o lógica de los hechos propia de la técnica de la aplicación ha dado lugar a diversos intentos de regularla, al menos formal o genéricamente, desde las ciencias y desde la filosofía; al objeto de dotar de confianza a problemática que tanto se presta a desviaciones, dada la serie de factores extraños a la lógica verdaderamente tal como intervienen en la aplicación del Derecho.

La tradición jurídica romana, prolongada dos milenios sobre las tierras del Occidente, ha puesto en vigor numerosas reglas que han de observarse a fuerza de principios encauzadores de la actividad de los técnicos del Derecho. Así la que establece que lo imposible supera a los hechos: «ad imposibilia nemo teneatur»; la de que lo accesorio sigue a su principal: «accessorium sequitur suum principale»; la de que el entendimiento intencionado suple a la edad: «malitia suplet aetatem»; la de que nunca distinguirá el técnico donde el legislador no distinguió: «ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus»; la de que los pactos han de ser cumplidos: «pacta sunt servanda»; la de que es lícito rechazar a la fuerza por la fuerza: «vim vi defendere, omnes leges, omniaque iura permittunt»; la de que ante todo hay que restituir la cosa a su dueño: «spoliatus ante omnia restituendus»; y otras muchas semejantes.

Otra fuente de criterios procede de los grandes pensadores. Por citar un solo ejemplo, en la parte segunda de su *Summa theologica* Santo Tomás de Aquino estableció larga lista de principios a los que deberá amoldarse la aplicación del Derecho. Tales las reglas para la restitución en la cuestión LXII; la de que el juicio ha de buscar la igualdad entre las pretensiones de las partes (LXIII, 4, respondeo); la de que es lícito matar en defensa propia (LXIV, 7); la de que nadie sea juez en su propia causa (LXIV, 5, ad secundum); la de que el juez no admita pruebas contra las leyes divinas o humanas (LXVII, 2, respondeo).

Semejantes reglas valen para la aplicación del Derecho puesto que provienen de saberes más altos, de las ciencias o de la filosofía. Sin embargo de lo cual, existe cierta tendencia moderna en varios sistemas legales de subordinar la aplicación de semejantes reglas al dato de que hayan sido admitidas previamente por sentencias expresas de los mismos tribunales llamados de justicia que han de practicarlas. Pero tal opinión, aunque lamentablemente extendida, es

sencillamente grave monstruosidad, porque supone invertir el orden de los saberes jurídicos, sujetando todos al más ínfimo entre ellos: al saber técnico.

GLOSA PRIMERA

LOS DOS PLANTEAMIENTOS INICIALES MODERNOS DE LA TECNICA JURIDICA

1. Friedrich Carl von Savigny.—2. Rudolf von Jhering.—3. Conclusión.

1. Hasta donde llegan mis noticias, el primero en tiempos modernos que se preocupó por aclarar qué sea la técnica jurídica es Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), el fundador de la llamada escuela histórica del Derecho.

La escuela histórica es la proyección del romanticismo en el campo jurídico. Contra la reducción del Derecho a los dictados de la razón, considerada capaz de formular reglas abstractas válidas para todos los tiempos y lugares, tendencia imperante en el siglo XVIII, y cuya derivación fueron los Códigos dictados con menosprecio de los sistemas anteriores a la Revolución francesa de 1789, la escuela histórica rechaza el primado de la razón abstracta y reivindica los factores concretos e históricos en la creación del Derecho.

Para Von Savigny el Derecho no está reducido a un código ni siquiera al *Code civil* napoleónico, por más que desde 1807 viniera siendo considerado poco menos que perfecto. Según la escuela histórica, el Derecho no nace de los dictados de un gobernante ni puede ser igual para la totalidad de los tiempos y lugares. En su famoso libro *De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del Derecho, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft,* aparecido en 1814 [1], Von Savigny polemiza contra la pretensión de redactar un código general para todos los países alemanes, elaborado a modo del Código civil francés de 1807, pretensión lanzada por el catedrático de la Universidad de Heidelberg, Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840), en su *Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania, Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* [2]. La tesis de la escuela histórica es que, por el contrario, el Derecho es el fruto de la conciencia del pueblo y el resultado de la cristalización del alma popular: «Was sie zu einem Ganzen verknüpft, ist die gemeinsame Ueberzeugung des Volkes, das gleiche Gefühl innerer Nothwendigkeit, welches allen Gedanken an zufällige und willkürliche Entstehung ausschliesst» [3]. Lo que enlaza los datos jurídicos en un todo es la convicción común del pueblo, el idéntico sentir movido de necesidad interior que excluye cualquier pensamiento de un origen casual o arbitrario.

Como el Derecho nazca en la conciencia popular del pueblo no lo aclaró nunca Von Savigny. Es algo obscuro y misterioso, «una fuerza oculta que trabaja sin descanso en la formación del derecho», según observa en su obra de madurez *Sistema del Derecho romano actual* [4]. Es una realidad de la que

1. Heidelberg, bey Mohr und Zimmer, 1814.
2. Heidelberg, bey Mohr und Zimmer, 1814.
3. Cito por la edición de Jacques Stern. Darmstadt, Wissenschftliche Buchgesellschaft, 1959, pág. 76.
4. Cito por la traducción castellana de Jacinto Mesía y Manuel Poley. Segunda edición. Góngora, s. a. Cita al vol. I, pág. 85.

arranca, precisamente para repudiar sea nunca producto del libre albedrío de un legislador, pues para él jamás podrá provenir «durch die Willkür eines Gesetzgebers» [5].

Siendo el Derecho la conciencia común del pueblo, «das gemeinsame Bewusstseyn des Volkes» [6], declarar al Derecho es menester de los juristas; mas no actuando éstos arbitrariamente tampoco, pero en la medida en que vive en la conciencia de los juristas aquello mismo que vive en la conciencia de la totalidad del pueblo. Es cuando el Derecho toma una dirección científica, «eine wissenschaftliche Richtung». Con lo cual separa en el Derecho dos elementos, que son también al mismo tiempo dos elaboraciones sucesivas: el que llama político en la conciencia común popular, y el que denomina técnico en la conciencia de los juristas. En ambos el Derecho es vivido más que pensado.

Este dualismo coloca de una parte los elementos constitutivos creados por el pueblo y de otra la puntualización esclarecedora de ellos por los juristas. De una parte el espíritu popular, de otra la ciencia confundida en apariencias con la técnica. En muchos sitios parece confunde Von Savigny a lo técnico con lo científico. Así al anunciar que el elemento técnico del Derecho es la vida científica del mismo, la «wissenschaftliche Leben des Rechts aber das technische Element derselben» [7]; al hablar de que los juristas franceses no aciertan a comentar científicamente el Código de Napoleón por insuficiencias de su formación técnica [8]; al calificar la obra de Montesquieu [9]; al admitir la posibilidad de que los juristas prácticos se emparejen con los científicos y con los catedráticos especializados [10]; o, en la *Teoría del método jurídico, Juridische Methodenlehre*, al contraponer de un lado la legislación y de otro la ciencia del Derecho [11].

Este planteamiento general está originado por la tirantez de la postura polémica de Von Savigny contra la rigidez del abstraccionismo pasado de la Ilustración a los códigos concebidos por creaciones de la razón desligada de la historia. Cuando Von Savigny profundice positivamente los criterios y coloque su planteamiento fuera de la actitud apasionadamente polémica contra el ahistoricismo racionalista, distinguirá entre la ciencia y la técnica del Derecho.

En el *Sistema* asegura que han de seguir, científicos y técnicos, iguales órdenes de ideas, pero recalcando que las tareas de científicos y de técnicos son distintas. «Sin duda que el teórico y el práctico tienen cada uno sus funciones y la aplicación que ellos hacen de sus conocimientos es diferente; pero siguen un mismo orden de ideas, sus estudios deben ser los mismos» [12]. Deben ser, empero no lo son. La «instrucción científica» de los jueces y magistrados [13] es un deseo, no una realidad; en la realidad los jueces no son científicos. «Hay, sin embargo, entre los funcionarios encargados de aplicar el derecho una clase numerosa y respetable, que, sin estar por bajo de su oficio, son incapaces de juzgar una doctrina nueva, ni de formar

5. F. C. von SAVIGNY: *Vom Beruf*, 79.
6. *Vom Beruf*, 78.
7. Ibídem.
8. *Vom Beruf*, 123.
9. *Vom Beruf*, 145.
10. Ibídem.
11. Stuttgart, Kochler, 1951, pág. 13.
12. F. C. von SAVIGNY: *Sistema* I, 67.
13. F. C. von SAVIGNY: *Sistema* I, 67.

opinión por sí mismos... Sería comprometido que el juez que no ha podido hacer estudios profundos quisiera tener una opinión personal sobre cada cuestión de derecho; es muy probable que su decisión se resintiese de la insuficiencia de sus elementos» [14].

Al tratar de los juristas Von Savigny distingue dos actividades con claridad; lo ha puesto de relieve Alexandre Correia en su estupendo estudio *A concepção histórica do direito e do Estado, La concepción histórica del Derecho y del Estado* [15]. La función creadora del Derecho reside en dar expresión doctrinal al contenido del alma popular en la que anida; la función aplicadora es la de proyectar la doctrina que expresó el Derecho contenido en el alma popular, sobre los casos concretos. La primera es tarea de científicos, la segunda de técnicos. Aquélla es actuación de juristas verdaderos; ésta la de los simples jueces. Por lo cual Von Savigny aquilata que puede haber jueces que no sean juristas y que solamente algunos jueces, no todos, alcanzan la altura de los científicos. «Pero si entre los magistrados se encuentra un verdadero jurista, éste tendrá, sin duda, el derecho de aplicar en la administración de justicia sus propias convicciones sabia y seriamente formuladas» [16]. Los demás, no. Es como distinguir entre un juez sencillo licenciado en leyes y don José Castán o don Felipe Clemente de Diego; esto es, al técnico del científico.

Claro que para Von Savigny el ideal estaría en que la totalidad de los técnicos fuesen científicos también. Mas reconoce que ello es imposible. No lo fue en Roma, donde los juristas usaban con pareja destreza, sin embargo, de la ciencia y de la práctica [17]; tanto más que sus circunstancias no son las de los juristas modernos, ya que el caso de Roma fue único e irrepetible, cual el propio Von Savigny subraya [18]. Si Von Savigny confundió o dejó entrever como unidad lo científico con lo práctico en el Derecho, al catedrático con el juez, al docto con el perito, fue en los momentos en que tomó a los juristas romanos como modelos del hombre de Derecho, aunque no se le ocultara que de poder realizarse semejante ideal apenas si pudo tener lugar en Roma, o, todo lo más, en la escuela de los glosadores de Bolonia, cual apunta en su *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, Historia del Derecho romano en la edad media* [19]. Fue el deslumbramiento glorioso de la Roma modelo lo que obscureció en algún momento la separación entre ciencia y técnica del Derecho; pero el error quedó más tarde cumplidamente aclarado. En el *Sistema de Derecho romano actual* los juristas no son jueces, sino consejeros de los pretores y de los emperadores, científicos que «vivían con los pretores y con el emperador, ejerciendo sobre ellos una acción continua e irresistible» [20]; dignísima y suprema muestra del científico del Derecho, que es lo contrario a los modernos técnicos, a los jueces o magistrados de hoy. «En nuestros días se llama jurisconsulto a cualquiera que ha estudiado el derecho para ser magistrado, abogado», concluye dolorido Von Savigny [21], contraponiendo al jurista científico de Roma con los técnicos del Derecho sus coetáneos. A ello se debe

14. F. C. von SAVIGNY: *Sistema* I, 113.
15. São Paulo, Universidade Católica, 1970, pág. 59.
16. F. C. von SAVIGNY: *Sistema* I, 113.
17. F. C. von SAVIGNY: *Vom Beruf*, 89.
18. *Vom Beruf*, 87.
19. Darmstadt, Hermann Gentner Verlag. III (1956), 85-86.
20. F. C. von SAVIGNY: *Sistema* I, 111.
21. Ibídem.

se incline delante de «la superioridad de los juristas romanos» [22]; es que eran científicos por excelencia.

Porque la meta que se trazara fue conseguir que los juristas modernos palpitaran, igual que los romanos, en la vivencia interna del Derecho [24]; de ahí soñara con que los técnicos subiesen a científicos, con que los jueces fuesen algo más que técnicos [25]. Aun a sabiendas de que era un sueño, un imposible, desmentido siempre por la realidad, donde hubiera científicos y hubiera técnicos habría profesores y habría jueces, existirían creadores del saber y aplicadores del saber. Su desdén hacia los juristas franceses provenía de que les veía operar sobre las sentencias de los tribunales; con la consecuencia de que, al apoyarse su saber en las sentencias, la técnica sustituía al saber científico, impidiendo la consecución del saber seguro y cierto que es el propio de la ciencia. «So ist in Frankreich in der That, und eine von dem Gerichtsgebrauch verschiedene Theorie existiert da eigentlicht nicht, so das alles, was über die Unsicherheit des praktischen Rechts gesagt worden ist, auch die Theorie trifft» [26]. Así ocurre de hecho en Francia, donde no existe ninguna teoría propiamente distinta de los usos de los tribunales, de suerte que se aplica a la ciencia todo lo dicho acerca de la inseguridad de la técnica práctica. Tan superior es la ciencia del jurista sobre la doctrina de los jueces, pura técnica, que en Francia no existía para Von Savigny ciencia del Derecho desde que se la pretende fundar en las sentencias técnicas, y no científicas, de los tribunales [27].

Aunque a primera vista, por ende, pareciera suponerse que Von Savigny identificaba a la ciencia con la técnica, acontece todo lo contrario. La aparente postura vino de pretender que los juristas del presente fuesen iguales a los imposibles ejemplos de los juristas de la Roma clásica y de oponer con demasiada tirantez el Derecho fraguado en el alma popular y recogido por los juristas al Derecho ahistórico de la Revolución francesa, plasmado en el *Code* de Napoleón Bonaparte. Siempre distinguirá la ciencia del Derecho de la técnica del Derecho; jerarquizándolas en tal manera que la primera deberá fundamentar a la segunda, siendo en cambio imposible deducir la ciencia de la técnica; tal cual es absurdo comparar al jurista científico con el juez o el abogado, simples técnicos.

Subraya, sí, sobre todo la sumisión del técnico al científico. Con su amor a lo romántico por la libertad ve en la jerarquización de los saberes jurídicos, en la sumisión de la técnica a la ciencia, la única garantía contra la arbitrariedad de los jueces, por Von Savigny tan violentamente rechazada como rechazó la arbitrariedad de los legisladores [28]. Ha de primar la ciencia sobre la técnica, porque es el exclusivo modo de que los jueces sean justos. Lo peor para él era dejar al albedrío del juez o al azar la resolución de cualquier problema concreto: «aber wenn für einen gegebenen einzelnen

22. F. C. von SAVIGNY: *Sistema* I, 115.
23. *Vom Beruf*, 123.
24. *Vom Beruf*, 143.
25. *Vom Beruf*, 149-150.
26. *Vom Beruf*, 117.
27. El traductor castellano, José Díaz García (Madrid, Aguilar, 1970, pág. 106) traduce «Gerichtsgebrauch» por Jurisprudencia. Sin captar, por ende, el alcance del texto de Savigny, quien aquí trata precisamente de mostrar que el saber técnico de los jueces es inferior al saber científico; en tanto modo, que en Francia no existía ciencia del Derecho cabalmente porque se quiso fabricarla apoyándose en el saber inferior de los tribunales llamados de justicia en la aplicación a los casos concretos.
28. *Vom Beruf*, 117.

Fall das Recht dem Zufall und der Willkür preisgeben ist, so ist das schlimmste eingetreten, was für die Rechtspflege gedacht worden kann» [29]. Tan profunda era en Savigny la jerarquía de los saberes que lo peor que pudiera a sus ojos ocurrir en la administración de la justicia es que la técnica predominase sobre la ciencia, que el saber de los jueces prevaleciera sobre el de los juristas, auténticos creadores del Derecho. Puede verse en que las decisiones judiciales no son para él fuente normativa, porque lo era solamente el espíritu del pueblo interpretado por los auténticos juristas, como señalan Arthur Kaufmann y Winfried Hassemer en sus *Grundprobleme der zeitgenössichen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, Problemas fundamentales de la filosofía del derecho y de la ciencia del derecho contemporáneo* [29]. Así como que toda la escuela histórica, precisamente a causa de su liberalismo basado en la tajante separación de poderes establecida por el barón de Montesquieu, ciñese la actividad judicial a la aplicación de las normas, cual recalca Hans Peter Schneider en su *Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, Derecho judicial, derecho de la ley y derecho constitucional* [30].

Lo que Von Savigny no se planteó fue el tema de las conexiones de la técnica jurídica con las ciencias y con la filosofía del Derecho, limitándose a puntualizar la inferioridad de la primera frente a las segundas. Sin duda porque mantúvose constantemente alejado de cualquier meditación de cuño filosófico, cual ha indicado Mariano Hurtado en los *Supuestos iusnaturalistas en el pensamiento de Savigny* [31]. Lo que le preocupó era la salvaguardia de las libertades ciudadanas, coincidente en esto con los demás portavoces del romanticismo tudesco. Su peculiaridad es que lo procuró fuera de lo que Antonio Enrique Pérez Luño ha denominado la deliberación racional en el estudio *Experiencia histórica y experiencia jurídica en Durán y Bas* [32]; mas guardando la atención cuidadosamente para que el repudio del racionalismo de la Ilustración no pusiera en peligro la primacía de los saberes científicos. Distinción agudísimamente precisada por José Pedro Galvão de Sousa en su *A historicidade do Direito e a elaboração legislativa, La historicidad del derecho y la elaboración legislativa* [33]. El primer analista moderno de la técnica jurídica, no obstante su deslumbramiento ante la maestría de los juristas de la Roma clásica, jamás calculó compararlos con los jueces sus contemporáneos. Sino precisamente todo lo contrario.

2. Semejante preocupación por la técnica, junto con el manojo de planteamientos suscitados por la admiración hacia los grandes juristas de Roma, pasa de Von Savigny a otro grandísimo romanista, Rudolf von Jhering (1818-1892), éste abanderado del positivismo jurídico.

Aunque Von Jhering cultivase magistralmente también el derecho romano, sus criterios difieren de los utilizados por Von Savigny. Mientras éste se preocupó por vitalizar al derecho romano tal cual había venido siendo secularmente recibido en los países germánicos, Von Jhering contempla en al derecho romano el modelo mayor de como puedan ser aplicados los conceptos jurídicos de validez universal. Von Savigny es el romanticismo

29. Frankfurt am Main, Athenäum Verlag, 1971, pág. 40.
30. Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1969, pág. 7.
31. En los *Anales de la Universidad de Murcia*, XVII (1958-1959), 65.
32. Barcelona, Revista Jurídica de Cataluña, 1971, pág. 823.
33. São Paulo, Editora Franciscana, 1970, pág. 26.

en el campo jurídico, calificará el mismo Von Jhering cuando rechace la visión savignyana de la edad media cual manifestación poética de la vida [34]; Von Jhering es el positivismo en sus grados más acentuados, inspirándose en las conclusiones de las ciencias naturales coetáneas. De ahí que Von Jhering combata, tanto al historicismo atenido a las mudanzas temporales, cuanto al jusnaturalismo rígido, por más que en algunos momentos su polémica contra el historicismo le lleve a aceptar determinadas sutiles concomitancias jusnaturalistas.

Hijo de su tiempo, su quehacer de estudioso es caminar por variados caminos, sin otra unidad que la de la fe positivista, constante y raigadamente practicada. No era tampoco su temperamento el del hierático profesor tudesco, aferrado a la inmutabilidad de un sistema invariable. Como ha señalado Wilhelm Wertenbruch en su *Versuch einer kritischen Analyse der Rechtslehre Rudolf von Jherings, Ensayo de un análisis crítico de la teoría del derecho de Rudolf von Jhering*, pese a la magnitud de sus talentos, «war nicht ein Wissenschaftler», no era un científico [35]. Su manera de ser estaba más cerca de la vida que de los libros, por más que redactara algunos de los libros fundamentales de la cultura científica moderna del Derecho. La alianza de su condición natural con el positivismo profesado da el fruto de una negación completa de la filosofía y la reducción de la ciencia a la técnica; bien que lo que Von Jhering entiende definir como técnica en el peculiar lenguaje suyo venga a ser lo que por ciencia definirían otros portavoces del positivismo jurídico. Muchos problemas son en ocasiones cuestiones del modo de nombrar las cosas.

La canonización de la técnica jurídica y su equiparación con lo que es la ciencia del Derecho consumada por Rudolf von Jhering es más suplantación terminológica que novedad en la tabla de los saberes. Porque su entera apología de la técnica sublimada a ciencia es la secuela verbal de su positivismo filosófico. En el apartado primero del estudio consagrado a Von Jhering por Erik Wolf en su *Grossen Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, Grandes pensadores jurídicos de la historia del Espíritu alemán*, al apuntar las perspectivas acarreadas por el positivismo, explícase el modo en que Von Jhering va a manejar la técnica del Derecho. Es que el positivismo repudiaba conscientemente todo pensamiento filosófico [36]; de ahí que Von Jhering no quisiera pasar nunca por filósofo del Derecho. Es que el positivismo explicaba a la ciencia calcándola sobre el modelo de los saberes naturales, nacidos de la experimentación; de donde Von Jhering aspire a edificar la ciencia jurídica partiendo de los análisis, de la concentración y de la ordenación sistemática de la materia del Derecho. Es que el positivismo sujeta los saberes científicos a la técnica empleada para la captación de los hechos que le sirve de punto de partida; por lo cual Jhering reducirá la ciencia del Derecho a la técnica certera en catalogar, analizar y coordinar los datos.

No es que Von Jhering renuncie a la ciencia; por el contrario, su existencia entera dio en esfuerzo infatigable por conseguir resultados científicos. Lo que sucede es que su ciencia, tajantemente positivista, depende de la téc-

34. RUDOLF von JHERING: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Quinta edición. Leipzig, Breitkopf und Härtel. III (1906), 6-7.
35. Berlín, Walter de Gruyter, 1955, pág. 1.
36. Cuarta edición. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen, 1963, pág. 624.

nica en la asunción de los elementos de que consta, es un arte del Derecho del cual deberá salir en neta línea positivista la Ciencia del Derecho.

El período en que aborda estos problemas es en la segunda época de su actividad de estudioso, en especial en el famoso *Geist des römischen Rechts, Espíritu del Derecho romano.* Muestra allí ya como el Derecho consiste en la vida, porque solamente existe para realizarse. Derecho es lo que se realiza, «das Recht ist dazu da, dass es sich verwirklicht» [37]. A fuer de positivista, confunde al Derecho con lo que en la realidad es tenido como tal, con la «Thatkraft» de su efectividad, excluyendo tenga nada que ver con la ética ni con la justicia [38]. El saber jurídico dará, en consecuencia, en ser el método para captar dicha realidad efectiva a la que Von Jhering reduce el Derecho, método que será, por tanto, más arte que ciencia en razón de sus tareas.

El Derecho es, para Von Jhering, antes arte que razonamiento; esto es, antes arte que ciencia. Dícelo literalmente: «Die Kunst ist auch auf dem Gebiete des Rechts früher als die Wissenschaft, denn die Kunst verträgt sich mit dem Ahnen, dem blossen Gefühl oder Instinkt, während die Wissenschaft erst mit dem Erkennen beginnt» [39]. La ciencia sería algo diferente del arte, sería la meditación sobre el arte, la racionalización del saber técnico del Derecho. Mientras el arte es la técnica pura [40], la ciencia ascendería a saber cualitativamente superior.

El equívoco reside en que a la ciencia no se llega más que andando los senderos de la técnica. Verdad es que para Von Jhering es propio de la ciencia el contenido del Derecho, quedando los dominios de la técnica reducidos al lado formal de lo jurídico, al «rein formaler Art», al arte meramente formal de manejar el material del cual el Derecho nace [41]. Por lo cual la técnica utiliza criterios de oportunismo impropios de la ciencia en la función de adecuar medios a fines [42].

La distinción entre el saber jurídico científico y el saber jurídico técnico resulta por ende de que se ocupan respectivamente del contenido y de la ordenación formal de los datos; de que la ciencia es conocimiento racional, mientras la técnica se halla todavía dominada por el sentimiento; de que la ciencia es saber objetivo, en tanto la técnica es un determinado arte subjetivo del jurista [43]. No parece, pues, haya ocasión para confundirlas, ni para colocarlas siquiera situadas sobre el mismo plano.

Sin embargo, en páginas muy próximas parece situarlas por igual Von Jhering, en uno de los característicos contrasentidos de su obra, subrayados por Wilhelm Wertenbruch [44]. Débese a que presenta al jurista como técnico y como científico al mismo tiempo. Es técnico porque posee el arte jurídico formal de ordenar los datos, lo cual solamente puede conseguirse tras luengos años de educación jurídica [45]. Es científico porque el jurista posee una ciencia más elevada. La explicación de que sea ambas cosas sale de que

37. R. von JHERING: *Geist des römischen Rechts* II, II (1899), 322.
38. Ibídem.
39. *Geist des römischen Rechts* II, II, 326.
40. *Geist des römischen Rechts* II, II, 320.
41. *Geist des römischen Rechts* II, II, 325.
42. *Geist des römischen Rechts* II, II, 325-326.
43. *Geist des römischen Rechts* II, II, 327.
44. W. WERTENBRUCH: *Versuch*, 24.
45. R. von JHERING: *Geist des römischen Rechts* II, II, 314.

el jurista se forma como técnico en el cultivo de un derecho y de una legislación positiva particulares, la inherente a un pueblo determinado; pero, más tarde, adquiere saber superior por encima del dimanado del derecho positivo, un saber superior común a la totalidad de todos los juristas, de cualquier pueblo y de cualquier época. Mientras el jurista como artista habla un lenguaje adecuado al sistema legal en que se mueve, los verdaderos juristas, o sea, los científicos, hablan un lenguaje común a todos los tiempos y lugares [46].

Parece por lo dicho que el jurista es técnico en un primer momento de su formación, en cuanto cultiva cierto campo delimitado espacial, temporal y culturalmente; para subir a científico más adelante, cuando sus conocimientos hayan penetrado en lo hondo de la materia considerada, más allá de las temáticas formales, hasta adquirir categoría de universalidad. De suerte que la equiparación en la misma persona de los saberes técnicos y científicos no es tal de veras, puesto que corresponde a dos etapas sucesivas de la actividad intelectual. La equiparación entre ciencia y técnica no tendría de este modo equiparación en ningún caso.

Sin embargo, en la línea de la teoría positivista de los saberes jurídicos, el punto de partida es el dato, el método es el empírico emparejado al de las ciencias naturales y la ciencia depende de los resultados logrados por la técnica. Así la técnica vendría a ser la madre de la ciencia y el saber científico del Derecho se apoyaría sobre saberes técnicos. Con lo cual quedaría abierto el camino para que los jueces fuesen científicos y para que las resoluciones de los tribunales pasasen por jurisprudencia y sirvieran para hontanar de saberes científicos. Con lo cual el primado de la ciencia sobre la técnica acabaría siendo negado por Von Jhering.

Dicho sea en honor a sus talentos, Rudolf von Jhering niega valor científico a las decisiones de los jueces, sin equipararlas con lo que los romanos designaron como jurisprudencia y contra la corrupción de tan eximio vocablo en los tiempos modernos. Para él los jueces no acertarían a labrar ciencia jurídica porque sus decisiones —en cuanto al contenido, que es el tema de la ciencia—, no proceden de un saber racional; sino del sentimiento, que vimos era lo que contraponía la técnica a la ciencia. Para Von Jhering el juez es un artista, no un científico del Derecho. Porque sus decisiones vienen dictadas al unísono de los sentimientos del pueblo, no según los problemas de fondo del saber científico. He aquí sus palabras terminantes: «Von der Energie des Gerechtigkeitsgefühls im Volk hängt in Wesentlichen die Unparteilichkeit, Integrität u. s. w. des Richterstandes ab. Bei einem Volk, dem die Gerechtigkeit als etwas Heiliges gilt, wird auch der Richterstand unbestechlich und pflichtgesetzen sein— wie das Volk, so die Richter» [47]. O sea: la imparcialidad, la integridad, etc. de los jueces depende, por tanto, esencialmente de la energía del sentimiento de justicia existente en el pueblo. En un pueblo en el cual la justicia vale como algo santo, el juez será incorruptible y fiel a su deber. Tal como sea el pueblo será el juez.

En pugna con su positivismo confesado y practicado, Rudolf von Jhering acertó a colocar los saberes técnicos del Derecho en escalón inferior a los científicos. Dechado de catedráticos a la alemana, jamás consideró que el saber de los científicos pudiera equipararse con el saber técnico de los

46. *Geist des römischen Rechts* II, II, 315.
47. *Geist des römischen Rechts* II, II, 324.

jueces. La separación entre los problemas científicos de fondo y las cuestiones artísticas de ordenación técnica de los datos es barrera permanente que impide a los técnicos pisar los suelos de la ciencia. Cierto es que la mentalidad positivista situaba a los juristas en disposición de ser una y otra cosa: técnicos o científicos. Pero ello quiere decir apenas que para Von Jhering eran juristas tanto los abogados y los jueces como los profesores universitarios. Mas lo eran en grado muy dispar. La aparente apología de la técnica, exigencia de su positivismo jurídico, nunca obscureció su claro entendimiento al punto de no discernir entre la técnica de los jueces y la ciencia de los profesores. Todos juristas, pero juristas de saber jerarquizado.

No siendo filósofo, no dejó tampoco de subordinar los jueces a los filósofos del Derecho. La índole servicial e inferior de los técnicos que establecen leyes o sentencias queda patente en alguna de las páginas de este positivista que parecía renegar de la especulación filosófico-jurídica. En efecto, tan subordinada es la tarea de jueces y legisladores que sus técnicas no alcanzan otro valor que el de traducir al plano de la efectividad de la vida del Derecho aquellas ideas que los filósofos del Derecho hubieran formulado. También aquí valen sin réplica sus palabras terminantes: «Die Aufgabe der Gesetzgebung sowohl wie der Jurisprudenz besteht nun darin, Begriffe, welche sich der sicher Anwendung entziehen, in eine solche Gestalt zu bringen, welche dieselbe ermöglicht, den Begriff aus der Sprache des Rechtsphilosophen, wenn ich so sagen darf, in die des Gesetzgebers und Richters zu übersetzen» [48]. O sea: la función de la legislación, igual que la de la jurisprudencia, consiste en dar aplicación segura a los conceptos que sea posible deducir, aportándolos en tal forma que sea hacedero traducirlos desde el lenguaje de los filósofos del Derecho al de los legisladores y los jueces.

Inclinándose delante de los filósofos del Derecho, a quienes reconoce la supremacía de los saberes jurídicos por encima de jueces y de legisladores; colocando a la ciencia profesoral muy arriba de la técnica formalista del manejo de los datos; escalonando los saberes jurídicos en filosóficos, científicos y técnicos; si se quiere en contradicción con su positivismo evidente, la apología de la técnica emprendida por Rudolf von Jhering en algunas de las páginas salidas de su pluma es mera apariencia. Si se la ha traído a análisis aquí fue para aclaración de erróneas interpretaciones, al objeto de que nadie pretenda amparar en nombre tan ilustre la triste y generalizada subversión de los saberes jurídicos que algunos han padecido en sus propias carnes impotentes para combatirla.

3. Los arranques modernos del tema de la técnica jurídica y los intentos de valorarla en el siglo XIX son la reacción contra el exagerado abstraccionismo de la Ilustración y contra el endiosamiento de la razón hijuela del jusnaturalismo protestante. Sus dos figuras más representativas, ambas de glorioso renombre en la historia del pensamiento jurídico, apelan a la técnica en función de los dos tipos de reacción contra el abstraccionismo de la razón omnipotente: Von Savigny, romántico, en nombre del espíritu del pueblo, del alma popular ensalzada a tema filosófico por Schelling en el segundo período de su filosofía; Von Jhering en alas del positivismo. Ambos participan del asombro ante las conquistas de los juristas

48. *Geist des römischen Rechts* II, II, 328.

de la Roma clásica y ambos caen en un momento en la ilusión de que tales varones vuelvan a existir en tiempos suyos. Pero ninguno de ellos perdió jamás de mira la conveniente jerarquía de los saberes, ni ninguno llevó hasta el extremo la admiración por la obra de los juristas, advertidos de la irrepetibilidad de las circunstancias del derecho romano antiguo.

Otras valoraciones de la técnica han de ser estudiadas; pero entrarán en la glosa dedicada en la lección siguiente a aclarar la marcha de la noción de la ciencia y de la filosofía del Derecho en la historia, a causa de evitar referencias a sistemas por esas posturas rebatidos. Otro tanto cabe decir del problema del llamado «Derecho de los jueces», que será analizado en tomos posteriores, en las partes correspondientes a la teoría de la interpretación y a la sociología jurídica. Ahora se trata simplemente de aclarar el nacimiento de la técnica jurídica como noción autónoma en el siglo XIX.

GLOSA SEGUNDA

LOS SUJETOS DEL SABER JURIDICO TECNICO

I. Los sujetos del saber jurídico técnico.—II. La abogacía como saber técnico del derecho: 1. El arte de la abogacía; 2. La abogacía en Grecia; 3. La abogacía romana; 4. Nociones sobre la abogacía en las Españas.—*III. La magistratura como saber técnico del derecho:* 1. La artesanía judicial; 2. La judicatura griega; 3. La judicatura romana; 4. La judicatura en los pueblos anglosajones; 5. El saber técnico de la doctrina legal en la actualidad.

I. LOS SUJETOS DEL SABER TECNICO JURIDICO

Son sujetos del saber técnico jurídico aquellas personas cuya actividad profesional consiste en aplicar las normas jurídicas a los hechos.

Pueden clasificarse del siguiente modo:

A) En sentido estricto: los jueces o magistrados de los llamados tribunales de justicia, con facultades decisorias.

B) En sentido amplio: quienes de algún modo ayudan a la aplicación de la norma a los casos concretos.

a) De modo directo: los auxiliares de la administración de justicia: abogados defensores, abogados fiscales, acusadores, secretarios y agentes judiciales, procuradores, peritos, funcionarios de prisiones.

b) De manera indirecta: los que de algún modo prestan su concurso en la aplicación de las normas. Pueden hacerlo:

1. Con carácter oficial inmediato: los encargados de la administración en general. Pueden ser: con funciones decisorias, de asesoramiento o de aportación de materiales. Con signo político o con técnica propia.

2. Con carácter oficial mediato: los que proporcionan garantías de seguridad legal: notarios, registradores de la propiedad, agentes de cambio y bolsa, agentes comerciales.

3. Con carácter privado: asesores, consejeros, abogados de dictámenes, etcétera.

En la imposibilidad de considerar las varias maneras del saber técnico del Derecho, me referiré a dos: a los abogados y a los jueces.

II. LA ABOGACIA COMO SABER TECNICO DEL DERECHO

1. El arte de la abogacía

Con alcances un tanto entre humildes y peyorativos en *Como nace el derecho* Francesco Carnelutti rebajó la profesión del abogado a la de «obreros del derecho» [1]. Quizás movióle a tan menguado parecer la primacía que años atrás dábase a los estudios jurídicos en la práctica de los mismos, tal como venía sucediendo entre nosotros en la antigua disciplina de Procedimientos y Prácticas judiciales, hoy incorporada como apéndice de aplicación a los estudios teóricos del derecho procesal. Pero la tarea de la abogacía es mucho más elevada, porque consiste precisamente en la preparación ordenada de los elementos sobre los que ha de operar la técnica jurídica de jueces y tribunales; al mismo tiempo que su función de portavoces autorizados de las partes exígeles severísimo código moral de conductas, código que les ennoblece por individuos y en cuanto miembros de un cuerpo llamado a merecer la más alta consideración profesional.

La tarea del abogado es en verdad técnica, como reconoce Federico de Castro en *La función de los juristas en el Estado* [2], eficaces auxiliadores en la administración de justicia; mas de una técnica de especialísima calidad que no puede merecer jamás el juicio menospectivo con que a las veces es tasada en menor valía a la técnica común. Baste recordar el profundo alcance de la responsabilidad que toca al abogado en ayudar al más alto menester que el hombre pueda ejercitar nunca, al nobilísimo oficio de la administración de la justicia. De ahí la responsabilidad del hombre del Derecho en la presentación adecuada de los temas en litigio delante de la majestad de los tribunales, aquel toque de responsabilidad que es lo que impide diluir al yo en la masa de los procesos tecnificadores, en la certera apreciación de Juan Vallet de Goytisolo en *Ideología, praxis y mito de la tecnocracia* [3].

La tarea técnica del abogado no queda, pues, en el adocenado menester de rebuscados planteamientos, ni en la interesada presentación de los hechos; requiere talento y voluntad, palabra y acción, razonamiento sereno y dinamismo promotor, «la especulación discursiva y el sentido práctico» de que habla Antonio Hernández Gil en su bello libro *El abogado y el razonamiento jurídico* [4]. Pues el abogado no es el parlanchín que se regodea con el lindo decir de sus oraciones, ni tampoco el investigador enterrado entre los libros de nutrida biblioteca. Su función abarca ambos extremos, porque

1. Buenos Aires, EIEA, 1959, pág. 11.
2. En la *Revista de estudios políticos*, IV (1942), 193-242. Cita a las págs. 202 y 203.
3. Madrid, Escelicer, 1971, pág. 132.
4. Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1975, pág. 7.

no es oratoria vacía agotada en giros hermosos ni tampoco inquisición ciclópea inquirida en ambición del saber por el saber. Es el aclarador de la verdad al mismo tiempo que el conocedor de las leyes; no habla para deleitar a un público amigo ni expone teorías más o menor inconexas con la realidad inmediata. Su gracia está en hacerse entender, por decirlo con palabras de Antonio Agúndez en *Formación literaria del jurista*, «reduciendo la extensión y aumentando la comprensión» [5]. Ha de conmover, agradar y convencer a unos jueces cuya cultura y rectitud no se deja seducir por el halago ni entenebrecer por las argucias; ha de persuadir a un manojo de hombres doctos cuanto rectos; y en la persuasión hay algo más tenso que en el convencimiento, porque ésta es técnica de argumentación intelectual, al paso que aquélla es movimiento complejo incitador del alma entera del sujeto, que comporta la sugestión del corazón en la promoción del sentimiento al lado de la fría exposición de las razones que convencen. Como ha escrito el decano del colegio de abogados de Burdeos J. Moliérac en su *Initiation au barreau, Iniciación a la abogacía*, la comparición ante estrados es auténtica batalla [6] en la que el abogado armado de finas armas dialécticas ha de poner en fuga a los adversarios arrancando la aprobación de los árbitros que son los jueces; casi como la agónica lucha de los juegos clásicos en la que la victoria se otorga a quien sabe manejar mejor sus armas en la pugna por la verdad de la justicia.

Por eso no es lo mismo la lección oratoria que el argumentar en el foro, observó hace ya dos milenios Marco Fabio Quintiliano en sus *Institutiones oratoriae* X, 36: «sed his quoque adhibendum est simile iuditium ut etiam cum in rebus versemur isdem non tamen eamdem esse conditionem sciamus litium ac disputationum, fori et auditorii, praeceptorum et periculorum» [7]. Si el orador tiene por misión general la de exponer, el orador forense que es el abogado ha de persuadir poniendo en el empeño toda el alma, de suerte que traduzca hasta en el más mínimo de sus gestos el pensamiento que seduce; ha de arrastrar tanto como convencer, procurando la aquiescencia más completa. En *Psicofisiología del orador forense* Quintiliano Saldaña lo expresó diciendo que el abogado ha de proceder como los artistas dramáticos, ya que es a un mismo tiempo actor y autor; orador y actor en la exposición que elimina los gestos fríos igual que los excesos de lenguaje apasionado en un equilibrio cuya consecución es el mayor de los obstáculos para los profesionales del foro [8].

Empezó la abogacía dentro de las familias primitivas y aun la desempeñan en defensa de sus miembros los componentes de ellas delante del tribunal paterno, como curiosamente anotó Mariano Nougués Secall en *La moral del abogado* [9]. En cualquier núcleo social, por diminuto, antiguo o irregular que sea, brotan sin cesar los defensores de los criticados o los apoyadores de los ofendidos, espontáneamente, sin necesidad de estudios especiales ni de manejos de técnicas; abogados incipientes, primera versión de lo que ulteriormente ha sido la dedicación profesional de la abogacía delante de los tribunales públicos. Es con el desarrollo de las organizaciones sociales mayores cuando aparecen formas más especializadas, de las cuales

5. En la *Revista general de legislación y jurisprudencia*, CCXXVIII (1970), 171.
6. Cito por la versión castellana. México, Editorial Porrúa, 1974, pág. 203.
7. Cito por el texto depurado por W. Peterson, en la edición de Oxford, 1891, reproducida en Hildesheim, Georg Olms Verlagsbuchhandlung, 1967.
8. Madrid, Jaime Ratés, 1917, pág. 15.
9. Zaragoza, Antonio Gallifa, 1849, pág. 20.

tal vez el modelo más antiguo sea el de los «raabishu» o consejeros de que habla el *Código de Hammurabi* en el siglo XVIII antes de nuestra era y cuyas funciones detallo en la glosa 2.ª a la lección 5.ª del presente *Tratado*. Sobre la variación de la noción del abogado en las culturas occidentales dícese algo en esta misma glosa.

Los trabajos que un abogado ha de cumplir requieren en él dos cualidades básicas: rigor moral y el conocimiento de las leyes.

El rigor moral es con mucho la más importante porque la profesión es nobilísima, «casi un sacerdocio» en palabras de una de las máximas lumbreras del foro español, de Antonio Aparisi y Guijarro en el informe con ocasión de cierto famoso asesinato, en 12 de enero de 1863 [10]. Corroborado por otro procesalista insigne, Mauro Miguel y Romero, en su *Derecho procesal*, al asentar un tanto barroca y oratoriamente que «el ejercicio de la profesión del abogado constituye la Abogacía, especie de protectorado de la inteligencia y de la palabra, provechoso para el débil contra el fuerte, para el inocente contra el malvado, para el pobre contra el rico, para el hombre probo contra las asechanzas del perverso» [11]. Del patrón de la abogacía francesa, dechado del abogado perfecto, díjose era antes que nada varón probo, a tenor del viejo refrán de dar en admiración del pueblo por abogado no ladrón:

«Sanctus Ivus erat brito
advocatus et non latro,
res miranda populo.»

Tal función de sacerdocio que en las más de las ocasiones el abogado es más que amigo, es el consejero íntimo de las familias antes que defensor legal de los intereses delante de los tribunales; amigo antes que servidor, el árbitro de muchas contiendas que su mano buena corta antes que caigan a litigios. Especialmente en las localidades menores, el abogado es quien da opinión, siempre escuchada, acerca de los negocios más variados e impensables, es una prolongación de la familia, el mentor por excelencia. En una sentencia del 22 de enero de 1930, recogida por Federico de Castro en su *Derecho civil de España* concéntranse esos papeles en palabras luminosas: «No sólo se dedica a defender en juicio, por escrito o de palabra, los intereses de los litigantes, sino que es el consejero de las familias, el juzgador de los derechos controvertidos cuando los interesados lo desean, el investigador de las ciencias históricas, jurídicas y filosóficas, cuando éstas fuesen necesarias para defender los derechos que se le encomiendan; el apóstol de la ciencia jurídica, que dirige a la humanidad y hace desfilar a ésta a través de los siglos» [12].

Cierto es que existen los que practican aquel abogadismo que Ossorio y Gallardo negara en su artículo *Sobre el abogadismo* [13]; esto es los antípodas, los arbitristas del asunto fácil, los entrometidos en los negocios ajenos, los provocadores de pleitos y los artesanos del escándalo. Han sido fustigados en páginas innúmeras de todas las literaturas. Ya en Roma, uno de

10. A. APARISI Y GUIJARRO: *Obras*. Madrid, Imp. de La Regeneración, cinco tomos. Cita al V (1877), 241.
11. Madrid-Valladolid, Victoriano Suárez-Casa Martín, dos tomos. Cita al I (1934), 395.
12. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1955, pág. 579.
13. En la *Revista general de legislación y jurisprudencia*, CXX (1912), 88-92. Sobre todo en las págs. 89 y 91.

los más acres epigramas de Marco Valerio Marcial (42-104), el genial satírico bilbilitano, clávase en las costillas del abogado Naevolus, en el 54 del libro I de los *Epigrammata*:

> «Cum clamant omnes, loqueris tu, Naevole, semper,
> et te patronum, causidicumque putas,
> hac ratione potest nemo non esse disertus,
> ecce tacent omnes: Naevole, dic aliquid.» [14]

Ni que decir tiene que en nuestra literatura clásica abundan las burlas de los malos abogados. En el siglo XIV Francesc de Eiximenis en el *Regiment de la cosa pública*, incluido en *Lo dotzé* del *Crestià*, redactado hacia 1385, dedica un capítulo entero, el XXVIII, a demostrar «que posa com moltiplicació de juristes nou molt a la cosa pública», que la multiplicación de los juristas pueda dañar a la república [15]; recontando la donosa historieta de aquel payés a quien aconteció pasar delante de la casa de estudios de los juristas en Marsella, creyó era una iglesia al escucharles repetir letanías de latinajos y se arrodilló a la puerta poniéndose a rezar; advertido por los estudiantes, desengañáronle haciéndole ver no era aquella casa lugar de oración, sino escuela de letrados; a lo cual el payés comenzó a persignarse y a gritar como toda la tierra estaba perdida ante tanta multitud de abogados; comentario por Eiximenis aprobado. Texto tan donoso que no me resisto a dejar de trasladarlo en su lengua original para deleite del lector y porque en ella anida un gracejo perdido al giro de mi torpe extracto. «Recompta's de un pagès qui passava per les escoles dels juristes de Montpeller e véu tants jóvens a la escola així ordenats en llurs bancs, ab llurs llibres davant. Si pensà que la casa aquella fos església e que los dits jóvens oïssen missa. Agenollà s a la porta de la escola e començà aquí pregar nostre Senyor Jésu; e dix-li la u de aquells jóvens: "Llevau da'aquí, sènyer, que no hi ha església ací". Dis lo pagès: "E doncs, que fets vosaltres así tants?". Respòs lo jove e dix: "Oïm ací dret, car, si a Déus plau, serem tots juristes". E lo pagès, oïdes les paraules, començà's a senyar e cridà altes veus: "O llas mesquí! Tota la terra és perduda. Car un sol jurist qui està entre nós, ha tots ha desfets; segueix-se que vosaltres, qui tants sou, tot lo món destroiren". Vet aquest pagès com se acordava ab la dita sentencia, ço és que multiplicació de juristes és fort damnosa a la comunitat e gran destrucció de aquella» [16].

El anónimo autor castellano de la *Danza de la muerte* conservada en la biblioteca escurialense escucha drástica respuesta a sus quejas en lo que le «dise la muerte»:

> «Don falso abogado prevalicador
> que de amas las partes leuastes salario,
> venga se bos miente como syn temor
> boluistes la foja por otro contrario.
> El Chino e el Bartolo e el Coletario
> non vos librarán de mi poder mero,
> aquí pagarédes como buen romero.» [17]

No escapa el argumento a Lope de Vega (1562-1635); en alguna de sus

14. Caesar-Augustae, Didacus Latorre, 1629, pág. 29.
15. Barcelona, Barcino, 1927, págs. 152-156.
16. FRANCESC EIXIMENIS: *Regiment de la cosa pública*, 155-156.
17. En la *Biblioteca de Autores españoles*, de Rivadeneyra. Madrid, Atlas, LVII (1962). 382 b.

comedias, como en *La difunta pleiteada* sirviónos el más goloso manjar literario con acentos de parodia de los estilos curialescos, genial caricatura que no me explico haya sido olvidada habida cuenta de la sal legítima e incomparable que pone, por ejemplo, en la escena final de la jornada III [18]. Inspirada en cierto relato de Mateo Bandello, lo que interesa a los efectos de ahora es la discusión entre el abogado napolitano Fabricio, padre de Manfredo, y el siciliano Camilo, padre de Leandro, o sea de los dos que litigan por el justo matrimonio con la bella Isabela. La longitud de los versos veta transcribirlos aquí; mas nunca reconmendaré bastante su lectura, porque no creo exista otro esbozo de sátira anticurialesca tan digno de las merecedísimas trompetas de la fama literaria. Las citas macarrónicas al *Digesto*, la mención de Papiniano y otros autores de la época, están traídas con tan discreto donaire que no es posible terminar la lectura sin carcajadas de sonoro acorde.

Más a ras de tierra, casi chabacana, es la imagen del abogado cuya presunción de saberes reside en el mayestático adorno de la barba larga, en cuya fluvial longitud radica el secreto de la apariencia de su sabiduría, rimado por Bartolomé Leonardo de Argensola (1562-1631) en el soneto 31 de la colección de sus versos:

«¿Cómo tienes noticia tan profunda
del Derecho civil, Teodoro mío?
Dilo, así Dios te dé un barbero pío,
que esa prolija barca arrase o tunda.
Antes, oh Fabio, las navajas hunda
varón barbado, insigne barba crío;
que en mí el saber, como en Sansón el brío,
en este pelo trágico se funda.
¿Esto es posible? Oh grato a los incultos
Saturno, si en las barbas de Teodoro
el fruto que en un largo estudio pones,
bróteme doctas cerdas cada poro;
mas niega este secreto a los cabrones,
que aspirarán a ser jurisconsultos.» [19]

En los tablados del siglo XVII es mordaz Francisco de Rojas Zorrilla (1607-1648), a quien anima auténtica aversión contra los letrados. Las truhanerías con que explotan a los cándidos clientes dícense en la comparación del rústico Bras en *Del rey abajo ninguno, y labrador más honrado, García del Castañar*, al ponderar la destreza de Teresa lavando unos paños:

«Desde que te ví, Teresa,
en el arroyo a pracer,
ayudándote a torcer
los manteles de la mesa,
y torcidos y lavados
nos dijo cierto estudiante:
"Así a un pobre pleiteante
suelen dejar los letrados".» [20]

18. LOPE DE VEGA: *Obras*. Madrid, Tip. de la Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos, IV (1917), 541-581. Sobre todo en las págs. 579 b-581 b.
19. En la *Biblioteca de autores españoles*, XLII (1951), 319 a.
20. En la *Biblioteca de autores españoles*, LIV (1952), 322. En la jornada I.

Sátira que remacha en otra comedia, la de *Lo que quería ver el Marqués de Villena*, cuando el Zambapalos para describir en la jornada II la oscuridad de la mansión del mago Fileno no topa mejor acomodo de expresarle que diciendo es

> «escura como conciencia
> de letrado, que recibe
> cualquiera pleito que venga» [21].

No hay que exagerar nada pensando cómo la musa liviana y latigadora de don Francisco de Quevedo (1580-1645) encontró en los abogados ocasión para complacientes denuestos. En *El sueño de las calaveras*, dedicado nada menos que al Conde de Lemos, presidente del Consejo de Indias, juega a placer con los vocablos para relatar que en el proceso de los oficios «fue condenado un abogado porque tenía todos los derechos con corcovas» [22]. En *La visita de los chistes* los condena comparándolos a epidemia nociva, tantos hay y tantos males engendran que «valiera más a España langosta perpetua que licenciados al quitar» [23]; razonando los daños que producen con el siguiente sutil argumento, característicamente conceptista y quevedesco: «¿Queréis ver qué tan malos son los letrados? Que si no hubiera letrados, no hubiera porfías; y si no hubiera porfías, no hubiera pleitos; y si no hubiera pleitos, no hubiera procuradores; y si no hubiera procuradores, no hubiera enredos; y si no hubiera enredos, no hubiera delitos; y si no hubiera delitos, no hubiera alguaciles; y si no hubiera alguaciles, no hubiera cárcel; y si no hubiera cárcel, no hubiera jueces; y si no hubiera jueces, no hubiera pasión; y si no hubiera pasión, no hubiera cohecho. Mirad la retahila de infernales sabandijas que se produce de un licenciadito, lo que disimula una barbaza y lo que autoriza una gorra» [24]. El remedio lo ve el mismo Quevedo en *La hora de todos y la fortuna con seso* en la supresión de los abogados, procedimiento seguro para obtener la concordia en las repúblicas [25].

Don Francisco de Quevedo nos ha legado el retrato del abogado actor que dirá Quintiliano Saldaña en su modalidad más peyorativa: la del charlatán ayuno de estudios, la que encontramos reiterada por lugar común a lo largo de los siglos, pero por Quevedo pintada como por nadie con su pluma aceradamente espléndida en la propia *La hora de todos y la fortuna con seso* en aquel tipo que, pese a adolecer de «idiota... había adquirido fama por lo sonoro de la voz, lo eficaz de los gestos, la inmensa corriente de las palabras, en que anegaba a los otros abogados» llevándoles lo más florido de la clientela [26]. Casi al calo la retratará ciento cincuenta años más tarde don Gaspar Melchor de Jovellanos (1744-1810) en la alegre letrilla al abogado «que gritaba mucho»:

> «Ni me fundo en las leyes
> que los sabios de Roma publicaron,
> ni en las que nuestros reyes
> para esplendor de su nación dejaron;
> mas tengo en los pulmones
> todo el vigor que falta a mis razones.» [27]

21. En el mismo volumen de la nota precedente, pág. 328 b.
22. En la *Biblioteca de autores españoles*, XXIII (1946), 301 a.
23. En la *Biblioteca de autores españoles*, XXIII, 340 a.
24. En la *Biblioteca de autores españoles*, XXIII, 341 a.
25. En la *Biblioteca de autores españoles*, XXIII, 394 b.
26. En la *Biblioteca de autores españoles*, XXIII, 393 b.
27. En la *Biblioteca de autores españoles*, LVI (1951), 14 b.

O el diálogo satírico *Abogados* que el salmantino Francisco Sánchez-Barbero (1764-1819) dedicó en 1816 «al laberinto de Creta, a la torre de Babel y a la Casa de la Moneda», en donde el Ingenuo cae rendido de admiraciones delante de la elocuencia forense de Bártulo en los siguientes términos:

> «No te puede seguir Belorofonte,
> si por las nubes volador te encumbras;
> yo no soy Fierabrás ni Faetonte.» [28]

Los libros sesudos del siglo XVII no faltan tampoco en censuras contra el daño motivado por los errados usos de los picapleitos emprendedores. Por ejemplo, el licenciado Pedro Fernández de Navarrete en tiempos de Felipe III en la *Conservación de monarquías*, al tratar en le discurso XL de «la dilación de los pleitos» [29]; o en días de Felipe IV don Diego de Saavedra Fajardo (1584-1648) en la *Idea de un príncipe político cristiano representado en cien empresas*, en la XXI, recomienda sean pocos los abogados en la república bien gobernada, porque, se pregunta, «¿cómo puede estar quieta una república donde muchos para sustentarse levantan pleitos?» [30]. Argumento que ha perdurado en nuestro siglo por boca de Piero Calamandrei en su *Troppi avvocati* [31].

Aunque tal vez como nadie, en lo intenso y en lo extenso, trató los temas de la abogacía Gerónimo Castillo de Bovadilla en la monumental *Política para corregidores y señores de vasallos, en tiempo de paz y guerra*. Abogado era de profesión Castillo de Bovadilla y por ende sus juicios son los más dignos de crédito. Castillo de Bovadilla no plantea ciega prevención contra los desmanes de los artificios forenses, mas sí pide sean frenados los abusos. Sus palabras, prendidas en aquel maravilloso castellano de los días de Felipe II cuyo secreto se ha perdido, dicen lo equilibrado de sus opiniones mejor que ningún comentario. En el libro I, capítulo VI, escribe estas palabras áureas: «Dezia Rodrigo Suárez, famoso y pratico abogado español, que el no determinarse en afirmar conclusión en materias no bien digeridas en derecho, se ocasionaua para él de dos cosas: la vna, por no dar ocasión a q. por su parecer se mueuan pleitos desesperados; y la otra, porque para entender los fundamentos sutiles de las materias delicadas, no se hallen a cada passo juezes Escotos, y que se refrenen las cauilaciones y filaterías de los abogados, pues es joya de su tesoro escusarlas e impedirlas, y poner fin a los pleitos: porq. ay algunos abogados cauilosos, mayormente quando no traen razón, y quieren ofuscar la verdad con argumentos sofísticos, para entricar, y confundir el entendimiento del juez, al qual estando confuso, no sabe determinarse. Otros ay tan sutiles, que la mala causa hacen parecer buena: y assi ha de ser el juez sabio, y estar advertido en la frequencia de los abogados, y de otros retóricos, que muy a menudo tienden lazos para aduzirle a sus propósitos: y pues los abogados por la mayor parte son tan doctos en ciencia, quanto más lo deuen ser los q. han de juzgar y corregir, que son y pueden ser engañados, a cada passo.» [32]

No se trata aquí, en este cuadro que es el más cabal del siglo, de la oportuna burla mordaz que alegra a los auditores en el teatro o que advierte

28. En la *Biblioteca de autores españoles*, LXIII (1952), 618 a.
29. En la *Biblioteca de autores españoles*, XXV (1947), 535 b - 536 b.
30. En la *Biblioteca de autores españoles*, XXV, 59 a.
31. Vertido al castellano por JOAQUÍN XIRAU. Madrid, Victoriano Suárez, 1926.
32. Madrid, Luis Sánchez, 1597, dos tomos. Cita al I, 144 b - 145 a.

avisos para el buen gobierno, allí con risas, aquí con sesudas opiniones. Un abogado conocedor del oficio no los tacha de peligrosos por ignorantes, sino porque saben demasiado y con sus saberes pueden pervertir el juicio de los jueces que no sean claramente doctos. Los decires de Gerónimo Castillo de Bovadilla adelantan en más de un siglo los de Ludovico Antonio Muratori en *De i difetti della giurisprudenza, De los defectos de la jurisprudencia;* para Muratori también los abogados dañinos no son los torpes o vacíos, pero por el contrario los más listos, que son quienes con saber y talentos acarrean las confusiones; no son los nocivos aquéllos «di poca levatura», mas los «abbondanti d'ingegno» [33]; porque son los agudos los que encenagan las aguas de la jurisprudencia, que en sus manos es arsenal de confusiones en donde amigos y enemigos encuentran armas para las batallas del foro, «un magazzino di confusioni, onde possono prender armi amici e nemici per far battaglia fra loro» [34].

La inmensa erudición de Gerónimo Castillo de Bovadilla topa apoyos en evocaciones de referencias numerosísimas. Aquel fondo humanista del que los modernos suelen adolecer brilla en la sarta de anécdotas espigadas en los escritores más variados en el capítulo XIV del libro II de la *Política* [35] con la pretensión llana, no de criticar a los abogados como tales, pero de corregir los posibles defectos de algunos con la correspondiente loa de sus méritos. Tal como Lope de Vega en *La difunta pleiteada* dibujó la sátira caricaturesca de la abogacía de su siglo, Gerónimo Castillo de Bovadilla trazó en la *Política* el más profundo tratado de la abogacía de todos los tiempos.

Porque sobre todo abordó el problema central de los abogados, el de la ética en los asuntos de que se ocupen. Las críticas habían ahondado ese filón, en el temor de los talentos aplicados al cultivo excesivo de las sutilezas en defensas de posibles causas injustas. De una vez para todas con aquel su saber omnicomprensivo y aquella su claridad mental incomparable santo Tomás de Aquino agotó la cuestión en la *Summa theologica,* secunda secundae, cuestión LXXI, sobre todo cuando en el artículo 3 saca a la palestra la discusión de si el abogado peca defendiendo alguna causa injusta, «utrum advovatus peccat si iniustam causam defendat». Era el eje de la crítica de Jaume Falcó en la sátira VI, titulada «De vitiis fori», de sus *Obras poéticas* [36], en postura que ha llegado hasta nuestros días, cuando Angel Ossorio y Gallardo en *El alma de la toga* sustenta ser la rectitud de conciencia más que la lucidez del ingenio el don esencial del abogado [37] o en *La Justicia poder* corrobora que el problema de la abogacía «es simplemente moral» [38]; o en que el gran abogado francés Jacques Isorni en *Les cas de conscience de l'avocat, Los casos de conciencia del abogado,* lo coloca como premisa para toda actividad de los letrados en Derecho [39]; pasando por el clásico *La moral del abogado* del aragonés Mariano Nougués Secall [40]; amén de otra de las intencionadas letrillas de don Gaspar Melchor de Jovellanos, aquella *A un mal abogado* en que versifica:

33. Napoli, nella Stamperia Muziana, 1744, pág. 62.
34. Lodovico Antonio Muratori: *Dei difetti della giurisprudenza,* 64.
35. G. Castillo de Bovadilla: *Política,* II, 457-466.
36. Mantua Carpetanorum, apud Petrum Madrigalem, 1600, folio 63.
37. Segunda edición. Madrid, Pueyo, 1922, pág. 46.
38. Madrid, Pueyo, 1927, pág. 136.
39. Barcelona, Sagitario, 1967, pág. 12.
40. M. Nougués Secall: *La moral del abogado,* 57, 75, 79, 319-323.

«Se quejan mis clientes
de que pierden sus pleitos; pero en vano.
A mí, ¿qué se me da, si siempre gano?» [41]

Para santo Tomás el abogado no puede, bajo pena de caer en pecado, defender causas injustas. Sin que quepa asemejar su conducta con la del médico, quien cura a un delincuente o a un malvado, pues el médico no daña con sus actos a tercero, mientras el abogado sí perjudica a un inocente; con lo cual al defender causas injustas abusa de su arte empleándolo en el mal; «quia abutitur arte ad malum» [42]. El problema moral que surge en el caso de haber comenzado a defender una causa que estimó justa y de cuya injusticia cobró cuentas posteriormente, resuélvese con el abandono de la defensa de ella. Del mismo modo que en la argumentación tampoco podrá acudir a argumentos falsos, pues la falsedad no se justifica nunca, aunque sí podrá valerse de las estratagemas de la guerra justa ocultando lo conveniente en la defensa de los intereses de su cliente; «ad tertium dicendum quod sicut... militi vel duci exercitus licet in bello justo ex insidiis agere ea quae facere debet prudenter occultando, non autem falsitatem fraudulenter faciendo» [43]. Para santo Tomás de Aquino un pleito es una guerra y la moral del abogado consiste en aplicar a las contiendas del foro exactamente los requisitos para la guerra lícita, sea en la justicia de la causa, sea en la utilización de los medios proporcionados para la consecución de la sentencia que es en el polemizar ante los tribunales lo que la victoria en las batallas.

En esta línea se han movido nuestros clásicos. Para no agobiar con desmesurado acopio de citas referiré apenas dos. El canonista salmantino del siglo XV Juan Alfonso de Benavente en la *Repetitio ad advocatis, Lección magistral sobre los abogados*, disertada en 1456, recoge las dos reglas formuladas por santo Tomás, la que toca al fondo de la justicia de la causa defendida y la que modera el uso de los instrumentos polémicos. A lo primero sostuvo que «ad officium advocati principaliter pertinet quod non suspiciat causam iniustam contra conscientiam et quam cito sciuit quod causa iniusta et desperata sit, omnino debet recedere a causa et in ea multum debet patrocinium impartire» [44]. A lo segundo, amonestando a que «item aduocatus recte ut officium suum exequatur cauere debet ne falsam legem alleget pro vera, alias falsi crimen incurreret et generaliter in aduocato requiritur hoc, quod non mentiatur, nec a ueritate recedat, nec cauillose allegat, nec peruerse interpretet ius, nec dilationes non necessarias petat» [45]; casuística que es la ampliación de la segunda regla general establecida por santo Tomás para los modos de proceder; no mentir, no alegar leyes falsas, no interpretar perversamente al Derecho o no alargar innecesariamente los pleitos son los principios de la guerra justa aplicados con minuciosidad a las polémicas en el foro.

Otro ejemplo sería el del inexcusable Gerónimo Castillo de Bovadilla, el máximo tratadista hispano en asuntos de abogacía. En la *Política*, libro III, capítulo XIV, sigue a santo Tomás en teorizar «absténgase mucho el abogado de defender injusticia» bajo pena de pecado grave [46]; al par que

41. En la *Biblioteca de autores españoles*, XLVI, 14.
42. Santo TOMÁS DE AQUINO: *Summa theologica*, secunda secundae, LXXI, 3, ad primum.
43. *Summa theologica*, secunda secundae, LXXI, 3, ad tertium.
44. Reproducido por BERNARDO ALONSO RODRÍGUEZ en las págs. 157-161 del libro *Juan Alfonso de Benavente, canonista salmantino del siglo XV*. Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1964. Cita a la pág. 160.
45. Ibídem.
46. G. CASTILLO DE BOVADILLA: *Política*, II, 458 a.

adoctrina a los corregidores para que los letrados que emplean argumentos falsos o dilatan los pleitos con argucias sean arrojados de los estrados por cuanto «con artificiosas palabras procuran engañar al juez, y pervertirle el entendimiento», de suerte que faltan a sus obligaciones pues más obstaculizan la realización de la justicia que cooperan a la recta sentencia [47].

Ante la apreciación del abogado, en resumen, es de separar al trigo de la cizaña, al abogado travieso de quien cumple rectamente los deberes de oficio. Ni todos son perfectos ni todos deleznables, porque la desigualdad en el obrar es carga de toda condición humana. «La confusión en este punto es notoriamente injusta», escribía en nuestros días Rafael de Pina en *La formación profesional del abogado* [48]. Le es precisa la ciencia; «si un científico puede prescindir de ser abogado, un abogado no puede desdeñar la ciencia», asienta Francisco de A. Condomines Valls en *Abogacía y ciencia jurídica* [49]; mas la ciencia sin la rectitud moral no vale nada, antes es perjudicial porque redundaría en actos de servicio a causas torpes. Es que el saber técnico de los abogados es saber auxiliar del saber técnico de los jueces y el saber técnico de los jueces mira solamente a la búsqueda de la verdad que es la justicia.

Supuesta esta virtud moral insoslayable dentro de los cauces tan magistralmente compendiados por santo Tomás de Aquino, con precisión tamaña que es útil para todos los tiempos y lugares, la tarea del abogado está en presentar los problemas concretos ante los jueces anudando al servicio a su cliente con el hallazgo de la verdad justa. Así su saber técnico sirve al saber técnico de jueces y tribunales. Es lo que en lenguaje llano solemos definir cómo centrar un tema; por lo cual la abogacía vino ligada desde los orígenes de la civilización occidental en Grecia a la tópica jurídica, ya que la tópica jurídica era el modo más asequible para encontrar unas atalayas desde las cuales tratar con método clarificador las cuestiones del Derecho.

47. G. Castillo de Bovadilla: *Política*, II, 460 b.
48. En la *Revista general de legislación y jurisprudencia*, CLVI (1930), 223.
49. En la *Revista jurídica de Cataluña*, LXIX (1952), 209.

2. *La abogacía en Grecia*

El saber técnico del Derecho como saber especializado fue conquista de la civilización mediterránea, en lenta carrera donde el jurista empieza a estar equiparado con la figura del retórico, hasta que al cabo se disocia de ella.

Causa primordial estuvo en la extrema simplicidad de las legislaciones de las ciudades de la Grecia clásica. Solían los preceptos legales estar esculpidos sobre piedras repartidas por la ciudad, bien en los edificios de gobierno, bien en los templos, sea en las plazas, sea en las puertas de las murallas. Algunas de semejantes lápidas jurídicas restan aún en los sitios donde fueran colocadas; desde las leyes de Gortina, en Creta, del siglo VI antes de Jesucristo, donde en las cercanías del Odeón grandes bloques pétreos portan las leyes redactadas en un dialecto emparentado con el dórico, reglamentando los derechos y los deberes de las cuatro clases de habitantes de la ciudad, la libertad de los individuos, los casos penales, la sucesión, las donaciones y otros variados puntos del Derecho; hasta las inscripciones para las caravanas que entraban en la ciudad de Palmira en un nabateo tal cual el que se hablaba bien avanzada ya la era cristiana; siguiendo los precedentes del famoso Código de Hammurabí, esculpido hacia el 1700 antes de Cristo en un bloque de diorita negra y del cual se hace referencia en la glosa 2.ª de la lección 5.ª

La exhibición pública y permanente de las leyes a todos los ciudadanos permitía un conocimiento igual de la legislación por parte de todos ellos, pues de esta guisa recibían educación jurídica desde la infancia, que les capacitaba luego para asumir su propia defensa delante de los tribunales. Pese a lo cual, la natural desigualdad de aptitudes o aficiones trajo consigo la aparición de ciertos especialistas o «logógrafos», ya insinuados por Demóstenes en su arenga combatiendo la ley de los Leptines, al discernir entre el ciudadano común o ἰδιώτης, conocedor de pocas leyes, y el especialista, que las sabía todas [1]. Príncipe de logógrafos fue Isócrates, a quien luego se alude, hijo de un vendedor de flautas que, arruinado por el comercio, dedicóse a componer alegatos jurídicos para que fuesen presentados por los pleiteantes delante de los tribunales e incluso abrió escuela en Atenas para la enseñanza de sus técnicas, cursos en los que llegó a cobrar diez minas.

El apogeo de la retórica en tiempos de la sofística dio ocasión a la aparición de otra técnica formal, enderezada a arrastrar el ánimo de los oyentes llevando hasta a anteponer el valor de las palabras a la realidad de los hechos. No de otra guisa Gorgias de Leontinoi en su *Elogio de Elena* trazó

1. A este respecto, GEORGE M. CALHOUN: *Introduction to Greek Legal science*. Oxford, at the Clarendon press, 1944, pág. 38.

la apología de ella en contra del universal unánime sentimiento de los griegos. El arte de hablar persuadiendo fue la magna conquista de la sofística, aseverando Protágoras que el tema del arte del bien perorar consistía en transformar en fuertes las posturas que de por sí eran débiles, según refiere Aristóteles en la *Retórica* II, 24, 1402 a 23. Porque fueron los magnos sofistas quienes desarrollaron la opinión de la omnipotencia de la palabra, bastando el señorío de ella para vencer en las discusiones más indefendibles.

La ayuda delante de los tribunales, defendiendo al simple ciudadano, fue secuela de la serie numerosa de litigios que brotan en Sicilia, cuando las clases populares ocupan las posiciones de la antigua aristocracia en las revoluciones del 472 en Agrigento y del 466 en Siracusa, con el reparto de las tierras de la antigua aristocracia entre los ciudadanos con las consecuencias sociales casi revolucionarias descritas por Edward A. Freeman en su exhaustiva *The history of Sicily from the earliest times, La historia de Sicilia desde los tiempos primitivos*[2]. Surge entonces la δίκης ἀγών, la lucha por el Derecho, lucha que merced a las concepciones retóricas de la supremacía de la palabra acaba por referirse más a la forma retórica que al sentido estricto del contenido material de la disputa.

Situación que portó dos cambios notables, uno en el cultivo de la retórica misma, otro en el conocimiento técnico del Derecho. Al volverse el rétor en abogado, porque sus condiciones oratorias le capacitaban magníficamente para actuar ante los tribunales, ya que poseían el don de hablar que seduce, la retórica deja a un lado el campo literario, adentrando en los secretos de saber las inclinaciones del auditorio junto con el medio de enderezarlas a los fines que en cada caso se pretenden. Por otra parte, al lado del logógrafo, perito en leyes y consejero jurídico, nace el abogado que sabe presentar luminosa y convincentemente aquellos argumentos delante de los tribunales.

En cada causa han de intervenir cuatro factores: el juez que decide, el cliente que pretende, el logógrafo aportador de argumentos jurídicos y el rétor expositor de aquellos argumentos con la maestría de una oratoria incontrastable.

Los sicilianos Korax y Tisias abren el camino en ambas direcciones, inaugurando el arte de la retórica judicial ante los tribunales de Siracusa. Korax había tenido vara alta con el tirano Hieron, pero supo adaptarse a las nuevas situaciones manteniendo su prestigio ante la democracia nueva merced a su admirable don de la palabra[3]; pues parece patrimonio de todas las democracias que el orador brillante cohoneste con palabras sus mudanzas políticas. Korax fue quien por primera vez teorizó las cinco partes de que habrá de constar cualquier discurso con pretensiones de persuadir: el proemio o exordio, la relación de los hechos, la argumentación jurídica acompañada de la prueba conveniente, el planteamiento del asunto en planos filosóficos generales y la conclusión explanando la pretensión concreta en favor del cliente. Dominando la argucia de tal manera que algunos de sus problemas acaban por dar en modelos de sutilezas, como relata Alfonso Reyes en *La crítica en la edad ateniense*[4]. Tal el conocido con el nombre de El Cocodrilito, donde la situación consiste en que la hija de un adivino cae en

2. Cito por la edición en cuatro tomos impresa en Nueva York, Burt Franklin, a. Cita al II, 327-329.

3. A este respecto, EDWARD A. FREEMAN: *The history of Sicily*, II, 549.

4. México, El Colegio de México, 1941, pág. 56.

poder de unos piratas, quienes se avienen a devolverla a su padre si éste adivina si la devolverán o no. Preguntado el adivino, la contestación es la de que no será devuelta. Con lo cual el problema para los piratas es: si la devuelven, desacreditan al adivino, quien perderá su reputación, pero salvará su hija; si no la devuelven, el adivino habrá acertado y tendrán que devolverla. O aquel otro en donde se enfrentan el maestro Korax con el discípulo Tisias, porque éste se niega a pagarle el precio de las enseñanzas recibidas. Argumentando Tisias: «Si de veras me has enseñado a persuadir, podré persuadirte de que no me cobres, y en tal caso nada te pago; si no logro convencerte, tus enseñanzas han sido inútiles, y entonces no te debo nada.» A lo que replica Korax: «Si no logras convencerme, tendré que ceder a tu demanda; y si no me convences también, porque así has demostrado la utilidad de mis lecciones.»

Retóricos dados al Derecho fueron en Grecia grandes nombres, cuales Andokides, Lisias, Isaios y el mentado Isócrates. Su labor más egregia consistió en la depuración de la terminología, dando en sus esfuerzos por aplicar el Derecho a la práctica merced a nuevos significados de las palabras, significados que se transmiten a las edades posteriores del pensamiento jurídico. Al fin y al cabo ῥήτωρ en griego tanto supone como maestro de oradores.

Andokides, hijo de Leogaras, nacido a mediados del siglo v antes de Cristo, marca el tránsito de los retóricos propiamente dichos, esto es de los retóricos aplicados al cultivo de la abogacía en Atenas. Contemporáneo de Sócrates y como Sócrates acusado, acoge todavía la terminología generalmente acuñada. En él la Diké no pasa de ser justicia aplicable contra los malvados y en todo caso da en valer por el castigo que se les inflija. Pertenece a una concepción que va a ser superada por Lisias, hijo de siracusano emigrado a Atenas, de nombre Céfalo; nacido antes del año 444, discípulo directo de Tisias en Sicilia, muere hacia el año 360 en Atenas donde viviera ejerciendo la profesión de logógrafo, convencido de que la retórica judicial es más resultado de la experiencia que de la ciencia; esto es negándola hasta la condición de técnica razonada, como resalta J. Girard en *La elocuencia ática*[5]. De su facundia dícese compuso hasta cuatrocientos discursos, de los cuales ha llegado hasta nosotros noticia de unos doscientos treinta.

En su libro *Lawyers and litigants in ancient Athen. The genesis of the legal profession, Abogados y litigantes en la antigua Atenas. La génesis de la profesión legal*[6], R. L. Bonner tiénele por abogado, buscando en sus oraciones o alegatos los típicos ejemplos de los ejercicios de un jurista, oscilante entre el logógrago o redactor de los dictámenes y el retórico judicial ante los tribunales. La antigua tradición, por su parte, le describe orador abogado hasta los cincuenta años, logógrafo en los tiempos posteriores de su vida.. Sea de ello lo que quiera, lo que sí parece cierto es que fue dechado de especialistas en la técnica de los casos concretos en sus λόγοι δικανικοί, calificados por Erik Wolf en su *Griechisches Rechtsdenken, El pensamiento jurídico griego*, de modelos de prudencia jurídica popular y de fidelidad a las leyes. de «Muster gesetzestreuer und volkstümlicher Rechtsklugheit»[7]. Habilidad jurídica que es ya típica cautela de letrado, tal vez dimanada de aquella cualidad de gran psicólogo elogiada por Mariano Bassols de Climent en una

5. Madrid, La España moderna, s. a., pág. 16.
6. Chicago, 1926, págs. 200-203.
7. Frankfurt am Main, Vittorio Klostrmann. III, II (1956), 180.

nota introductoria al discurso *En pro del soldado*, Περὶ τοῦ στρατιώτου [8]; motivo por el que sus discursos carecen de un ordenamiento cabal de las ideas jurídicas fundamentales, apoyándose más bien en los dictados de la ética tradicionalmente transmitida por los antiguos, en contraste con los logógrafos ulteriores, más dados a fundamentarse en el descubrimiento de los nuevos aspectos que la vida sin cesar presenta.

Sin embargo, con él nace una terminología nueva, en lo sucesivo aplicada por los logógrafos. Así la palabra «diké», superado el concepto homérico de lo justo y el sentir andokeiano de castigo, va a valer desde él como pena, igual que en Andókides, como justicia humana en el *Contra Andókides, en un proceso de impiedad*, Κατὰ Ἀνδοκίδου: «ἀνδροπίνη δίκη» [9]; pero además como proceso ante los tribunales en *En pro del soldado* [10] y en *Contra Eratóstenes*, Κατὰ Ἐρατοσθένους [11]. Gracias a la amplitud de miras inherente a la condición de filósofo, en el extremo opuesto de su reducción del concepto de la δίκη, τό δίκαιον o lo justo vale por la Diké antigua, incluso fuera de la tabla de las leyes vigentes en la ciudad. De suerte que el adjetivo justo o δίκαιος excede a las decisiones de los jueces, para cobrar el valor de lo que hoy diríamos justicia material o contenido de la justicia; así en el primero de los discursos *Contra Teomnesto*, Κατὰ Θεομνήστου [12], en el primer discurso *Contra Albíciades por deserción de su puesto*, Κατὰ Ἀλκιβίαδου, λιποταξίου [13], o en el *Contra Pancleón, impugnando que fuera de Platea*, Κατὰ Παγκλέωνος, ὅτι οὐκ ἦν Πλαταιεύς [14].

Meteco igual que Lisias era Isaios, nacido antes del 390 y muerto después del 343, hijo de un colono de Calcedonia, quien ya consagra su vida por completo al ejercicio retórico de la abogacía ante los tribunales, fundando escuela de retóricos especializados, en la que ejerció magisterio tenido por inigualable. Con Isaios y sus λόγοι κληρικοί la retórica toma clara orientación procesal, afianzándose el nuevo vocabulario que lanzara Lisias.

Las doce λόγοι κληρικοί son estrechamente procesales, desde el primero, consagrado a la interpretación de la voluntad del testador Cleónimo, el titulado Περὶ τοῦ Κλεωνόμου κλήρου, hasta un décimo Περὶ τοῦ Ἀγνίου κλήρου o *Sobre la herencia de Hagnio*; siendo típico en él el reforzamiento que a su saber jurídico proporciona su técnica retórica, puesto que en ellos apela casi siempre a los principios generales de la filosofía al interpretar las leyes atenienses, usando audacia tal que a las veces llega a suplantar las normas vigentes con los argumentos que la filosofía le proporciona.

Para Isaios ya «diké» es el proceso, o mejor, el conjunto de las actuaciones procesales; de manera que las fórmulas concretas del proceso van siempre ligadas a la Diké. Una δίκη formalizada, pero cuyo contenido de argumentación jurídica permanece aparte, designado en plural τά δίκαια. Desdoblamiento del vocablo en su terminología especializada, donde el término singular refiere la forma y el plural el contenido de lo justo. Al paso que el adjetivo δίκαιος significa la adecuación entre ambos elementos, la relación de la palabra con el argumento, el enlace de las aportaciones del retórico a las opiniones doctrinales del logógrafo.

8. En LISIAS: *Discursos*. Barcelona, Ediciones Alma Mater, dos tomos. Cita al I (1953), 180.
9. LISIAS: *Discursos*, I, 120.
10. LISIAS: *Discursos*, I, 186.
11. LISIAS: *Discursos*, I, 227.
12. LISIAS: *Discursos*, I, 201.
13. LISIAS: *Discursos*, II (1963), 79.
14. LISIAS: *Discursos*, II, 256.

BIBLIOTECA
FCO. ELIAS DE TEJADA Y ERASMO PERCOPO

Isócrates es la cumbre de la intromisión de la retórica en los ámbitos de lo jurídico. Vivió casi un siglo, desde el 436 al 338, alcanzando su existencia longeva la gran época de la historia griega que corre desde los finales de las guerras del Peloponeso hasta la hegemonía y el dominio macedónicos. En el campo del pensamiento político es el primer teórico de lo que hoy diríamos derecho constitucional, ya que entiende a la constitución en sentido estricto, como organización del poder supremo, no en el sentido amplio de la totalidad del sistema jurídico, según puntualiza Hermann Rehm en su *Geschichte der Staatswissenschaft, Historia de la ciencia política* [15]; en lo jurídico su aportación mayor estuvo en esta abogacía, por él estimada asaz inferior a las especulaciones filosóficas, pero que satisfacía lo que Werner Jaeger en la *Paideia* ha calificado de «manía pleiteadora de los atenienses» [16].

Isócrates consuma la reelaboración jurídica emprendida por los logógrafos y que tanto hacía alterar el significado de los términos, al trasladarlos desde la filosofía o la poesía a los más llanos planteamientos judiciales. En sus discursos que hoy llamaríamos forenses, Isócrates toca casi lo totalidad de los temas del Derecho, desde la indemnización por daños a la herencia, desde la devolución de un préstamo a la resolución de un hipoteca. Sin la especialización de Isaios, abre sus saberes a la totalidad de las cuestiones del Derecho.

Ni que decir tiene que en Isócrates la diké queda consagrada como proceso, añadiéndose a cada una de las palabras del vocabulario procesal de manera uniforme y sistemática constante. Lo justo o τό δίκαιον vale en los seis discursos jurídicos que de él se conservan por algo situado más allá de lo legal, como la meta jurídica que ha de lograrse en el proceso, aunque no conste en la norma; algo independiente del νόμος, que es la regla a aplicar; e independiente de la forma procesal que es la δίκη; o sea el contenido de la justicia por encima de lo preceptuado en las leyes vigentes; esto es, un concepto muy próximo a lo que luego fue entendido por derecho natural. En contraste con lo justo, el καιρός o circunstancia es en el párrafo 184 de la Ἀντίδοσις o *Antidosis* aquella realidad encarnada en la doxa, que escapa al planteamiento científico del Derecho como teoría de lo justo.

El plural de δίκη, o sea τά δίκαια, es en Isócrates lo justo en sentido general, que vale para aplicar la equidad como exigencia del τό δίκαιον delante de los tribunales; mientras lo injusto o ἄδικως, emparentado con la ὕβρις según ha puesto de relieve Erik Wolf en *El pensamiento jurídico griego* [17], pasa a ser el enlace de lo normativo con lo justo, pero en sentido negativo, como la ruptura entre la δίκη formal y el contenido de las δίκαια; expresión mayor en la resolución negadora que quepa en el proceso delante de un tribunal o en la sentencia que dice acerca de la cuestión suscitada.

En tales planteamientos aparece evidente la supremacía de la forma sobre el contenido, y aquí es precisamente donde Platón por boca de Sócrates ataca a Lisias en *Fedro*, 258 d, por pretender que con las palabras era lícito alterar lo bueno en malo y lo malo en bueno. El entero esfuerzo platónico consiste en diferenciar de la verdadera filosofía, que penetra las esencias de los seres, a esta retórica, recortada en *El político*, 304 a, por boca del Extranjero, que es un saber que presta a la justicia su fuerza persuasiva, sin

15. Freiburg im Breisgau - Leipzig, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1896, pág. 59.
16. México, Fondo de Cultura Económica, 1945, tres tomos. Cita al III, 89.
17. Erik Wolf: *Griechisches Rechtsdenken*, III, II, 265.

confundirse empero jamás con ella. En sus campañas airadas contra la retórica Platón respeta la retórica judicial útil para la abogacía, pero como lado formal que jamás deberá confundirse con la raíz última de las realidades que ante los tribunales se ventilan. La entera polémica que enfrenta Sócrates a Gorgias en el *Gorgias*, 449 d-452 d, y que se cerraba con la tesis de que no es más que la πειθοῦς δημιουργός, la obrera de la persuasión en 453 a, constituye un descrédito para la retórica entera que en el *Fedro* recibe atenciones suficientes, pero que mantiene la hostilidad tajante de Platón contra la hegemonía de las palabras.

Definición socrática que pasa a la *Retórica* de Aristóteles I, I, 1355 a 3-6, corregida luego en el sentido de que más que arte de convencer, es el análisis de los medios para convencer que puedan ser utilizados en los casos concretos (I, I, 1355 b 10-11). Entre las tres partes de la retórica, a la vera de los discursos deliberativos que han de pronunciarse delante de las asambleas políticas, y de los discursos epidícticos o conmemoratorios de los pro de alguien o de algo, coloca Aristóteles los discursos judiciales, destinados a ser recitados defendiendo pleitos delante de los tribunales. Por donde se ve que para Aristóteles las relaciones entre Derecho y retórica son íntimas, casi complementando la retórica a las exigencias del Derecho.

Lo que sucede es que Aristóteles, a todo lo largo del capítulo X del libro I de la *Retórica*, procura entramar entrañablemente a la forma con el fondo, en una síntesis que es hija legítima de esa descendencia filosófica de Sócrates. Para Aristóteles no se trata ya solamente de ocuparse de la acusación y de la defensa, sino de calar al hondón de los motivos de la acción tenida por culpable e incluso, ensanchando más los horizontes, de aquilatar los motivos de cualquier acción humana. No es preciso decir que la línea del desarrollo del tema en Aristóteles puede conducir a una casuística, pero sí a precisar los rasgos tipificadores de la conducta al relatar los motivos de las pasiones; sirvan de ejemplo los dos capítulos XIII y XIV del libro I, consagrados a cuestiones penales; o el XV, donde se ocupa de la interpretación, en el que abundan contrastes de tan típico sabor retoricista como el presentado en la interpretación de los contratos en I, XV, 1376 a 33-b 31, a tenor de la cual es dable aceptar o rechazar la validez de un contrato con argumentos contrapuestos que traen a la memoria las argucias de Korax o de Tisias. Pues dice Aristóteles que siendo la ley misma un contrato, quien rompe cualquier pacto rompe la fe debida a la ley; contraargumentándose que puesto no prestamos obediencia absoluta a las leyes siendo como son contratos, sería absurdo prestar fe a los contratos que son iguales a las leyes.

Al tener en cuenta las pasiones y los rasgos típicos, Aristóteles abre camino para profundizar en la retórica judicial más allá del mero embeleco de las palabras que convencen. Cuando en la *Retórica* II, I, 1378 a 6, indica que el juicio de los tribunales no proviene solamente de los razonamientos expuestos, sino también de los sentimientos y de las pasiones de aquéllos a quienes va enderezado el discurso, y subraya que tal factor es decisivo en los discursos judiciales, reitera su intento sintetizador, aunando forma de bien decir con realidad psicológica, en otra prueba más de aproximar la palabra al contenido justo del tema debatido. Baste releer el largo y bien compuesto cuadro que de la *Retórica* aristotélica dibujó Alfonso Reyes en *La crítica en la edad ateniense* [18], para convencerse de cómo tuvo siempre presente delante

18. A. REYES: *La crítica en la edad ateniense*, 230.

de los ojos el punto de mira de centrar la cuestión, sin excluir a la retórica por instrumento de la abogacía; pero sin caer en concederla un primado en donde la brillantez de la forma perjudique la verdad que la justicia busca. La forma servirá al fondo, sin pretender cambiar la calidad de lo justo que en el fondo exista: tal es la concepción aristotélica, destinada como siempre a fijar los problemas en eficaz jerarquía de valoraciones. El abogado sirve a la verdad y para servirla mejor echa manos de la retórica; pero el servicio a la verdad requiere no alterar lo justo que está inscrito en la naturaleza misma de las cosas discutidas.

El resultado era concluir en una tópica, estableciendo los lugares comunes en que apoyar las disquisiciones jurídicas. Tópica ya iniciada en el vocabulario inaugurado por Lisias y cuya culminación se nos presentará en los escritos de Cicerón.

3. *La abogacía romana*

También en las conexiones de la retórica con el Derecho repercute la polémica sobre la influencia cardinal o no del pensamiento griego sobre el romano. Fritz Schulz en su *History of Roman Legal science, Historia de la ciencia jurídica romana,* da por sentado que la distinción entre juristas y oradores o abogados débese al hecho de que el ejemplo griego trajo la retórica a los tribunales romanos, que el modelo helénico sirvió de base para distinguir a los juristas de los retóricos en la tramitación de las causas judiciales, al menos desde el siglo II; poniendo por argumento que la tesis de Catón «rem tene, verba sequuntur» era en aquel tiempo ridiculizada por pasada de moda [1]; mientras que Antonio Carcaterra en *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo, mezzi e fini, Las definiciones de los juristas romanos. Método, medios y fines,* sustenta la autonomía del pensamiento jurídico latino, capaz de apelar a la maestría de los filósofos y retóricos de Grecia [2].

La cuestión está planteada por Marco Tulio Cicerón en el *De oratore* I, 36, al relatar la polémica entre el augur Quintus Mutius y los «oratores» L. Crassus y M. Antonius, discutiendo acerca de si el estudio de las leyes ha de formar o no ha de formar parte de la preparación de un abogado. M. Antonius lo niega, aseverando basta con el conocimiento somero de las leyes, lo que remacha el augur Q. Mutius humorísticamente al señalar que nunca encontró entre los objetos que ornan la mansión de un abogado ningún aderezo de materiales atañentes a la ciencia jurídica. La intervención armonizadora de L. Crassus es una excepción, puesto que parece ser el único entre los «oratores» retóricos en pretender que quienes comparezcan delante de los tribunales hayan de poseer, además de los recursos convencedores de la palabra bien dicha, el dominio científico del Derecho. Excepción que le eleva al mayor abogado en sus días entre los «oratores» judiciales en el *Brutus* XXXIX, 145, y le compara nada menos que con Q. Mutius Scaevola en el mismo *Brutus* XLII, 145. A la observación de M. Antonius en el *De oratore* I, 37, de que «semper ius civile contempsit» y ante la burla del augur Q. Mutius contra los retóricos judiciales ignorantes de las leyes vigentes, L. Crassus es la excepción confirmadora de la regla establecida, según la cual, sobre las huellas de lo que en Grecia sucedía, venía distinguiéndose entre juristas y retóricos consagrados a las defensas de las causas judiciales.

Lo que sí sucedió en Roma es que el modelo griego de la separación en las tareas judiciales entre logógrafos y retóricos, debida a la penetración

1. Oxford, at the Clarendon press, 1966.
2. Napoli, Eugenio Jovene, 1966.

de los modelos helénicos en este campo como en general en la totalidad de la cultura latina, cambióse en otro dualismo: el de los juristas y los oradores.

Los juristas eran los sabedores del Derecho en Roma; dirá Cicerón en el *De oratore* I, 45, que su casa era el oráculo de la ciudad entera, «totius oraculum civitatis»; ensanchándose a consejeros de las familias, a arregladores de los problemas domésticos más variados, desde el matrimonio de las hijas hasta el cultivo de los campos: «de filia collocanda, de fondo emendo, de agro colendo, de omni denique aut officio aut negotio» en el *De oratore* III, 33.

Lo que no hacía el jurista era actuar compareciendo en los litigios para mover la decisión del magistrado en favor de su cliente, ni argumentaba ante ningún tribunal, ni intervenía en pruebas, ni razonaba oralmente sus dictámenes; ésas eran las misiones de la «dicendi facultas» del abogado orador, según refiere el propio Cicerón en el *Pro Murena* X, 23.

Respecto a los logógrafos helénicos, la particularidad mayor del jurista romano estuvo en la preferencia otorgada a las fórmulas procesales fijas sobre las incursiones en el terreno de la especulación filosófica en que los griegos fundamentalmente apoyaban sus dictámenes. Como ha apuntado Wilhelm Sigismund Teuffel en su *Geschichte der römischen Literatur, Historia de la literatura romana,* fue la mayor duración de la consideración sagrada de las leyes lo que inclinaba a preferir los textos legales de raíz sagrada a la libertad filosófica de los razonamientos [3].

De manera que los jurisconsultos son los peritos en Derecho, no los que comparecen en los tribunales; su cimiento científico son las leyes sagradas cuyo misterio fue desvelado con la publicación de las *Doce Tablas,* en lugar de las meditaciones filosóficas que incluso en la *Retórica* aristotélica utilizan la filosofía como arsenal donde buscar armas para desmontar las leyes positivas. Por menester del realismo característico del alma de Roma, en vez de ir a buscar apoyo en las áureas disertaciones de los filósofos, los juristas cíñense a las leyes y a los usos del pueblo romano. Dícelo Cicerón en el *De oratore* I, 212, cuando escribe como «iuris consultus vere nominaretur... qui legum et consuetudinis eius, qua private in civitate uterentur, et ad respondendum et ad cavendum peritus esse»; confirmándolo en el *De Officiis* II, 62, en los términos siguientes: «in iure cavere, consilio iuvare atque hoc scientiae genere prodesse quam plurimus vehementer et ad ope augendas pertinet et ad gratiam, itaque... optimo constituti iuris civilis summo semper in honore fuit cognitio atque interpretatio». O sea, conocimiento técnico que aconseja y precave a las partes en las disputas del Derecho.

La consulta de los clientes tórnalos «consultores», hábiles para responder a las demandas con las «responsa», de las que se valdrán luego los «oratores» retóricos en presencia de los jueces. Contraposición claramente dibujada por Séneca en su *Divi Claudi* Ἀποκολοκύντωσις, párrafo 12, al separar entre «causidici» y «iurisconsulti», y que se repite todavía en la segunda mitad del siglo IV por mano de Aelius Lampridius cuando al narrar la *Vida de Alejandro Severo,* capítulo XVI, párrafo 2, relata como el emperador solía pedir consejo a los juristas, mas no a los retóricos; «si de iure aut de negotiis tractabat, solos doctos et disertos adhibebat». Pues, como vere-

3. Aalen, Scientia Verlag, 1966, pág. 97.

mos más adelante, en Roma los juristas labran la ciencia del Derecho, los abogados ocúpanse del arte jurídico.

Preferencia para los jurisperitos que no rompía con los méritos de los retóricos metidos a abogados. Muéstralo M. Fabius Quintilianus en el siglo I, cuando en las *Institutiones oratoriae* relata sus actividades de abogado delante de los tribunales en VII, 2, 24; IX, 2, 73 y VII, 2, 5. Consta expresamente en IV, 1, 19, defendió a la reina Berenice en tiempos de Vespasiano, cuando traído a Roma por Galba fue el primero en abrir en Roma escuela pública de oradores. Actividad por la cual Marco Valerio Marcial apellidóle honra de las togas romanas en los *Epigrammata, De spectaculis* II, 90; y nuestro Elías Alfaro y Navarro en su *Marco Fabio Quintiliano. Memoria bio-bibliográfica* hónrale con parejo elogio [4], al paso que Carlo Giussani en su *Letteratura romana, Literatura romana,* refiere los éxitos que obtuvo en el ejercicio de la abogacía [5].

De los jurisperitos, versión romana de los logógrafos, nació el Derecho en Roma. Sus «responsa» sentaron jurisprudencia. En ellos el saber técnico se remonta a saber científico, a un saber científico del Derecho jamás igualado luego. Trabajos del tipo de los *Libri opinionum* de Ulpiano sirvieron de manual para la gobernación a los cónsules y pretores, cual indica Bernardo Santalucia en *I «Libri opinionum» di Ulpiano, Los «Libros de las opiniones» de Ulpiano* [6]. En el *Digesto* justinianeo trócanse leyes las insignes tesis de los jurisconsultos.

Tan romanos fueron que solamente tuvieron en cuenta al Derecho de Roma y eso a medida que la vida jurídica iba planteando casos necesitados de aplicaciones adecuadas. Es absurdo pretender de ellos ningún concepto general, ninguna definición de la ley natural. «Narrow positivists», estrechamente positivistas en el juicio de Fritz Schulz [7], las teorías filosóficas quedaban lejos de sus alcances. Cuando precisan formular alguna teoría general, conténtase con deducirla de los pensadores griegos. Así la diferencia entre «ius naturae» y «ius civile» repite la separación aristotélica entre νόμοι y θέσει δίκαιον, igual que la distinción entre «ius gentium» y «ius civile» reitera la helénica entre κοίνον δίκαιον e ἴδιον δίκαιον. La oposición entre «leges» y «mores» retóricos tomada de Grecia en la disparidad entre ἤθη y νόμοι. La ἐπιείκεια es otra noción griega que asoma en la etapa imperial como «aequitas» con las correcciones detalladas en la glosa 6.ª de la lección 5.ª, porque en tiempos de la República y aun en la terminología de la cancillería de los emperadores «aequum» vale muchas veces aún por δίκαιον, por lo justo sin más complicaciones ni problemas. Igual que es creación de los «oratores» retóricos la tópica, elaborada por Cicerón con auxilio de las categorías forjadas por los estoicos, razón por la cual la *Tópica* de Cicerón viene siendo incluida en las colecciones de sus escritos filosóficos y no en los trabajos de retórica, cual ha sido puntualizado por Laferrière en *L'influence du stoïcisme sur la doctrine des jurisconsultes romaines, La influencia del estoicismo sobre la doctrina de los jurisconsultos romanos* [8]; por Rudolf Hirzel en las *Untersuchungen zu Ciceros philosophischen Schriften, Investigaciones sobre los escritos filo-*

4. Madrid, Viuda e hijo de Gómez Fuentenebro, 1899, pág. 30.
5. Milano, Francesco Vallardi, s. s., pág. 368.
6. Milano, A. Giuffré, 1971, dos tomos. Cita al I, 21.
7. F. SCHULTZ: *History of Roman Legal science,* 30.
8. En las *Mémoires* de l'Academie des sciences morales. X (1860), 579.

sóficos de Cicerón[9]; y por Emilio Costa en su clásico *Cicerone giureconsulto*[10]. Pues no se olvide que Cicerón fue retórico, «orator» en ejercicio delante de los tribunales, o sea, abogado, que trata de las cuestiones jurídicas tal como las tratarían Lisias o Isócrates: como retor y nada más. Uno de los mayores espejismos a corregir en la historia de la filosofía del Derecho es considerar a Cicerón al par de los juristas; porque Cicerón recita en latín temas jurídicos ni más ni menos que en griego lo habían hecho los retóricos helénicos, henchido cual éstos de altísima filosofía, mientras que los jurisconsultos romanos se atienen a la letra de las leyes de Roma con un espíritu lo más remoto posible de las disquisiciones filosóficas. Marco Tulio Cicerón es ante todo retórico abogado desde su primera oración *Pro Quinctio* en el año 81 antes de Cristo hasta las trece filípicas contra Marco Antonio en los años 44 y 43. Hasta cuando perora como orador político exprésase en alegatos compuestos con idéntica técnica con la que acusaría o defendería ante los tribunales de justicia. Es el abogado brillante hablando latín barroco y único, mas que piensa en griego y obra usando de la abogacía con arreglo a la técnica aprendida de los griegos. Técnica griega que perpetuará cuando trate de la *Retórica* o de la *Tópica*, asuntos desarrollados con fidelidad a modelos helénicos, platónicos, aristotélicos o estoicos.

En la grandiosidad ciceroniana apuntan ya los desequilibrios de las exageraciones a que bajaron abogados de menor talento. Con el tiempo y el uso, las discusiones más triviales revestíanse de ornatos grandiosos, de leyendas de semidioses, de anécdotas de los más afamados personajes; oropel que mal encubría la sencillez de las cuestiones debatidas, pero del cual se enorgullecía el abogado, pagado de tamañas luminosidades oratorias. Nuestro Marco Valerio Marcial retrató con su acerada ironía a estos abogados exuberantes en el epigrama 15 del libro VI de sus *Epigrammata*, cuando recuerda al abogado que de aquello de lo que le concierne hablar es de sus tres cabras, sin navegar en océanos de historias o perderse en el piélago de disquisiciones acerca de todo lo sabible:

«Non de vi, neque caede nec, veneno.
Sed lis est mihi de tribus capellis,
vicini queror, has abesse furtos
hec iudex sibi postulat probari.
Tu Cannas, Mithridaticumque bellum,
et perjuria, Punici furoris,
et Sylas, Mariosque, Mutiosque
magna voce sonas manuque tota.
Iam dic, Posthume, de tribus capellis»[11]

Los jurisconsultos romanos no tienen nada de común con la retórica tribunicia o judicial del abogado Marco Tulio Cicerón, ni, por supuesto, en mucho mayor grado con las hinchazones estilísticas y argumentales del orador del pleito del robo de las tres cabras ridiculizado por Marcial. En la *Historia del pensamiento jurídico romano* Fritz Schulz ha demostrado la inasequibilidad a la especulación filosófica, el amor a la realidad casuísti-

9. Hildesheim, Georg Olms, 1964, tres tomos. Cita al II, 216.
10. Bologna, Nicola Zanichelli, I (1927), 15-41.
11. Cito por la edición impresa por Diego Latorre en 1627, pág. 119. Porque en otras ediciones figura como el epigrama 19 del mismo libro VI.

ca y el realismo legalista de los jurisconsultos de Roma, sea de la época romana o ciceroniana, sea del principado desde Augusto hasta Diocleciano, sea de los tiempos posteriores, cuando ya la profesión de jurisconsulto se inserta en la máquina burocrática del Imperio [12].

La gran tarea de los jurisperitos no consistió en pronunciar discursos legales, sino en llevar a cabo la lenta y espléndida transformación del «ius sacrum», que era el secreto tesoro de los pontífices, en el «ius civile», abierto a los romanos todos. Remítome a la glosa 6.ª de la lección 5.ª. Cual puntualiza L. Mackenzie en *El foro romano* los «causidici» o abogados intervienen en la evolución creadora del Derecho [13]; son los jurisperitos quienes con exclusividad encarnan el genio jurídico característico del pueblo de Roma. Por eso es curioso ver entre ellos aforismos comunes, refranes elaborados secularmente por el pueblo mismo, los que también acogieron los poetas. La técnica de la definición es practicada por los jurisconsultos con independencia de las teorías que los retóricos importaban de Grecia. Comenzó por ser en Pomponio el hecho de trazar con un arado los límites de la ciudad: «urbare est aratrum definire», recógese en el *Digesto* L, 16, 239, siendo hasta posible decir que «urbs» provenga del surco del arado o «urvus»; de donde el concepto desmaterializado de la «de-finitio» de los tiempos y de los juristas ulteriores, cuando ya definir sea fijar límites, delimitar contornos y confines. Antes de que Cicerón en su *Rhetorica ad Herminium* IV, 25, 35, fijase el concepto de la definición diciendo que «definitio est, quae rei alicuius proprias amplectitur potestates breviter et absolute», este concepto estaba ya fijado por los jurisconsultos romanos siguiendo una labor de aquilatamiento jurídico de los vocablos paralela, pero nunca derivada, de la que en Grecia llevaron a cabo los retóricos como Lisias, Isaios, Isócrates o Aristóteles.

Lo que acaeció fue el acompasado caminar paralelo de retóricos causídicos y de jurisconsultos atenidos a las leyes de Roma, caminar paralelo que no pudo por menos de dar de sí el intercambio de ideas y de conceptos. La *Tópica* de Cicerón fue, en efecto, redactada para que sirviera de instrumento de trabajo a un jurista, a C. Trebatio Testa. Por ello la influencia de los retóricos «oratores» llega hasta los jurisconsultos no a través de los sistemas filosóficos, pero por la aportación de esta Tópica que ayuda, más que a pensar aladas construcciones, siempre divagatorias para los jurisconsultos, a fijar los puntos básicos del razonamiento.

Al paso que la retórica es en Aristóteles el arte de razonar partiendo desde opiniones generalmente admitidas, mientras la dialéctica es el arte de convencer al auditorio, la tópica es el arte de los medios o lugares (de ahí su nombre, sacado de los τόποι), que sirve de arranque y de ayuda para las otras dos, lo mismo para el arte de discutir que para el arte de convencer. Por ello Cicerón la define como el método de encontrar los «loci» o τόποι «in quibus argumenta inclusa sunt», en la *Tópica* I, 8, que por ventura casi repite a la letra lo explanado por Aristóteles en su Τοπικά I, 1, 100 a 1 [14]. Esto es, el punto de partida desde donde entenderse sobre el

12. F. SCHULTZ: *History*, 99, 119, 259.

13. En los *Estudios de derecho romano, comparado en algunos puntos con el francés, el inglés y el escocés*. Versión castellana. Madrid, Góngora, 1876, pág. 430.

14. Sobre el sentido de la *Tópica* aristotélica son aún asaz válidas las consideraciones de C. PRANDTL, en su *Geschichte der Logik im Abendlande*, Graz, Akademische Druck-und Verlagsanstalt. I (1955), 341-346.

objeto, bien sea disputado en la dialéctica, bien sea tema de argumentación en la retórica.

Para ello habría de partirse de conclusiones que la opinión más general aceptara por verdaderas, esto es, de premisas convenientes y admisibles, por Aristóteles desarrolladas en torno a las cuestiones del género, de accidente, del «proprium» o de la definición; que luego concluye en la fijación de ciertos τόποι concretos, aptos para servir a manera de mojones para la discusión dialéctica o para el argüir retórico, necesarios porque sin ellos los que razonan perderíanse en el infinito de las problemáticas, saliéndose del terreno que es el objeto concreto sobre el cual se razona o se argumenta.

Cosa que sabían por su parte, asimismo, los jurisconsultos de Roma, cuando por boca de Prisco Javoleno en la undécima de sus *Epistolae,* recogida en el *Digesto* L, 17, 202, explica como «omnis definitio in iure periculosa est», ya que «parum est enim, ut non subverti potest». El genio práctico y concretizador de los jurisconsultos no podía por menos de percibir la necesidad de un planteamiento definido por los puntos de partida con los que razonar o argüir en el Derecho.

De donde la importancia de la *Tópica* ciceroniana, único extremo en el cual los retóricos abogados podían prestar servicios a los juristas atenidos a las leyes de la Roma suya. No era traducir a la *Tópica* de Aristóteles, por más que Cicerón la citara expresamente, pues en ella aparecen ingredientes estoicos, amén de daría distinto planteamiento, debido al pragmatismo del romano que Cicerón era; lo que hará Cicerón en esta obra de vejez, del año 44 antes de Cristo, con la madurez armonizadora y serena de los años senectos, es elaborar manojo de tópicos aptos, sobre todo para los jurisconsultos. Lo ha entrevisto Theodor Viehweg en su *Tópica y jurisprudencia,* al señalar que mientras la *Tópica* aristotélica constituye un catálogo de tópicos para el razonamiento, la *Tópica* ciceroniana es un catálogo de tópicos para la práctica de la argumentación [15]. O sea, que en Aristóteles la tópica está al servicio de la dialéctica, cuando, por el contrario, en Cicerón la tópica sirve más a la retórica.

Fue el espléndido regalo de los «oratores» retóricos a los jurisconsultos atados a las leyes de Roma, regalo ofrecido por un romano que pertenecía a los primeros sin perder el carácter realista de los últimos. Por eso en Cicerón coinciden ambos oficios, el de los juristas y el de los «oratores», porque puso el saber de éstos al servicio de aquéllos gracias a su pétrea condición de romano a machamartillo. Pues casi se autoretrata en aquel paso del *De oratore* I, 60, 256, en que señala que el estudio del Derecho reclama, al lado del conocimiento de las leyes, conocer la historia y los modos de los antiguos. Dos de las tres condiciones de los hombres grandes señalados por Tito Livio en *Ab Urbe condita* XXXIX, 40, las tuvo Cicerón; si le faltó la «gloria militaris», poseyó la «scientia iuris» y la «eloquentia», porque fue al par jurista por romano y elocuente por retórico.

Hacia finales del siglo III el oficio de los juristas vino a burocratizarse dada la nueva orientación impuesta por Diocleciano. Lo administrativo pasa a primer plano y los jurisconsultos se transforman en funcionarios públicos. Con lo que las perspectivas de la abogacía cambian, porque el ejercicio de la retórica es ya por sí solo insuficiente. Cuando Lucio Apuleyo en su *Florida* IV, 20, refiere la existencia en Cartago de una «schola togatorum»

15. Traducción castellana. Madrid, Taurus, 1964, pág. 43.

alude todavía a una escuela de retóricos judiciales mejor que a una escuela de jurisconsultos. Situación de separación entre jurisconsultos y retóricos dados al Derecho que perdura a lo largo de todo el Imperio romano de Occidente. A lo más a que se llegó en tierras occidentales fue a coleccionar disposiciones dictadas por los emperadores, de las cuales la primera colección fue la reunida a finales del siglo II por Papirius Justus y cuya suprema expresión fue el *Código* de Gregoriano, cabalmente reinante Diocleciano. Bien es verdad que en los *Constitutionum libri XX* de Papirius Justus tratábase de una reunión de las minutas de la cancillería imperial, sin que sean citados ni una sola vez por ningún jurisconsulto de Roma. Todavía Libanio, que vivió entre 314 y 393, sueña en la Epístola 1.170 con aquellos buenos tiempos pasados en los que en cada caso litigioso distinguíanse las tareas, aunque conjuntas, del orador retórico y del perito en leyes, lamentando la situación de los jóvenes forzados a acudir a las escuelas de Berytus, la actual Beirut, para aprender las leyes, porque ya la preparación retórica no bastaba por sí sola. Y es que quien forjan las leyes en su lado científico, los científicos del Derecho, son los juristas, no los magistrados ni los abogados.

Mas si en Occidente el abogado siguió siendo un retórico que recibía del jurisperito instrucciones en asuntos del Derecho, en Oriente el edicto dictado en 452 por Valentiniano terminó con el oficio del «retor causidicus». Ocho años después, en 460, el emperador León establece la necesidad de sufrir examen previo acerca de sus conocimientos jurídicos a quienquiere pretenda ejercer la abogacía. Aún aparece el lenguaje retórico en los escritos salidos de la cancillería de Constantino, mas en Justiniano, que cierra el ciclo del proceso jurídico clásico, asoma la tendencia simplificadora del lenguaje, pareja a la que supuso la simplificación doctrinal que entraña la magna antología que es el *Digesto*.

La educación jurídica va lentamente eliminando a los retóricos, creando abogados que sean conocedores de las leyes. Entre las treinta y una cátedras creadas por Teodosio II al reformar la Universidad de Constantinopla en 26 de febrero de 425, dos son de Derecho y explicadas en latín. Por la constitución *Omnem* del 16 de diciembre del 533 Justiniano estableció las universidades donde estudiar Derecho en Constantinopla, Berytus y Roma; pero la última, en poder de los ostrogodos, fue arruinada por Totila hacia el 550; la de Berytus quedó destrozada por el terremoto del 16 de julio del 551; la de Constantinopla fue la única en funcionar durante los siglos subsiguientes, por lo menos hasta que fuera quemada por León el Isáurico, según vieja aunque discutida tradición. Restaurada por Bordas en el 863, en la reforma de León VI estaban previstos los profesores de Derecho o παιδοδιδασκάλοι νομικοί; pero lo que ya comentan es el *Prochiros Nomos* de Basilio y los sesenta libros de las *Basílicas*, muy lejos de la tradición jurídica de Roma. La retórica ha roto todo contacto con el Derecho y el rétor ha dejado paso al simple jurisconsulto.

La retórica sigue ya su curso aparte, desligada del Derecho. Justiniano exigirá a los peritos en leyes no el conocimiento de la retórica, sino cinco años de estudios jurídicos, agrupándolos en corporaciones especializadas, de las que lógicamente quedaban excluidos los meros retóricos, ignaros de la legislación. La retórica estaba de moda en Bizancio, mas sin implicaciones con la retórica jurídica, porque los cinco géneros literarios que se la atribuían eran los panegíricos, las oraciones fúnebres, los tratados parenéticos dibujando al gobernante perfecto, las descripciones y la epistolografía, se-

gún resulta de la catalogación de Louis Bréhier en *La civilization bizantine, La civilización bizantina* [16]. Ya ni tienen lugar las nostalgias del amigo del emperador Juliano, del antioqueño Libanio (314-391), pues se ha perdido la posibilidad de que la retórica sirva para la formación de los abogados, ahora identificada con la de los jurisperitos. Lo que prevalece es la retórica de Hermógenes de Tarso y si es recordada la retórica aristotélica es por prurito de erudición carente de efectividad alguna. En la reforma de los estudios de la Universidad de Constantinopla en 1045 Derecho y retórica son dos cátedras aparte, sin conexión entre ellas y eso que la reforma había sido inspirada por Miguel Psellos, el máximo apasionado de la antigüedad clásica del milenio entero de la historia bizantina, quien además sentía por la retórica verdadera fascinación, por decirlo con palabras de Basile Tatakis en *La philosophie bizantine, La filosofía bizantina* [17]. Miguel Psellos fue el único en conceder valor a la retórica en las pruebas procesales en el *Encomio del metropolitano Juan* [18], si olvidamos la *Oración para Alexis Commeno* de su discípulo el arzobispo búlgaro Teofilacto, tutor del príncipe Constantino, hijo de Miguel VII, sin duda además movido por influencias de su maestro [19].

Porque no refleja a la realidad vivida, epígono de la conexión entre retórica y Derecho fue en Occidente san Isidoro de Sevilla en el libro II de las *Etimologías*. Todavía en el siglo VII este testamentario fidelísimo de la sabiduría clásica por ende repite en el capítulo IV los tres géneros de maneras retóricas según sus causas: el deliberativo, el demostrativo y el judicial; caracterizando al último en los siguientes términos, en el párrafo 2: «Iudiciale, in quo de ipsius personae facto aut poenae aut praemii sententia datur. Dictum autem iudiciale eo, quod iudicet hominem, et sententia sua ostendat utrum laudabilis praemio dignus sit, aut certe reus condemnari liberarique supplicio». Motivo por el cual, no obstante consagrar al Derecho el libro V, inserta en el capítulo X del libro II, esto es en la parte donde se ocupa de la retórica, las definiciones de la ley, de la costumbre, las clases de ellas y la descripción de los requisitos propios de la ley. En la mentalidad retrasada de San Isidoro de Sevilla, la abogacía judicial seguía perteneciendo al ámbito de la retórica, cuando en el resto del mundo antiguo tal situación había desaparecido hacía muchos años.

16. Paris, Albin Michel, 1950, págs. 339-342.
17. Paris, Presses universitaires de France, 1949, pág. 163.
18. Recogido en la selección de textos sobre *Social and political thought in Byzantium*, preparados por Ernest Barker. Oxford, at the Clarendon press, 1961, pág. 133.
19. En la selección citada en la nota anterior, pág. 149.

4. *Nociones sobre la abogacía en las Españas*

La abogacía aparece en España del brazo del Derecho romano renacido. Verdad es que con anterioridad a la recepción justinianea háblase de abogados, mas no en la acepción que ahora solemos dar a la palabra. En el *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de los Reynos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de don Alonso el Sabio, conocido con el nombre de las Siete Partidas*, Francisco Martínez Marina trae a colación una escritura de 1186, que contiene la sentencia dictada por el rey leonés Fernando II resolviendo cierto pleito en torno a determinadas propiedades disputadas entre el monasterio de Sahagún y el municipio de Mayorga, en la cual háblase de la actuación abogacil en los siguientes términos: «Statuit siquidem, sicut regiae convenit censurae ut constitutis utriusque partis advocatis, juditium curiae meae subirent»[1]. La ley 9, capítulo 26, del *Fuero de Cuenca* refiérese asimismo a los abogados: «Disceptantes, et omnes advocati erecti, stantes allegent; et completis allegationibus recedant a curia». Pero no se trataba de abogados letrados, sino de hombres buenos portadores de las voces de las partes. La ley 8, capítulo 26, del *Fuero de Cuenca* los compara, sin embargo, con los «causidici» clásicos romanos: «qualiter causidici habeant allegare». Son quienes llevaban la voz, simplemente los «voceros» de que habla el *Fuero Viejo de Castilla*, libro III, título I, ley 2.ª, para los casos en que las partes, demandante o demandada, se viera impedida de asistir al juicio: «Si home doliente habier demanda contra algunos o algunos contra él, el alcalde debe ir a casa del enfermo, e debe mandar a su contenedor que sea hi delante, e si el alcalde non podier allá ir, el enfermo debe fazer suo vocero... e debe decir, yo fago mio vocero a tal home, sobre tal demanda que fulan movia contra mí». Pasando al término al título IX del libro I del *Fuero real*.

Es en el siglo XIII cuando la entrada del romanismo en Castilla provoca la aparición del abogado en calidad de letrado interviniente en los pleitos. Las *Siete Partidas* reflejan la nueva situación. Es en las *Partidas* de Alfonso X donde gozan de las mayores consideraciones, sin duda a causa del resol de romanismos entusiásticamente redescubiertos que en las *Partidas* hay. La ley 8 del título XXXI de la partida II elenca «que honras señaladas deuen auer los maestros de las leyes»; son tal vez el más granado compendio de estima de la entera literatura nuestra. Para el Rey Sabio es la ciencia de las leyes el saber que más aprovecha a la comunidad, lo que justifica que «los emperadores que fizieron las leyes, otorgaron privillejo» excepcional a los letrados en cuatro maneras. El primero, en considerarles

1. Madrid, Imprenta de la Hija de D. Joaquín Ibarra, 1808, pág. 327.

como a los caballeros, a fuer de «señores de las leyes». El segundo en obligar a los jueces a recibirlos de pie y a saludarles gentilmente, bajo pena de tres libras de oro de multa. El tercero, abrirle las puertas de palacio para fácil acceso al rey, salvo casos excepcionales, en las «sazones que estuviessen en grandes poridades». El cuarto, en elevarlos a la nobleza de condes si hubieran enseñado en las escuelas o universidades leyes por espacio de veinte años [2]. En el esquema de la sociedad medieval retratado en las *Partidas* el estamento de los letrados anda equiparado al de los caballeros; son nobles por razón de estudio, igual que los otros lo eran por mor del uso de las armas. Es una caballería de la justicia ni más ni menos que la caballería en que lanza al brazo sírvese a la justicia con la fuerza armada. En la partida II, título X, ley 3 está escrito que «la sabiduría de los derechos es otra manera de cauallería con que se quebrantan los atreuimientos, e se endereçan los entuertos».

Alta consideración que provoca en la práctica de los tribunales abusos por la numerosa turbamulta de abogados dispuestos a turbar el sosiego de los jueces con las artimañas marrulleras de sus intervenciones. Han de ponerse cortapisas. La ley 36 del Ordenamiento de Valladolid de 1258 prohíbe haya más de un abogado por cada parte. En 1268, respondiendo a una petición del concejo de Burgos, Alfonso X mismo dispone desde Jerez de la Frontera intervengan únicamente cuando fuesen necesarios en las causas. La ley 6.ª de las aprobadas en las Cortes zamoranas de 1274 mándanles dirigirse respetuosamente de pie a los jueces y amonéstales para que «non razonen los pleytos bravamente contra los alcaldes, nin contra la parte».

En la partida III Alfonso X puso orden en la materia, separando al menester de los personeros, de quienes se ocupa en el título V, de la función de los abogados, a quienes consagra el título VI. Personero es el representante que por mandato o encargo de alguien recauda o lleva pleitos, llamándose así, según la ley 1.ª del título V, «porque parece, o está en juyzio, o fuera del, en lugar de la persona de otro»; razona los pleitos en nombre de sus representados a tenor de la ley 11, salvo los casos señalados en la ley 12: aquéllos en los que pueda caer por pena muerte, mutilación o destierro; estándole asimismo prohibido cerrar avenencia sobre las materias de la causa, a tenor de la ley 19. El abogado, por el contrario, es sabedor de leyes e interviene en los juicios aportando los conocimientos jurídicos que posee; es el «vocero» antiguo fundido con el letrado, letrado por entender en materias de Derecho y vocero porque habla de viva voz. La ley 1.ª del título VI lo retrata, por tanto, así: «Bozero es ome que razona pleyto de otro en juyzio, o el suyo mismo, en demandado, o en respondiendo. E ha assi nome, porque con bozes e con palabras usa de su oficio». Mientras el personero es simple representante sin intervenir con facultades para promover en la causa, el abogado sí está capacitado para hacerlo; es el «señor del pleyto» en la viva expresividad de la ley 8.ª.

En el siglo XIV la abogacía pierde en la lengua doctrinal docta sus dimensiones jurídicas. Las alusiones son confusas. De un lado sigue la censura limitando los excesos y Pedro I los expulsó de Sevilla en 1360 [3]. De otro lado al hablar de hombres sabedores de leyes alúdese por lo general a los clérigos más que a los abogados propiamente dichos. Así el rey San-

2. Cito por la edición estampada en Salamanca, Domingo de Portonarijs Ursino, 1576.
3. FRANCISCO MARTÍNEZ MARINA: *Ensayo*, 333.

cho IV en el capítulo XVI de sus *Castigos e documentos* [4], así el infante don Juan Manuel en el *Libro del caballero et del escudero*, capítulo XVII; ignorando el papel de los abogados en las descripciones de la administración de la justicia, cual el propio infante don Juan Manuel en el capítulo 42 del *Libro de los Estados* [6]. Si acaso lo que asoman son críticas a los abogados engañadores de sus clientes, tortuosos en los pleitos y hábiles en sacaliñas; como, por ejemplo, los que versifica don Pedro López de Ayala en las estrofas 314 a 336 del *Rimado de palacio*, con gracejo digno de memoria [7].

En el orbe catalán es Ramón Llull quien más alteza pone en la consideración de los abogados, recalcando su necesidad para bien de la comunidad y para el mejor servicio del rey; tanto que postula les sea concedida la calificación de públicos servidores de la justicia que es la obligación suprema del monarca. En el *Arbre de sciencia*, en la parte VII enderezada al «Arbre imperial», al enumerar las ramas que le componen alrededor del tronco que el príncipe es, trae por la séptima de ellas los «advocati», argumentando la necesidad de sus servicios y la conveniencia de que el príncipe les proteja en los términos siguientes: «Advocats se convenen a princep que sien bons e leials e saavis, e que en cada ciutat sien certs avocats e logats per lo princep e vedats a ells que no prenguen null servii de les gents; e aitals avocats són a princep molt necessaris; e per aço fan mal los princeps qui no han aitals advocats» [8]. Apreciación de elogio que en el *Libre de contemplació*, capítulo CXIV, se acerca más a la opinión vulgar de crítica, aunque matizada doctrinalmente; pues el oficio del abogado es el de que «raonen veritats» [9], siendo así que «tot die veem, Sènyer, que los jutges e.ls advocats enemics de veritat, de ço qui és fals volen fer ver, e de ço qui és ver volen fer fals» [10]. No de otra suerte tampoco en el *Regiment de la cosa pública*, capítulo XXI, Francesc Eiximenis hace referencia a los juristas por uno entre los tres estamentos precisos a la república, a la vera de gobernantes o regidores y de menestrales o «artificials» [11]; siendo de incluir en este grupo a los abogados.

En Portugal es el rey don Duarte quien transcribe en *O leal conselheiro*, *El fiel consejero*, la clasificación luliana de los grupos sociales, en la tónica de recepción del lulismo característico de aquel libro amasijo de noticias sacadas de otros muchos; pero reduciéndolos a la mitad de los que integraban el ramaje del árbol imperial o político descrito por Raimundo Lulio. En el capítulo IV relata los cinco «estados» sociales de oradores o gentes de Iglesia, defensores o mílites, labradores y pescadores, oficiales y artesanos. Los abogados entran junto con los jueces y escribanos en el cuarto estamento de los «oficiaaes» [12], sin constituir aquel sector aparte que formaban en la catalogación sociológica de Ramón Llull. Es la tónica de cuanto daba de sí la edad media en los pueblos españoles.

En los días del Renacimiento los saberes jurídicos propenden a recubrirse de vestiduras retóricas y es la lógica una de las maneras de expresar la

4. En la *Biblioteca de autores españoles*, LI (1952), 122 b - 127 a.
5. En la *Biblioteca de autores españoles*, LI, 236 a.
6. En la *Biblioteca de autores españoles*, LI, 337 b - 339 a.
7. En la *Biblioteca de autores españoles*, LVII (1952), 435 a-b.
8. En *Obres essencials*. Barcelona, Selecta, dos tomos. Cita al I (1957), 666 b.
9. En *Obres essencials*, II (1960), 345 b. Al párrafo 14.
10. Ibídem.
11. Barcelona, Barcino, 1927, pág. 124.
12. Lisboa, Livraria Bertrand, 1942, pág. 20.

ciencia del Derecho. Pero la oratoria forense, por contraste, no brilló con pareja altura en aquel tiempo en que las Españas, en el cénit de su grandeza, engendraron los mayores juristas que jamás hayamos tenido. Antonio Martí en *La preceptiva retórica española del siglo de oro* ha señalado como los abogados de la época no lograron producir piezas de inspiración oratoria, ciñéndose a la manera más pedestre de las defensas, heredando del foro romano apenas si el enteco aspecto legalista [13]; y Juan Gómez Jiménez de Cisneros en *Los hombres frente al derecho* (*Jurisvivencias*) ha puesto de relieve que el foro de aquella edad áurea estuvo por completo alejado del movimiento renacentista y de los brillos de la grandiosa literatura contemporánea entre nosotros; el estilo confuso, la falta de claridades y propiedades en las frases, el exceso de indigesta erudición y el abuso de las citas, borran a los abogados barrocos del más mínimo aprecio que no sea la estricta valía de sus alegaciones en el plano meramente jurídico [14]. Cuando don Francisco de Quevedo en la introducción al lector de *El mundo por dentro* coloca a los juristas entre aquéllos que al par de los teólogos y de los filósofos «atienden a la verdad y al verdadero estudio» [15], más que a los abogados ramplones y leguleyos, debió aludir a los magnos tratadistas de la cantera de Juan Gutiérrez o de Alonso de Azevedo.

Entre todos los pueblos hispánicos dióse una excepción, la excepción confirmadora de la regla, y fue en el Reino de Nápoles, en el cual la ciencia jurídica alióse a la oratoria forense en el feliz maridaje que resulta de la agudeza intelectual y de la natural facundia de los hijos de aquel Reino. El Humanismo sí penetró en los estrados napolitanos, desde tiempos de Carlos V bajo la mano de varones tan insignes como Scipione Capece († 1551), Bartolomeo Camerario (1497-1564) o Marino Freccia (1503-1560); prolongándose bajo Felipe II en la larguísima lista por mí recogida en mi *Nápoles hispánico* [16]. Bajo Felipe III igual sucede, aunque la leyenda antiespañola haya procurado borrar sus nombres excelsos del recuerdo de los vivos por obra de Giovanni Manna en *Della giurisprudenza e del foro napoletano dalla sua origine fino alla publicazione delle nuove leggi*, *De la jurisprudencia y del foro napolitano desde su origen hasta la publicación de las nuevas leyes* [17], o del piamontés Federico Sclopis en la *Storia della legislazione italiana*, *Historia de la legislación italiana* [18]; con tamaña injusticia que Luigi Landolfi en su discurso *Dell'utilità di scrivere biografie degli antichi giureconsulte napoletane*, *Del provecho de escribir las biografías de los antiguos jurisconsultos napolitanos*, tacha esta actitud de calumnia [19]; calumnia evidente para quien considere el centenar de figuras relevantes que recojo en mi *Nápoles hispánico* [20]. Bajo Felipe IV brillan los Lelio Caputo, los Eliseo Danza, los Carlo Rota, los Orazio Montano y tantos más [21]; y se prolonga en días de Carlos II con el magno Francesco de Andrea. Que el Reino

13. Madrid, Gredos, 1972, pág. 109.
14. Madrid, Aguilar, 1959, págs. 473-474.
15. En la *Biblioteca de autores españoles*, XXIII (1946), 325.
16. Sevilla, Montejurra. III (1959), 265-311.
17. Napoli, dalla officina tipografica sita Carrozzieri a Monteoliveto, 1839, pág. 125.
18. II (Torino, G. Pomba e Comp., 1844) 23-232. III (Torino, Unione Tipografica editrice torinese, 1857), 92-93.
19. S. l. ni a. Pero pronunciada el 27 de julio de 1867 en Nápoles. Cita a la pág. 10.
20. Sevilla, Montejurra. IV (1961), 483-565.
21. Véase mi *Nápoles hispánico*, V (1964), 393-478. En prensa este libro, llégame el espléndido estudio de SILVIO VITALE: *Napoli e i suoi avvocati*, Napoli, Società Editrice Napoletana, 1975, donde se reafirman los conceptos aquí sostenidos.

hispánico de Nápoles fue el paraíso de la mayor abogacía de altos vuelos, en aquel tiempo en que en los demás pueblos hispánicos adolecía de ramplonería pedestre.

La animadversión contra los excesos pleitistas era lugar común en aquellos siglos. De donde el afán por regular sus actuaciones. En las cortes de Madrid de 1367 el rey aprueba la petición 3 por la que se les veda alegar maliciosamente en los pleitos. Juan II dispone en las de Guadalajara de 1435 hayan de jurar sus obligaciones antes de actuar delante de los tribunales. Disposiciones todas con otras del mismo cariz integradas en el título XVI del libro II de la *Nueva Recopilación* y reiteradas con posterioridad a 1567. En 5 de febrero de 1594 Felipe II mándanles hagan sus informaciones «breves, i compendiosas en latín, sin romance alguno». Felipe III en 12 de octubre de 1611 remacha provéase un solo abogado por cada pleito, en 16 de noviembre de 1617 insiste en la necesidad del previo examen. Felipe IV en 19 de enero de 1624 reduce la dimensión máxima de los informes al contenido que cabe en veinte folios. Carlos II en 4 de octubre de 1692 regula las ceremonias en estrados.

En Indias la hostilidad de las armas a las togas encendió los ánimos de los conquistadores en la ola de la opinión generalizada contra los dados a la abogacía. A petición de Vasco Núñez de Balboa Carlos V otorga en 28 de julio de 1513 a los colonos del Darién no puedan actuar como abogados a lo menos durante cuatro años; en las capitulaciones asentadas con Francisco Pizarro en Toledo el 26 de julio de 1529 para la empresa de la conquista del Perú prohíbese la asistencia de abogados en la nueva colonia por considerarse su presencia dañina para el sosiego público [22]. Lo que explica sobriamente que en las veintiocho leyes del título XXIV del libro II de la *Recopilación de las leyes de los Reinos de las Indias*, de 1680, vengan recogidas las mismas normas que se habían cosechado en la *Nueva recopilación*: la obligatoriedad del examen previo en las leyes 1 y 2; el juramento de no defender causas injustas en la ley 3; la lealtad al cliente en las leyes 7 y 8; la obligación de guardar secreto en la ley 11; la evitación de preguntas impertinentes en la ley 18; la prohibición de dilatar los pleitos en la ley 25.

En opuesta acera a la de las reservas populares, movedoras de regulaciones legales, dióse otra línea exaltadora de la abogacía, cuyos máximos representantes fueron Melchor Cabrera Núñez de Guzmán y Joseph de Berní y Catalá. Melchor Cabrera coleccionó en su *Idea de un abogado perfecto, reducido a práctica* [23] proposiciones de no menos de setecientos diez y siete autores en lo de la abogacía. para concluir son verdaderos «religiosos», mílites y personas de clara dignidad, con facultad hasta para usar coche propio en señal de nobleza, de portar toda suerte de armas, y otros privilegios semejantes, muy apetecibles y valiosos en las coyunturas de la época. Joseph de Berní y Catalá (1712-1787), amén de teorizar sobre los deberes de los abogados en varios escritos como la *Disertación sobre la llave de la jurisprudencia española, que escribe a sus pasantes* [24], compiló pisando las trazas de Melchor Cabrera su *Resumen de los privilegios, gra-*

22. Más datos curiosos en JUAN GÓMEZ GIMÉNEZ DE CISNEROS: *Los hombres frente al derecho*, 492.

23. Madrid, Eugenio Rodríguez, 1683.

24. Valencia, José Estevan y Cervera, 1774.

cias y prerrogativas de los abogados españoles [25], escrito que su biógrafo Vicente Castañeda rebaja a de poca utilidad [26], da en la síntesis de la mentalidad de la abogacía dieciochesca en su condición de estamento privilegiado, celoso de sus privilegios y ganoso de enumerarlos para edificación de lo que a los estamentos caracteriza: del honor profesional. Los cincuenta y dos privilegios enumerados por José Berni y Catalá son tan donosos como importantes en la época. A los traídos por Melchor Cabrera añade mucho más, extendiéndolos a las viudas y familias de los abogados. Baste recordar que por motivos de prestigio entre los abogados incluye a más de medio centenar de santos y a la cabeza de todos nada menos que a la mismísima Virgen María [27], acompañada de Moisés, Aarón, el santo Job, Daniel y hasta el patriarca Abraham, los cuales todos, junto con veintidós papas y cincuenta y dos santos, «exercitaron el arte de abogar, todos lo saben» [28]. Donoso libro típico de su época y de la mentalidad de los abogados de la España dieciochesca, orgullosos de su profesión y parapetados en las barreras de una condición social presentada en las cimas de la monarquía. Aunque quizás no se correspondiera con la formación intelectual recibida, tal como la detalla Mariano Peset Roig en *La formación de los juristas y su acceso al foro en el tránsito de los siglos XVIII al XIX* [29].

A comienzos del siglo XIX la *Novísima recopilación* sigue el tenor de la *Nueva recopilación* en su título XXII del libro V, cuyas treinta leyes repiten las notas consabidas: la precisión de examen previo en la ley 1, según lo dispuesto por los Reyes Católicos en Madrid en 14 de febrero de 1495, más los detalles precisos establecidos por Carlos IV por real orden del 29 de agosto de 1802, que pasa a ser la ley 2.ª; la obligación de guardar secretos en la ley 12; y demás usuales ya advertidas, aumentadas con la orden del 30 de septiembre de 1794, que pasa a ser la ley 30, para la limitación del número de letrados en las audiencias y chancillerías. En Madrid no podían exceder de doscientos.

Con la restauración de la oratoria en el siglo XIX subió el tono de las maneras de la elocuencia judicial. Con la oleada de abogados prosperantes en política, el liberalismo dignificó la profesión incluso en las apariencias. Antes privilegio exclusivo de los magistrados, a quienes se la otorgara Felipe II, la toga podrá ser usada por los abogados también en virtud del decreto de 28 de noviembre de 1835, bien que diferenciada de las revestidas por los magistrados en el corte de las mangas. Aparece nutrida literatura dada a encubrir los defectos del estudio, fácilmente salvables echando mano de prontuarios de manejo cómodo. La *Librería de escribanos, abogados y jueces* de Josef Febrero [30] fue tesoro de rápidos aprendizajes, complementada con los *Elementos de elocuencia forense* de Pedro Sainz de Andino [31], con las *Lecciones y modelos de elocuencia forense* de Francisco Pérez de Anaya [32], con la *Themis. Observaciones sobre la naturaleza y estudio de la jurisprudencia, la constitución del poder judicial y el ejercicio*

25. Valencia, Joseph Th. Lucas, 1764.
26. VICENTE CASTAÑEDA: *El doctor D. José Berni y Catalá, jurisconsulto valenciano*. En la *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, I (1918), 215.
27. JOSEP BERNI Y CATALÁ: *Resumen de los privilegios*, 1.
28. J. BERNI Y CATALÁ: *Resumen de los privilegios*, 2.
29. En la *Revista general de legislación y jurisprudencia* CCXXX (1971), 605-672.
30. Dos tomos. Madrid, Fermín Villalpando, 1819. Quinta edición.
31. Tercera edición. Madrid, Imprenta de Palacios, 1839.
32. Cuatro tomos. Madrid, Imprenta de Baltasar González, 1849.

de la abogacía de Juan Juez y Sarmiento [33]; incrementadas con el torpe mimetismo de nuestros liberales papanatas en el libro del institucionista Enrique Ucelay *Estudios críticos de oratoria forense. El foro y su elocuencia en Francia* [34], conferencias pronunciadas en la Institución libre de enseñanza; reducidas a píldoras de sapiencia breve en *El abogado popular* de Pedro Huguet y Campañá [35], o publicaciones de parejo jaez. Al airón de los optimismos democráticos, trocados en los políticos por excelencia, subidos a legisladores y a ministros, los abogados decimonónicos son capaces de todo e improvisan todo al socaire de bellos discursos henchidos de galas relumbrantes. Con medio evo de retraso son la reedición moderna de aquel presuntuoso Forese de Baratta de quien habla Giovanni Boccaccio en la novela V de la jornada VI de *Il Decamerone* y del cual dijose «fu de tanto sentimento nelle leggi che da molti valenti uomini un armario di ragione civile fu reputato» [36]. Aquellos pruritos estamentales de nobleza gozados por la abogacía del Antiguo régimen son en este siglo liberal sentir de políticos charlatanes y todopoderosos; los abogados sustentan la vida pública, alternan con los militares en la gobernación, son el camino más corto para ascender a los picachos de la sociedad. Con dorados trenos democratoides así les amonestaría al efecto Manuel Ortiz de Zúñiga en su *Práctica forense* indicando ser la abogacía aquella «profesión que desempeñada con saber, honradez y dignidad, ilustra y presta grandes servicios a la justicia y merece toda la consideración pública [37]. La democracia liberal ficticia dominante entre 1833 y 1936, con su cortejo de caciques sin entrañas y de revolucionarios de salón dio en la edad dorada de los abogados, muchos de ellos abdicadores del noble oficio de esclarecer las verdades delante de los jueces para reformar con huecas palabrerías a la nación sufrida.

Por eso los movimientos antidemocráticos desconfían de los abogados. Sirva de ejemplo la actitud de Ramiro Ledesma Ramos en su *Discurso a las juventudes de España,* en el cual propugna la restauración del espíritu de milicia que restableciese la misión imperial de las Españas, acabando con la «asfixiante monopolización de la vida pública por parte de leguleyos, burócratas, renunciadores y lisiados mentales de profesión» [38]; minoría rectora limpia que barriese a la democracia artificial burguesa de la Restauración canovista. Porque «la democracia liberal y parlamentaria confía la misión dirigente a los elementos representativos de su propio régimen, elementos escépticos, de tira y afloja, es decir, a los abogados» [39]. De ahí que entre las figuras prominentes de las Juntas de Ofensiva Nacional-sindicalista apenas si se cuenta con algún abogado como Alfonso García Valdecasas; son militares como Julio Ruiz de Alda o ingenieros como José María de Areilza, tan ligado por amistad personal y política con Ramiro Ledesma Ramos [40]. Que por lo que toca a José Antonio Primo de Rivera, si bien brillante abogado en ejercicio, en el artículo *España: la lanzadera*

33. Madrid, Imprenta de Manuel Muniesa, 1856.
34. Madrid, Imprenta de la «Revista de legislación», 1880.
35. Barcelona, Tipografía «La Academia», de Viuda e Hijos de E. Ullastres y C.ª, 1892.
36. Roma, Armando Curcio, 1952, pág. 280.
37. Cuarta edición. Dos tomos. Madrid, José Rodríguez. En I (1861), 96.
38. Madrid, Ediciones La conquista del Estado, 1935, pág. 84.
39. RAMIRO LEDESMA RAMOS: *Discurso a las juventudes de España,* 82.
40. Dícelo expresamente en *¿Fascismo en España? (Sus orígenes, su desarrollo, sus hombres).* Madrid, La conquista del Estado, 1935, págs. 110 y 115.

duerme en el telar, publicado en la *Unión monárquica* el 15 de diciembre de 1930, critica ásperamente a los juristas que abandonan las togas para actuar en la política [41]. Claro es que la limpia mentalidad suya permitióle siempre discernir entre el abogado y el político, tal como los separa en la conferencia sobre *Derecho y política* pronunciada en Madrid el 11 de noviembre de 1935 [42]. Tanto más de alabar dado que José Antonio Primo de Rivera solamente llegó a valorar el aspecto técnico del Derecho en la abogacía, ya que uno de sus fallos intelectuales, señalado por Luis Larraz y repetido por Agustín del Río Cisneros y por Enrique Pavón Pereyra en el estudio preliminar al libro *José Antonio abogado,* fue su nula formación en saberes filosófico-jurídicos, no ya únicamente por el mediocre resultado de sus exámenes en la disciplina del Derecho natural, sino porque el titular de la cátedra prefirió sustituirla por la explanación de cuestiones de Derecho administrativo [43].

El abogado tiene hoy sustancialmente regulada su actividad por el título XXI de la ley Orgánica del poder judicial, que los tratadistas suelen presentar complementada con varias disposiciones [44]. Lo que sucede es que las mudanzas sociales y económicas del país en los últimos cincuenta años han originado dos fenómenos relevantes: la especialización de los bufetes y los bufetes colectivos. Tal vez secuela de la deficiente o nula formación profesional práctica que se da en las universidades y que ha llevado a algunos a postular la creación de escuelas de especialización, contra lo cual Eustaquio Galán en *El problema de la llamada formación post-universitaria del abogado y la cuestión de la reforma de la Universidad* ha esgrimido argumentos válidos con sus sabidos polémicos talentos [45].

Contra la especialización alzóse ya ha tiempo la voz de protesta de los grandiosos abogados al estilo viejo. En *La justicia poder* Angel Ossorio y Gallardo trató de absurda la especialización [46], sin que por otra parte no faltaron quienes se escandalizaron ante las pretensiones de saber universal jurídico dada la multiplicidad de los aspectos de la vida moderna; como Quintiliano Saldaña en *El hombre de toga,* sostenedor de la especialización dado resulta hoy «imposible lograr que el jurisconsulto profundice, a igualdad de cala, todas las simas del derecho» [47]. Criterio ciertamente más acertado, como lo prueba que la especialización ha venido imponiéndose en fuerza de hecho cada vez más incontrastable. A la fecha la separación de bufetes entre administrativistas, penalistas, civilistas, mercantilistas y canonistas es algo tan cierto que no ofrece dudas a quienquiera se acerque a la vida del foro.

En esta cuestión ha de distinguirse a la función de la profesión, cual en otros sentidos hace Antonio Hernández Gil en *El abogado y el razonamiento jurídico* [48]. Es la profesión única, porque es el arte de servir para

41. En el volumen *José Antonio íntimo. Textos biográficos y epistolario.* Madrid, Ediciones del Movimiento. 1968, págs. 96-97.
42. Puede leerse en las págs. 55-58 del volumen *El pensamiento jurídico de José Antonio.* Madrid, Ediciones y publicaciones populares, 1967.
43. Madrid, Ediciones del Movimiento, 1963, pág. 6.
44. Por ejemplo, MANUEL DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil español.* Madrid, Revista de derecho privado, dos tomos. Cita al I (1945), 248-251.
45. En la *Revista general de legislación y jurisprudencia,* CXXXXII (1952), 301-313. Sobre todo a la pág. 305.
46. A. OSSORIO Y GALLARDO: *La justicia poder,* 163.
47. Q. SALDAÑA: *El hombre de toga,* 90.
48. A. HERNÁNDEZ GIL: *El abogado y el razonamiento jurídico,* 244.

la aclaración de las cuestiones litigiosas delante de los tribunales. Mientras que la especialización proviene de la transformación de las exigencias de la profesión misma, cada vez más perentoriamente necesitada de ahondar los problemas a medida que va siendo menos preeminente la retórica con tamaña maestría manejada por los abogados del estilo viejo. El abogado ha de cuidar más cada vez las argumentaciones de fondo, aun con mengua de aquel sonoro esplendor parlanchín de las larguísimas parrafadas decimonónicas. Son exigencias de la eficacia las que han adelantado al abogado técnico sobre el orador. En la doble tarea que la abogacía reúne, la del retórico y la del logógrafo, la segunda es más importante hoy en contraste con lo que acontecía en el siglo XIX. El abogado pertrechado de saberes es más eficaz que el orador brillante. No se trata de una moda, pero de las condiciones mismas del foro. En los tiempos que corren los fogonazos de las frases grandilocuentes, los efectismos de la voz o de los gestos, no bastan para convencer a los jueces. Es la vida misma la que ha dado la razón a Quintiliano Saldaña contra aquel grandioso abogado al estilo antiguo que fuera Angel Ossorio y Gallardo.

El segundo aspecto del cambio consiste en la aparición de los despachos colectivos. Es la consecuencia de la especialización, el gran almacén jurídico en comparación con las tiendas artesanales. Como ha señalado Angel Zaragoza en *Abogacía y sociedad industrial,* es que «antes el abogado solía ser un técnico en todas las materias; hoy se ha especializado en una sola rama jurídica, y probablemente en un solo tema»[49]. La especialización, con su cortejo de bufetes colectivos, es la mera adaptación de la abogacía a las nuevas condiciones creadas por la sociedad industrial; el peligro está en la pérdida de independencia individual en el enfoque de los problemas, la ventaja en profundizar más cada uno de ellos. Son los males y los bienes de toda labor según la división del trabajo. Por lo demás los bufetes colectivos propenden a que la abogacía ejerza funciones de asesoramiento o de mediación más allá de las propiamente judiciales, cual indica el mismo Angel Zaragoza en *Los despachos colectivos y la empresa legal como modos de ejercer la abogacía*[50]. En cualquier caso los despachos colectivos cumplen con la orientación presente a la socialización de las funciones sociales, garantizan la formación abogadil de los principiantes y aseguran el retiro conveniente de los viejos. Viene a ser en nuestros días el remedo de lo que fueron las organizaciones gremiales de hace tres siglos, reconstruidas espontáneamente a medida que decrece la epidemia individualista característica de las maneras de la sociedad burguesa decimonónica. Otro giro más en la rueda de la historia.

La más egregia forma de la abogacía, aquella en la que la técnica linda con la ciencia del Derecho, es la emisión de dictámenes, llamados a dar en estudios monográficos sobre cuestiones concretas en los que ha de dilucidarse con investigación a menudo magistral algún problema del Derecho. Las colecciones de *Dictámenes* de mi maestro Nicolás Pérez Serrano[51], de Antonio Maura[52] o de Antonio Hernández Gil[53], por ejemplo, son la culminación insigne de una sabiduría jurídica en donde la abogación se

49. En el *Anuario de sociología y psicología jurídicas,* patrocinado por el Colegio de abogados de Barcelona. I (1974), 33.
50. En el *Anuario de sociología y psicología jurídicas,* II (1975), 63-74.
51. Madrid, Dossat, 1965, dos tomos.
52. Madrid, Saturnino Calleja, siete tomos de 1929 a 1932.
53. Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1968, dos tomos.

corona con los lauros de la ciencia. En las páginas de esos dictámenes, de saber científico más que de saber técnico, la profesión se disculpa de las burlas y de las críticas con que tantas veces se la ha zaherido.

Juicios de aplauso o denigratorios en alternativa trama, que dicen en sus lindezas positivas o negativas lo que la abogacía sea en la práctica. Pues en el terreno de los deberes, más allá de las flaquezas inevitables de la condición humana, el arte de argüir en los tribunales constituye menester sagrado. «La abogacía más que profesión es sacerdocio» cantó Joaquín Ros y Gómez en *El abogado: su reivindicación profesional*[54]. Poder cantar así siempre a los abogados nuestros sería el ideal del filósofo del Derecho cuando desde los saberes filosóficos jurídicos tasa los saberes técnicos de los ejercitantes en la letra de las leyes, de los letrados.

54. Valencia, Hijo de F. Vives Mora, 1927, pág. 10.

III. La Magistratura como saber técnico del Derecho

1. *La artesanía judicial*

Otro tipo de saber técnico es el practicado por los jueces, en cuyo menester ha habido y hay graves confusiones que es conveniente puntualizar.

La primordial es la que toca a la majestad de la función judicial, ya que se la confunde a menudo con algo tan distinto como es la majestad de la justicia. Porque la auténtica majestad de la justicia no tiene nada que ver con la supuesta majestad de los jueces. Es equivocada la pretensión, tantas veces repetida en los discursos encomiásticos o en los papeles de la prensa, de que los jueces y los magistrados encarnan a la justicia; se limitan sola y precisamente a administrarla. Para que los jueces encarnasen a la justicia sería preciso ocurriese un hecho que desgraciadamente no ocurre: que las sentencias fueran indudablemente justas. Desde el momento en que existan —y han existido, existen y existirán— jueces errados o prevaricadores, los jueces no encarnan a la justicia, puesto que les es dado profanarla o vulnerarla.

Nuestros clásicos definieron la realidad de las injusticias judiciales, algunos en inmortales versos; por traer un ejemplo Bartolomé Leonardo de Argensola en el soneto 41 de los suyos:

> «Dime, Teodoro, así los sacros huesos
> de Bártulo y de Baldo vuestros lares,
> como Cástor y Pólux en los mares,
> calmen la tempestad en los procesos.
> Por qué mostrando la verdad expresos,
> próvida hasta los casos singulares,
> en las lites, o graves o vulgares,
> de arbitrio humano penden los sucesos?
> De las vulgares, Ticio, ni los nombres
> llegan a calentarnos la noticia;
> en las graves hay arte diligente,
> que exhala en los crisoles su justicia;
> entrambas sacan título aparente;
> y así en entrambas son cosa de hombres» [1].

Porque de hombres es errar y puesto que los jueces hombres son están en situación de equivocarse en sus sentencias. No es que sean malos, sino

1. En la *Biblioteca de autores españoles*, XLII (1951), 320 a.

que por ser humanos son fallecientes, ven el bien sin poder alcanzarlo. Para que los jueces encarnasen a la justicia habría de confesarse la doctrina del optimismo antropológico de Juan Jacobo Rousseau, habría de creerse que el hombre obra siempre rectamente. Mas la condición del hombre según el pensamiento católico hácele subjetivamente colocado frente a la objetividad del bien, por Dios establecida; de donde pueda actuar bien o mal según se acomode o no al orden objetivo por Dios puesto. Siendo condición humana, ya asentada en el *Evangelio*, que el hombre peca setenta veces siete veces cada día.

Algunos han exagerado la calificación negativa hasta caer en el escepticismo. Charles Libman y Hubert Emmanuel en *Justice impossible. Du crime au châtiment dans le dédale de l'appareil judiciaire, Justicia imposible. Del crimen al castigo en el dédalo del aparato judicial*, han negado redondamente la rectitud de la justicia administrada por los tribunales de ese nombre, en actitud de remitir a Dios los yerros y maleficios de los jueces [2]. Con lo que evoca la vieja desconsolada opinión del propio poeta aragonés Bartolomé Leonardo de Argensola, en el 71 de sus sonetos, incluido en todas las antologías:

> «Dime, Padre común, pues eres justo,
> ¿por qué ha de permitir tu providencia
> que, arrastrando prisiones la inocencia,
> suba la fraude a tribunal augusto?
> ¿Quién da fuerzas al brazo que robusto
> hace a tus leyes firme resistencia,
> y que el celo, que más la reverencia,
> jima a los pies del vencedor injusto?
> Vemos que vibran vitoriosas palmas
> manos inicuas, la virtud gimiendo
> del triunfo en el infame regocijo.»
> Esto decía yo, cuando riendo
> celestial ninfa apareció, y me dijo:
> «¡Ciego!, ¿es la tierra el centro de las almas?» [3].

La actitud es exagerada e incorrecta. De que los jueces cometan injusticias no deberáse inferir que siempre las cometan. A fuer de hombres hállanse sujetos a los errores y a las flaquezas de los humanos. Fuera insensato reclamar de los jueces la perfección incompatible con la condición humanal. Lo que hay que procurar es eliminar las causas que generan la triste realidad de que los jueces no reflejen a menudo en sus sentencias la verdad absoluta que la Justicia es y debe ser.

La primera es la inexperiencia, hermana gemela de la ignorancia. Ha sido un magistrado, Juan Gómez Jiménez de Cisneros, quien en *Los hombres frente al derecho* ha descrito a los jueces noveles carentes de experiencia con el peligro que implica entregar la administración de la justicia «en manos de jilgueros jurídicos» incapaces para contemplar con realismo las cuestiones que se les someten [4]. Ya Angel Ossorio y Gallardo en *La justicia poder* consignó cómo los anales judiciales se hallan repletos de atrocidades, perpetradas de buena fe por mocetes que a los veinticinco años se encuentran

2. Paris, Robert Laffont, 1974, pág. 273.
3. En la *Biblioteca de autores españoles*, XLII, 325 b.
4. J. Gómez Jiménez de Cisneros: *Los hombres frente al derecho*, 250.

con un bastón de mando, una regular dosis de vanidad y otra no pequeña de pedantería [5]. Es una enfermedad que, al igual que todas las dolencias de la juventud, cúrase con la experiencia de los años. Por lo cual es la más benigna de todas.

La segunda causa está en la cobardía, en el miedo a disgustar a los poderosos del instante; posible, porque el miedo es triste cualidad de cada hombre. En *Todo es ventura*, acto I, escena 7, dícelo don Juan Ruiz de Alarcón por boca de un alguacil:

> «Pues menor inconveniente
> es librar a un delincuente
> que indignar a un gran señor» [6];

de lo cual dedujo la lamentable conclusión, inscrita en la escena 13 del acto II de *Los pechos privilegiados*, de que para los jueces

> «..... las leyes
> en las manos de los reyes
> que las hacen, son de cera» [7].

Es el juez de quien dijera Baltasar Gracián en *El crititón*, parte I, crisi 6, que es de aquellos «mismos que habían de arrancar los males son los que los conservan, porque viven dellos», mandando descuartizar al mosquito desdichadamente atrapado en la red de la ley, pero saludando con «gran bonetada» al elefante que la rompe [8]. Cobardía delante de los poderosos señores antiguos que puede ser modernamente cobardía delante de los pistoleros o de los sindicatos poderosos, cual ya subrayó Quintiliano Saldaña en *El hombre de toga* [9]. Pero que es mal general de todos los tiempos y lugares. En la fábula de los animales enfermos de peste pinta Lafontaine el modo en que va echada sobre el pobre asno la culpa de la pestilencia, siendo sacrificado por el león, a su vez adulado por el zorro, con la moraleja de que

> «selon que vous serez puissant ou misérable
> les jugements de cour vous rendront blanc ou noir» [10].

Mal universal que engendra universal escepticismo práctico, parejo al esceptisimo teórico a que ha poco aludí, pero de peores consecuencias al aplicarse a los hechos concretos y no a las fórmulas doctrinales. Hay muchos que dejan de acudir a los tribunales perdiendo sus derechos legítimos o causa de la convicción de que los jueces limítanse a obedecer los caprichos de los fuertes. «Tanto se ha apoderado de los ánimos la presunción de la fuerza de los valedores hacia los jueces que son muchos los que habiendo padecido algún injusto despojo, y estando satisfechos de la justicia de su causa, no reclaman, si saben que la parte contraria tiene algunas altas inclusiones», aseveraba el padre Benito Gerónimo Feijóo y Montenegro en

5. A. Ossorio y Gallardo: *La justicia poder*, 136.
6. En la *Biblioteca de autores españoles*, XX (1946), 121 a.
7. En la *Biblioteca de autores españoles*, XX, 423 c.
8. En *Obras Completas*. Madrid, Aguilar, 1967, pág. 571 b.
9. Q. Saldaña: *El hombre de toga*, 125.
10. Paris, Theodore Lefevre, s. a., pág. 147. Es la fábula I del libro VII.

Balanza de Astrea o recta administración de justicia, en su *Teatro crítico universal* [11]; con palabras de un hecho cuya dolorosa verdad puede ser certificada cada día entre las gentes del pueblo común y que ciertamente no ayuda al prestigio de los tribunales. Mal inveterado contra el que resulta imposible luchar. Nada pudieron la ley 8 del título IV de la partida III, ni el artículo 734, párrafo 7 de la Ley orgánica del poder judicial de 23 de junio y 25 de septiembre de 1870, pese a confirmarlo la nueva redacción de la ley del 20 de diciembre de 1952; ni tampoco las reales órdenes del 6 de octubre de 1853 y del 21 de enero de 1903. Porque el barro de que el hombre, incluidos los jueces, está hecho, será frágil mientras la humanidad exista.

Tercer factor de posibles injusticias es la intromisión de la política en los estrados. Gravísimo mal es que jueces y fiscales ocupen cargos públicos de gobierno, entrando en las esferas de la legislación o en la actividad ejecutiva. Ha ocurrido y ocurre con gravísimos daños para la administración de la justicia. Hoy abundan miembros de la carrera judicial o fiscal que son gobernadores civiles o procuradores en cortes, actividades que les obligan a adoptar posturas incompatibles con la imparcialidad del juzgador cuando más tarde o temprano hayan de dictar autos o sentencias. Dolencia además asaz vieja, pues años ha que Manuel López-Rey y Arroyo en su excelente tesis doctoral sobre *Un práctico castellano del siglo XIV. Antonio de la Peña,* subrayaba el mismo escándalo: «hoy día se ha olvidado hasta tal punto esto, que se ha dado el caso de que funcionarios judiciales hicieran política, incluso hasta en la forma más típica de hacerla, siendo diputados al mismo tiempo» [12].

No es apenas en las remotas monarquías asiáticas donde suceden los males que acarrea la intromisión de la política en la administración de la justicia, ni acaece solamente en Tailandia la existencia de aquellos «San Luang» o jueces reales que tan negra y realísticamente pinta Anna Leonowens en sus memorias *The English governess at the Siamese court, La institutriz inglesa en la corte del Siam* [13]. En todas partes cuecen habas, para cumplimiento del sesudo refrán castellano. Con justeza ha escrito Elías Díaz García prologando la versión castellana del libro de Renato Treves *El juez y la sociedad,* que en materia judicial «no ha existido nunca ni hoy existe tal pretendido apoliticismo» [14].

Las secuelas trágicas de la politización pueden contemplarse en la crisis de la magistratura italiana, dividida en los tres grupos de la Asociación nacional de magistrados, de tendencia liberal moderada, atenta al mantenimiento del principio de la separación de poderes; la Unión de los magistrados italianos, fundada en 1961 por los de ideología crítica reformista, abiertos a la permeabilidad de las tendencias sociales imperantes más que a la observancia escueta por las leyes; y la denominada Magistratura democrática, integrada por los postuladores de conceder a la judicatura una función creativa e innovadora, de manifiesta orientación marxista. O sea los identificados con los valores clásicos de la función judicial; quienes aceptan esta función, pero propugnan ensancharla a ideologías políticas pluralistas; y los que quieren una transformación radical, si es que no revolucionaria, de las

11. En la *Biblioteca de autores españoles,* CXLI (1961), 321 b.
12. En la *Revista de ciencias jurídicas y sociales,* XVIII (1935), 531-532.
13. London, Arthur Barker, 1954, pág. 80.
14. Madrid, Edicusa, 1974, pág. 12.

instituciones judiciales [15]. Renato Treves las llama respectivamente estructural-funcionalista, de conflictismo pluralista y de conflictismo dicotómico [16]. Los resultados, según Giorgio Freddi en *Tensione e conflitti nella magistratura, Tensión y conflitos en la magistratura,* son en verdad desalentadores: el de un «cuadro de la situación de la magistratura italiana que resulta particularmente sombrío a causa de las escisiones provocadas por las asociaciones y por las tendencias en contraste» [17]. Y es que en todo momento y sitio en que los jueces oscurecen con apreciaciones políticas personales sus sentencias, aspiran a romper la jerarquía de los saberes jurídicos elevando su función técnica a menester filosófico, con lo cual ni cumplen la misión exclusivamente técnica para la que existen, ni resuelven ningún problema filosófico-jurídico, para enfrentar los cuales carecen de preparación bastante en un vacío cultural que vienen a sustituir con artificios de programas de los partidos en liza. La politización de la magistratura, amén de impedir la administración cabal de la justicia, da en aberración soberbia quebradora de la misión recortadamente técnica de los jueces, quienes en tal circunstancia usan de ambiciones de suplantar los saberes superiores que les está vedado por su misma condición de jueces.

Claro es que mal mayor es todavía la depuración de los jueces por motivaciones ideológicas. Inaugurada en España en tiempos de la segunda república por la ley del 8 de septiembre de 1932, aprobada parlamentariamente por unanimidad y por la que se autorizaba al gobierno republicano para decretar la jubilación forzosa de cualquier miembro de la carrera judicial, con independencia de su edad y grados; cubriéndose las plazas dejadas vacantes por tan arbitraria depuración política sin tener en cuenta siquiera los requisitos legales pertinentes, con arreglo a otro decreto de enero de 1933. Con lo cual el gobierno republicano empezó entre nosotros un proceder lamentable, del cual solamente han podido derivarse menoscabos en la recta administración de la justicia. Los datos aportados por José Juan Toharía en *El juez español. Un análisis sociológico* [18] dicen sobradas noticias de los daños causados en el último medio siglo por esa politización de la magistratura comenzada por los gobernantes de la segunda república española.

Cuarta causa de desmerecimiento de la justicia, y quizá la más grave de todas por lo hipócritamente perniciosa de la forma bajo la que suele presentarse, es tolerar la compatibilidad de la práctica de la función judicial con el ejercicio de funciones administrativas, lo que permite a los jueces intervenir en asuntos extraños a su primordial deber de la administración de la justicia con acciones posiblemente arbitrarias y que nadie osará discutir mientras se hallen parapetados en el poder y el prestigio de las togas que como jueces visten. Hízolo ver hace años el magistrado Alfonso R. Dranguet en *Responsabilidad e independencia del poder judicial,* al ponderar los peligros de las conductas que, rectísimas en estrados, pueden no serlo en cuestiones ajenas a la actividad judicial, pero sobre las que recae el peso de la autoridad judicial [19]. Siendo el juez o debiendo ser al menos un sacerdote de las leyes, la ejemplaridad de sus actos no se agota en la actuación en estrados, sino que perdura en cada momento de su existencia; de otro modo perderían el prestigio que les es debido, prestigio que ha de ganarse trans-

15. RENATO TREVES: *El juez y la sociedad,* 99-100.
16. R. TREVES: *El juez y la sociedad,* 138 y 145.
17. Apud R. TREVES: *El juez y la sociedad,* 100.
18. Madrid, Tecnos, 1975, pág. 195.
19. Madrid, Editorial Justicia, 1930, pág. 69.

formando a la magistratura en un modo permanente de ser y en un estilo peculiar de dignísima e indiscutible actuación hasta en los menores detalles. Participar en tareas administrativas es posible motivo de escándalo que solamente puede redundar en un desprestigio que, por bien de la dignidad de la magistratura, debiérase evitar en toda sociedad civilizada. Por ello más acertada que las peligrosas y lamentables tolerancias presentes fue la legislación clásica de las Españas, previsora de tamaños equívocos funestos. Accediendo a la petición 91 de las cortes castellanas de Valladolid de 1523, reiterada en las celebradas en Madrid en 1528, Carlos V ordenó la incompatibilidad del cargo de oidor con otros oficios, disposición que es la ley 28 del título IV del libro II de la *Nueva Recopilación.*

Especialmente peligrosa es la compatibilidad del puesto de magistrado con la presidencia de los tribunales de oposiciones a cátedras. Sé yo el caso de cierto magistrado, nada menos que del Tribunal Supremo, de cuya rectitud en las tareas judiciales no dudaría, pero que al amparo de su condición de magistrado de tan egregio tribunal ha realizado actos extrajudiciales que para quien no fuera magistrado del Tribunal supremo supondría la comisión de hechos posiblemente delictivos; tal, por ejemplo, aseverar afirmaciones contradictorias en sendos documentos públicos, de los cuales uno por lo menos háse de inferir contiene falsedad a tenor del artículo 302 del Código penal vigente; sin que ningún fiscal ni ningún particular siquiera ose soñar con exigirle el cumplimiento de las leyes habida cuenta del sagrado respeto que la toga de magistrado del Tribunal supremo importa. Diríase ser caso de excepción, al cual pudiera ser aplicado el juicio del eximio magistrado del Tribunal supremo que fue Rafael Rubio en *La misión y la función del juez*: «Cierto es que nunca falta algún garbanzo negro: es la excepción que precisa para que se confirme la regla general, y si en el Colegio Apostólico, de doce hombres, hubo un prevaricador, nada supone que, entre tantos como integran la carrera, exista alguna que otra vez quien trate de mancharla» [20]. Lo que sucede es que dada la alteza incomparable de la condición de magistrado del Tribunal supremo de justicia, parece no debieran admitirse conductas que arrojen la más mínima sombra sobre sus componentes, ni siquiera fuera de las actuaciones propias de tan sublime tribunal; pues si en algún lugar no han de existir garbanzos negros es precisamente en el Tribunal supremo de Justicia. Bastará para evitar semejantes equívocos recordar cómo el príncipe gobernador Felipe, luego Felipe II, en cédula firmada en Alcalá el 11 de febrero de 1548, que es la ley 61 del título V del libro II de la *Nueva Recopilación,* prohibió «que oidor, ni alcalde, ni fiscal de la Audiencia de Valladolid no tengan Cathedra en la Universidad della, ni oficio de chanciller»; justificándolo con prudente previsora sabiduría que no ha perdido actualidad «porque de se aver hecho lo contrario, se han seguido inconvenientes al buen despacho, i expedición de los negocios de la dicha Audiencia». Prohibición sapiente hoy preterida, por más fuese reiterada por Felipe V desde el Campo real de Vélez el 16 de septiembre de 1706, vetándoles fueren los del Consejo supremo de Justicia «juez de concursos»; mandato en cuyo cumplimiento insiste desde Aranjuez en 18 de junio de 1715, desde Madrid en 12 de febrero de 1717 y nuevamente desde Aranjuez en 8 de abril de 1739.

Quinto foco de males, ese sí dificilísimo de atajar, es el factor psicológico personalísimo en la determinación de las sentencias, que son fruto del juez

20. Madrid, separata del *Anuario de Derecho civil,* 1948, pág. 11.

como hombre en la plenitud completa de su calidad humana, esto es al par silogismo y emotividad, raciocinio y sentimiento. Antonio Hernández Gil en *La sentencia* lo ha descrito paladinamente al asentar que «en definitiva, si la sentencia no se atiene por completo al esquema del silogismo y, sobre todo, si la justicia como solución no es mera corrección lógica, tampoco hay que identificarla con un a priori emocional, psicológico, que se reviste luego de una fundamentación. No creo en un juicio previo completamente libre. El juez no deja de ser nunca hombre »[21]. Basta pensar en el punto de la calificación de los testigos, en el que insiste Ronald Rubinstein en la *Iniciación al derecho inglés*[22]. El ingrediente psicológico, derivado de la personalidad del juez y tanto más vigoroso cuanto más robusta sea la dimensión de su persona es otro elemento que interviene en la aplicación de las normas. Inevitable y quizás en muchas oportunidades digno de alabanza suma.

Quede, pues, en claro que la existencia de injusticias en las decisiones de los tribunales las ha habido siempre y es inútil quejarse contra ellas. Piénsese que en los máximos procesos que la historia haya conocido han sido sentenciados con notoria injusticia: el de Sócrates, donde los jueces condenaron bestialmente a la sabiduría, y el de nuestro señor Jesucristo, donde el juez condenó sacrílegamente a Dios. No es de extrañar que las gentes se nieguen a considerar a los jueces encarnación de la justicia; téngaseles por administradores y, en casos como los dos citados, por administradores injustos, pecadores solemnes contra la verdad, contra el saber y contra Dios. Enfermedad es de la humanidad, y enfermedad incurable, la que denunció hace cuatro siglos Antonio de la Peña en su *Tratado*: «que por nuestros pecados hay muchos jueces ...los cuales... por su propio parecer se rigen y gobiernan pareciéndoles que lo que ellos piensan es lo más acertado, y cuando por los abogados se les informa y traen los derechos, leyes y determinaciones de los doctores, no hacen caso y por su propio parecer y contra derecho, justicia, equidad y buenas costumbres, con gran osadía y atrevimiento dan y pronuncian las sentencias y determinan los negocios»[23]. Pues si ello sucedía reinando aquel ejemplar gobernante que fue Felipe II, el que según relata Manuel López-Rey Arroyo en *Un práctico castellano del siglo XVI*, realizó en materias judiciales intensa labor de mejoramiento jamás igualada luego[24], dígase lo que será ahora, cuando Felipe II ya no reina, en esta época en que los mismos jueces, de creer los resultados de la encuesta preparada por José Juan Toharía en *El juez español. Un análisis sociológico*[25], confiesan que las tres quintas partes de los jueces presentes reconocen actuarían conforme al dicho de atribuir al enemigo ni lo justo y al amigo hasta lo injusto.

Contra las injusticias judiciales no cabe reacción ninguna, mas que la triste conformidad de la impotencia. En la Partida III, título XXII, ley 23, púnese a los jueces indignos, tal como en los artículos 245 a 266 de la ley orgánica del poder judicial del 23 de junio al 15 de septiembre de 1870

21. Madrid, Comisión general de Codificación, 1972, pág. 39.
22. Versión castellana. Barcelona, Bosch, 1956, pág. 13.
23. Reproducido por MANUEL LÓPEZ-REY ARROYO, en *Un práctico castellano del siglo XVI. Antonio de la Peña*. En la *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, XVII (1934), 679-680.
24. En la *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, XVIII (1935), 456. Insiste en la eficacia del buen gobierno de Felipe II, implantando la recta administración de la justicia en las páginas 457, 461 y 488, mostrando fue aquélla la edad dorada de la buena justicia judicial entre nosotros.
25. J. J. TOHARÍA: *El juez español*, 100.

fíjanse normas para la exigencia de responsabilidades criminales y civiles a los jueces. Pero su aplicación es inviable; y ahí reside la clave del tema, como bien declara Faustino Gutiérrez Alviz poniendo el dedo en la llaga: en que no sea ilusoria a causa del sistema de exacción la responsabilidad de los jueces [26]. Baste referir los casos concretos en que a lo largo de los últimos cien años hayan sido sancionados los componentes del cuerpo judicial. En *El hombre de toga*, Quintiliano Saldaña ha expresado al respecto opiniones que no me atrevo siquiera a recoger por respeto a la magistratura [27], a fuer de definitivas, contundentes e irrebatibles. Son espeluznantes los relatos que de *Los errores judiciales* narra René Floriot en su libro de ese título, para advenir a la conclusión de que los jueces son injustos en cada una de cuatro sentencias de las que dictan [28]. La inicua sentencia de la Audiencia de Cuenca en 21 de mayo de 1913, por la que se condenaba como asesinos del pastor José Mara Grimaldos a León Sánchez y a Gregorio Valero, al descubrirse catorce años más tarde que vivía el supuesto asesinado, solamente provoca la real orden del 30 de marzo de 1927 mandando al fiscal del Tribunal supremo interponga recurso de revisión contra ella, pero nada se hizo para castigar según correspondía en justicia a los magistrados autores de tamaño desmán antijurídico. Muchos más eficaces eran, sin duda, las acciones de los jueces pesquisidores en las Españas clásicas, tal cual las detalla Juan de Hevia Bolaños en su *Curia philipica* [29], a compás con la mejor justicia existente en las Españas filipinas. Pues nuestros mayores, quizá porque ignoraban los formulismos legalistas importados con la democracia liberal foránea, sabían hacer justicia con los jueces errados o prevaricadores, ya que conocían con Ramón Llull en el *Arbre de ciència* que «la sua viltat és deshonor del príncep» [30].

El único intento moderno, llevado a cabo por quien escribe en petición elevada a las cortes en 18 de diciembre de 1972, solicitando el restablecimiento del instituto de sumisión de los jueces a los juicios de residencia, fue rechazado por las cortes, y eso pese a que en las consideraciones razonadas hacíanse méritos de los evidentísimos elogios suscitados por el ministro de Justicia Antonio María de Oriol y Urquijo, «cuya sabiduría política y jurídica universalmente reconocida» le hacía sin disputa acreedor a los títulos que generalmente se le atribuyen por antonomasia de Justiniano redivivo, de Bártolo ibérico y de Savigny de los Orioles; así como aderezábanse justificadísimas loas a «la justicia administrada con incomparable independencia por el Tribunal supremo en el caso Matesa o en otros similares, donde tantos dignísimos magistrados aclaran cada día hasta qué punto es verdad la limpieza de la Administración pública, el respeto a los derechos fundamentales del hombre y el exacto cumplimiento del Derecho». Pese a las indicadas consideraciones, con fecha de 26 de febrero de 1973 el secretario de las cortes Ezequiel Puig Maestro-Amado remitía la donosa contestación de que «no procede entrar en el examen de una solicitud cuyo contenido, por otra parte, aparece suficientemente atendido por las leyes vigentes» [31].

---

26. En el volumen *El autogobierno de la magistratura*. Madrid, Universidad, 1970, pág. 76.
27. Q. SALDAÑA: *El hombre de toga*, 158-160.
28. Versión castellana. Barcelona-Madrid, Editorial Noguer, 1969, pág. 3.
29. Cito por la edición en Madrid, Ramón Ruiz, 1797, págs. 195 a - 197 b.
30. En *Obres essencials*, I, 666 b.
31. Pues si no entraban en su estudio ¿cómo podían conocer los señores de las Cortes que mi petición de juicio de residencia estaba ya recogida en la legislación vigente? Cosa que, por lo demás, parece notoriamente falsa para quien sepa, aunque superficialmente sea, lo que eran los juicios de residencia en las Españas clásicas.

Querellarse contra un juez es absurdo, pues la experiencia muestra la inutilidad de la querella. Hágase estadística al efecto. Amén de que el legítimo sentimiento del honor estamental puede acarrear ulteriores perjuicios a quien lo pretendiera. Ya Gerónimo Castillo de Bovadilla en su *Política* admitió «es cosa grave que nuestros enemigos sean Jueces de nosotros» [32]. La solución no puede ser otra, por consiguiente, que la de la conformidad en aceptar de antemano aquellas palabras, serenas como suyas, en las que santo Tomás de Aquino retrató el problema en la *Summa theologica*, prima secundae, XCV, 1, ad tertium, cuando enseñó que, tal cual las leyes generales juzgan en lo universal y respecto a hechos futuros, los jueces juzgan de asuntos presentes, asuntos en los que se hallan afectados por el amor, el odio u otra pasión cualquiera; de donde se pronuncien sentencias depravadas: «Sed homines iudiciis praesidentes iudicant de praesentibus, ad quae afficiuntur amore vel odio, aut aliqua cupiditate; et sic eorum depravatur iudicium».

Visto ya que hay juicios injustos, que es imposible evitarlos y que frente a ellos no resta otro recurso que aceptarlos con callada resignación humilde, débese admitir por otro lado la majestad de los judicatura como presunción «juris tantum» que filosóficamente permite pruebas en contrario en casos concretos, mas a sabiendas de que es precisa para el mantenimiento de la seguridad en la vida de convivencia. Respétese al juez porque ha de suponérsele justo, no porque lo sea; puesto que de no suponer justos a los jueces derrumbaríanse de consuno el ordenamiento jurídico igual que el orden social. Pero no se trata tampoco de presunción arbitraria. No lo es ni más ni menos que aquella otra presunción que da por supuesto el conocimiento universal de las leyes, al imponer que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento en el artículo 6, párrafo 1, del Código civil español. Ambas presunciones son requisitos para el edificio del orden público vigente; pero todos sabemos que son supuestos falsos. Ni la totalidad de los ciudadanos leen todos los días el «Boletín legislativo» de sus respectivas patrias, ni todos los jueces juzgan con justicia. A las quejas de Bartolomé Leonardo de Argensola contra las injusticias de los jueces hace contrapié la pregunta de Francisco Sánchez Barbero en *El mal juez*:

«¿Cómo puede obligar lo que se ignora?» [33].

Unico consuelo resta el de saber que también hay jueces justos, que no todos cometen injusticias. Lo diré con el mismo poeta salmantino:

«¡Qué desabrido juez, y qué desgracia
que la espléndida toga se oscurezca
con el tétrico humor del que la viste!
Verdad es que no todos se asemejan.» [34]

Por lo demás, confiésalo la misma sistemática legal al admitir recursos y contemplar sentencias de tribunales superiores, muchas veces derogadoras de las sentencias o autos de los tribunales y jueces inferiores, casándolas por erradas o por injustas. Lo que sucede es que las apelaciones o los recursos tienen un límite: el Tribunal superior último, al que se atribuya nueva

32. G. Castillo de Bovadilla: *Política* I, 1229 b.
33. En la *Biblioteca de autores españoles*, LXIII (1952), 625 a.
34. En la *Biblioteca de autores españoles*, LXIII, 625 b.

presunción no menos falsa que las anteriores: la presunción de que nunca se equivoca. Presunción también falsa, puesto que tan humanos son los jueces supremos cuanto los jueces inferiores y, por ende, expuestos a equivocarse con la equivocación universal patrimonio de lo humano.

Quizá fuente mayor de tales posibles yerros, amén de la falibilidad inexcusable a que sujeta la concepción católica del hombre a cada una de las criaturas racionales, es olvidar el carácter técnico, exclusivamente técnico, que posee la función de aplicación de las normas, que es la tarea encomendada a jueces y tribunales. Aunque algunos crean, supongan o pretendan lo contrario, no pueden tener ni tienen otra función, ni según la doctrina definidora de las limitaciones de su saber técnico, ni con arreglo a los preceptos legislativos de muchísimos países. Entre ellos el nuestro, donde la ley orgánica del poder judicial de 23 de junio al 15 de septiembre de 1870 sienta terminantemente en su artículo 2, luego confirmado por el artículo 31 de la ley orgánica del Estado de 10 de enero de 1967, que «la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponderá exclusivamente a los jueces y tribunales». Nada, pues, de tareas científicas, o sea de trabajos de elaboración de doctrina o de Jurisprudencia, en el nobilísimo sentido romano del vocablo. Porque agrega el artículo 3 de la misma ley que «los jueces y tribunales no ejercerán más funciones que las expresadas en el artículo anterior y las que en esta ley u otras les señalen expresamente». Remachando aún más el artículo 4 que «por consecuencia de lo ordenado en el artículo que precede, no podrán los jueces ni los tribunales mezclarse directa ni indirectamente en asuntos peculiares a la administración del Estado, ni dictar reglas o disposiciones de carácter general acerca de la aplicación o interpretación de las leyes». Como se verá al final de esta glosa ni siquiera el Tribunal supremo de justicia, con ser su función tan insigne y respetada, puede hacer jurisprudencia; apenas si doctrina legal y ello solamente después de la reforma del Código civil en virtud de la ley de 17 de marzo de 1973, que antes solamente por sabida corruptela. Los jueces, por muy altos que estén sentados en estrados, no son creadores de doctrina, ni investigadores, ni forjadores de saber científico. Son administradores, no doctos en la Justicia; artesanos de sentencias que en ellas aplican el derecho positivo, mas nunca sabedores del Derecho; dictadores de autos o de interdictos, generalmente rectos y acomodados a las leyes, pero científicos en ningún modo. Tan es así que en muchas culturas los jueces aplican un derecho del que se saben ignorantes; tal en Grecia y en la Roma clásicas.

La supuesta incapacidad de yerro de los componentes de un Tribunal supremo de un país, o sea de un tribunal que cierre con su sentencia definitiva el curso de cualquier apelación en estrados, fúndase en motivos de economía procesal, que no en ninguna razón ni científica ni filosófica. Se quiere buscar la certeza del Derecho con los mismos argumentos merced a los cuales son fijados los plazos administrativos o procesales: para evitar la prolongación de las discusiones judiciales hasta el infinito. Pero trátase de un requisito práctico, desprovisto de la más mínima justificación lógica; algo que cae dentro de la esfera de la seguridad jurídica, pero que nada tiene de común con la estricta noción de la Justicia. En cualquier país del mundo pronúncianse sentencias absurdas dictadas por los más supremos tribunales, y de ellas a menudo da cuenta la crítica científica en todos los países con tan mensurado rigor cuanto indignado respeto. Pudieran citarse ejemplos a puñados, que no voy a referir aquí por el acatamiento que el decoro de los tribunales merecen dada la especial función social que cumplen.

Y siempre por idéntica razón: porque son administradores, y la Justicia suma y verdadera deja de ser aplicada, aun con la más rectísima de las voluntades del mundo, cuando se desconocen las conclusiones de la ciencia, y más aún de la Filosofía del derecho. Quien esto afirma ha sido procesado durante más de un año por haber osado afirmar el principio de que «autoridad que se aparta de la ley no merece consideración de autoridad». El juez que así procesó solamente demostró la ignorancia de los saberes filosóficos del Derecho e incluso de los científicos, porque de no mantenerse ese principio, de admitirse que las autoridades pueden seguir siendo tales después de haber violado leyes, no existiría el propio ordenamiento jurídico que él quiso mantener con su auto de procesamiento. Absurdo lavado por otros magistrados dignísimos anulando el auto de procesamiento y cuyos nombres lamento ignorar para poder citarlos aquí como testimonio de su calidad de restauradores de la más elemental concepción del Derecho. Disculpe al juez procesador que el conocimiento técnico no puede dar más de sí, sin que sea hacedero pedir peras al olmo. Con la integridad, por muy grande que sea, no basta. Sin que lo dicho no implique desconocer excepciones egregias, las de los magistrados de la sala segunda de la Audiencia provincial de Madrid cuyos nombres, vuelvo a lamentar, desconozco para presentarles como modelos; las de magistrados que han manejado magistralmente la ciencia jurídica cuando actuaron como jueces, de los cuales Felipe Clemente de Diego o José Castán Tobeñas encabezan una lista venturosamente larga. Pero las excepciones antes confirman que destruyen las reglas; y la regla común es que los jueces practican la técnica artesanal en vez del saber científico del Derecho. Porque ésa es la misión que les asigna terminantemente la ley y ellos, llamados a hacer cumplir las leyes, han de ser los primeros en esmerarse por cumplirlas. Que en cumplir las leyes, y nada más que en esto, reside su misión y fúndase su autoridad; valiendo aquí de nuevo el decir ciceroniano cuya afirmación motivó el procesamiento del firmante, de que «autoridad que se aparta de la ley no merece consideración de autoridad».

Al objeto de valorar el tema en su entera complejidad, ha de tenerse además en cuenta que la artesanía jurídica de los jueces depende del modo en que sean elegidos. Y, por tratarse de tema sobremanera delicado, no voy a poner ni una sola palabra de personal cosecha, ciñéndome a copiar lo que escribió hace poco más de medio siglo un docto magistrado, Primitivo González del Alba, en sus *Estudios jurídicos*: «El poder público cuidará, por elemental iniciación de una acertada política, de garantizar la independencia de los jueces otorgándoles la inamovilidad en sus cargos; pero tal concesión resultará funesta si la ignorancia o la ausencia de la moralidad no son aquilatadas en su elección, promoviendo así a la función judicial, en grave daño de su prestigio, al ignorante; ya que nadie es tan injusto como un juez imperito, pues, por serlo, no sólo prevarica a diario, sino que pone tan en evidencia sus injusticias, que resultan mayores de lo que son, a la vista de las personas más extrañas a la ciencia del derecho. Y en lo que hace a la no depuración previa en el nombramiento de los jueces de los supuestos de honradez inquebrantable y de moralidad exquisita ello revelaría el olvido de que no puede darse nada más funesto que la cultura jurídica puesta al servicio de las resoluciones de una voluntad determinada injustamente en el obrar, y que para escarnio de la ley habría de definir los inmutables principios de lo verdadero y de lo justo, que son, o deben ser, el contenido

de todas las resoluciones judiciales» [35]. Tan grave fuera en su caso el daño que el rectísimo magistrado del Tribunal supremo que Primitivo González del Alba fue, llega a consignar en sus citados *Estudios jurídicos*: «Es de toda evidencia, sin embargo, que la inamovilidad judicial pudiera ser desvío a la recta dispensación de la justicia, si los funcionarios que han de administrarla no han sido bien elegidos y en su elección no se apartan los Gobiernos de una directa y absorbente intervención. La ponencia del señor Cortina (*Apéndice III a la Memoria de la Comisión codificadora*, en 1863) afirmaba que la inamovilidad sería un mal de consecuencias irreparables «si la elección no resultase acertada, y aquélla pudiera ser un obstáculo para que descendiesen de sus puestos quienes les hubieran debido quizá al favor y a la intriga, o tal vez a servicios indignos de ser recompensados con la investidura judicial, perpetuando con ello el mal en vez de corregirlo» [36].

Sea suficiente apuntar el problema con palabras de tanta autoridad en la materia. El saber técnico legal y doctrinalmente técnico, de los jueces queda así relacionado con el paralelo saber técnico de los abogados, a tenor de las disposiciones legales pertinentes y de la jerarquización adecuada de los saberes jurídicos.

35. Madrid, Centro editorial de Góngora, 1913, págs. 70-71
36. P. González de Alba: *Estudios jurídicos*, 72-73.

2. *La judicatura griega*

En Grecia los jueces ignoraban el Derecho en manera de especialistas. Su saber jurídico era idéntico al del común de los ciudadanos. Sabían de las normas legales lo que leyeran en las tablas de piedra en que estaban esculpidas, colocadas por lo general en las puertas o en las plazas de las ciudades. No se requería ningún saber especializado ni para el ejercicio de la abogacía, al que atendían como vimos los retóricos, ni para sentarse en los tribunales, donde se entraba por el mero hecho de la ciudadanía.

En los regímenes aristocráticos de los siglos IX y VIII antes de Cristo el arconte epónimo juzgaba las materias de familia y sucesiones, el basileus o rey las cuestiones sagradas y el polemarca los litigios en que intervenían extranjeros, amén de las desviaciones de la disciplina militar. En Esparta la gerusía, compuesta por treinta gerontes elegidos entre los varones mayores de treinta años, era el tribunal supremo, al cual estaban sometidos todos los espartanos, incluidos los reyes. En la democracia ateniense clásica los magistrados eran seleccionados entre el común de los ciudadanos sea por elección, como prefería el bando aristocrático, sea por sorteo, según querían los demócratas populares [1]. Mas en ningún caso para ser juez eran requeridos más requisitos que los de la ciudadanía pura y simple. En otros términos, eran puestos políticos en los que estaba ausente, amén de la ciencia, cualquier otro saber técnico que el conocimiento general del común de los ciudadanos capacitados para intervenir en el gobierno de la polis.

En la Atenas del siglo V, época la más famosa de la democracia antigua, era tribunal supremo el de los Heliastas, del cual formaban parte la totalidad de los ciudadanos con treinta años cumplidos, sin otra condición que la de no hallarse en deudas con el erario, de no ser ἄτιμος por deudor público [2]. Ante la imposibilidad de que la totalidad de los ciudadanos estuvieran presentes, fijóse su número en seis mil, seleccionados a suerte de las listas formadas a tal objeto por los demás. Al salir de la sesión recibían su salario, primeramente un óbolo, desde el 425 tres óbolos, gracias a las gestiones de Cleón [3].

De la sabiduría jurídica y de la honorabilidad de tales jueces nos legó vivo retrato Aristófanes en su comedia *Las avispas*, Σφηκές. La gente del común consideraba a los tribunales, por boca de Sosias, cual «una multitud de carneros con báculos y mantos burdos» [4]. La comedia, representada

---

1. JACQUES ELLUL: *Historia de las instituciones de la Antigüedad*. Madrid, Aguilar, 1970. página 100.
2. ARISTÓTELES: Ἀθηναίων Πολιτεία, LXIII, 3.
3. GUSTAVE GLOTZ: *Histoire grecque*. Paris, Presses universitaires de France, II (1938), 333.
4. ARISTÓFANES: *Las avispas*. Cito por la edición en tres volúmenes de sus *Obras*, estampada en London, William Heinemann Ltd., séptima edición. I (1967), 403-549. Cita a la pág. 416.

en el año 423 antes de Cristo, refleja el hecho de que los campesinos desplazados a morar a la ciudad encontraron como remedio para subsistir sin trabajar el ejercicio de la profesión de jueces, contentándose con los tres óbolos del salario por sesión. A cuyo fin acudían al amanecer al local del tribunal en la colina de Ardettos, a fin de no perder su puesto en los bancos de almohadillas de junco trenzado sobre el que los jueces tomaban asiento. El Filocleón de *Las avispas* no sabe nada de leyes, déjase sobornar bajo la máscara hipócrita de fiera independencia acrisolada en condenar siempre venga o no venga a cuento, está seguro de ser un personaje y de la solidaridad de los demás jueces con él, solidaridad que le permitirá triunfar aunque carezca de razón en cualquier asunto de que trate. Amenaza con un radical «¡Litigaremos!», aunque sea «por la sombra del asno», frase proverbial en Atenas para expresar una necedad, pues aunque no tenga razones, le bastará con gritar: «¡Jueces compañeros míos, y tú Cleón, ayúdame!» ξυνδικασταὶ, καὶ Κλέων, ἀμύνατε [5]. En efecto, el Coro de Jueces, que es el coro de las avispas que proporciona título a la pieza, a quien critique o discuta el tal Filocleón, le amenaza con los mayores males: «Pondremos el grito en el cielo y no abandonaremos a nuestro colega. Dirijámonos al unísono contra el insolente. Acometámosle con el aguijón desenvainado, en buen orden, rabiosos de ira y de furor, para que acabe conociendo la clase de enjambre que ha irritado».

... ... ἀλλ' ἅπας ἐπίστρεφε
δεῦρο κἀξείρας τὸ κέντρον ἐιτ' ἐπ' αυτὸν ἴεσο,
ξυσταλείς, εὔτακτος, ὀργῆς καὶ μένους ἐμπλήμενος,
ὡς ἄν εῦ εἰδῇ τὸ λοιπὸν σμῆνος οἷον ὤργισεν [6].

Pues si alguien osa discutir al necio Filocleón, él, seguro de la solidaridad del resto de los jueces, le fulminará con insulto de bellaquería [7]. En la comedia *Las avispas* quedó retratada la magistratura judicial griega: ignorantes, prevaricadores, soberbios, amparándose unos a otros en contra de lo justo como enjambres de avispas irritadas contra el «bellaco» que se atreva a discutir a alguno de ellos, aunque lo haga con la mayor razón del mundo. De *Las avispas* resulta que la técnica de los jueces atenienses era la técnica de la arbitrariedad, sin nada de técnica jurídica.

De cuya lamentable situación es dable comprender el hecho de que a lo largo de la historia griega el juez asuma tareas de preparador del proceso y de director del litigio, más que de dictador de sentencias. Por lo que concierne al Derecho más primitivo, al Derecho sacro de los primeros tiempos, Kurt Latte en su *Heiliges Recht, Derecho sagrado,* ha demostrado que el juez presidía un litigio entre contendientes, limitándose a dirigirlo en manera que el resultado de la contienda merezca la aprobación de los dioses [8]. Y Ulrich Kahrstedt en sus *Untersuchungen zu athänischen Behorden, Investigaciones sobre las autoridades atenienses,* ha puesto de relieve la continuidad de esa postura del juez después de la desacralización del Derecho en Atenas [9]. Jamás en Grecia el juez supo de leyes; la ciencia jurídica no era materia suya, sino de los logógrafos o redactores de dictámenes.

5. ARISTÓFANES: *Las avispas,* 424.
6. ARISTÓFANES: *Las avispas,* 446.
7. ARISTÓFANES: *Las avispas,* 500.
8. Aalen, Scientia Verlag, 1964, págs. 39-40.
9. En las págs. 196-262 del volumen *Zur griechischen Rechtsgeschichte,* Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968.

Es que en Grecia el papel del juez fue de índole formal, sin entrar en el contenido. Como ha demostrado H. J. Wolff en *The origin of judicial litigation among the Greeks, El origen de la contienda judicial entre los griegos* [10], el proceso antiguo resulta ininteligible para quien busque en su desarrollo la determinación de los derechos y deberes del demandante y del demandado, del acusador y del reo. No; la tarea del juez era más elemental, porque se reducía a precisar una situación de hecho, a resultas de la cual alguien pudiera exigir directamente algo a otro. En las Leyes de Gortina el proceso está concebido como una pelea, por ello dicho con las palabras νεῖκος y ἀγών; así lo subraya Louis Gernet en su estudio *Sur la notion du jugement en droit grec, Sobre la noción del juicio en el derecho griego* [11]. No estaba el juez calificado para intervenir en la pelea, ni mucho menos para decidir su resultado, limitábase a asegurar el cumplimiento del rito judicial, dejando luego abandonadas las partes a ellas mismas. Es lo que en griego decíase δικάζειν y que consistía en la aplicación mecánica de las pruebas, siendo las leyes alegadas una prueba más a tomar o no tomar en consideración. Motivo por el cual el juez ha de prestar juramento delante de los litigantes. El κρινεῖν o decisión supone un juicio crítico que les está vedado. El juez no entra en el derecho, quédase en los hechos; y el derecho a aplicar es una prueba más de las alegadas por los contendientes.

A lo cual se debe que, salvo el tribunal supremo de los Heliastas, el juez envíe sus primeras indagaciones a un árbitro, privado o público. Si no lo hacen los Heliastas, no es a causa de que sus componentes conozcan el Derecho, sí a que son el pueblo mismo quien juzga y el pueblo es la ley misma, sin necesidad de atenerse a más normas que a su propia libérrima voluntad [12]. Por lo demás los árbitros, instaurados oficialmente a partir del año 403 antes de Cristo, son tan ignorantes como los jueces; la única diferencia es la de que no se puede ser árbitro público antes de cumplir los sesenta años [13]. La tarea arbitral no es tampoco decisoria; los griegos la designaban con el nombre de ἀνάκρισις o instrucción, sin darla jamás fuerza de sentencia.

El Derecho griego no ofrece nunca el reconocimiento de lo que en moderna terminología decimos derechos subjetivos de las partes. La misión de los jueces o de los árbitros cíñese a la fijación de los hechos. Lo que cuenta es presentar la cosa en manera adecuada, en dirigir religiosamente la contienda entre los litigantes o en referirse a la decisión del pueblo. Así empieza y concluye su técnica jurídica, su mediocre saber jurídico por llamarlo de algún modo. El juez jurista no existe, por repetir la frase misma de Víctor Ehrenberg en *The Greek State, El Estado griego* [14]. Es un ciudadano más que trata de averiguar el cómo de lo sucedido, pero incapaz de aproximar los hechos al Derecho. Fija los hechos, pero no los califica.

Así como la abogacía fue ocupación de los retóricos, sin precisar conocimientos jurídicos, la judicatura, sean jueces o árbitros, tampoco necesitaba de otra técnica que la conveniente para la determinación de los hechos.

---

10. En *Traditio*, V (1946), 131-137.
11. En el tomo *Droit et société dans la Grèce ancienne*. Paris, Sirey, 1964, pág. 63.
12. A este respecto JEAN IMBERT: *Le droit antique*. Paris, Presses universitaires de France, 1961, pág. 29.
13. En este punto LOUIS GERNET: *L'institution des arbitres publics à Athènes*. En *Droit et société dans la Grèce ancienne*, 103-119. Sobre todo a la pág. 115.
14. Oxford, Basil Blackwell, 1960, pág. 72.

Abogados y jueces estaban fuera del saber científico, aunque haya de reconocerse a los retóricos ejercitantes de la abogacía una cultura muy superior a la pobretería intelectual de unos jueces que no sobresalían sobre el nivel común de los ciudadanos. Los científicos del Derecho fueron los logógrafos, los preparadores de aquellos discursos que los hábiles retóricos proferían ignaros del Derecho delante de otros ciudadanos también ignorantes del Derecho. La técnica jurídica griega fue de esta guisa sustituto del saber jurídico, brillante cuanto rica entre los abogados, burdamente oscura en los jueces. La técnica jurídica de los jueces no requería especialización; sabían del Derecho lo que un artesano o un campesino, porque el campesino o el hortelano eran jueces si la suerte caprichosa les permitía sentarse en el Supremo Tribunal de los Heliastas.

Con lo dicho no es difícil entender la visión aristotélica de la técnica judicial helénica. En la *Retórica* de Aristóteles quedó consignada la situación constante que relaciona a los jueces con las partes y con los abogados.

En la *Retórica* I, 1, 1354 a 10, tiene Aristóteles consciencia sobrada de tratarse de mera tarea técnica, de una τέχνης ἔργον, incapaz de trepar hasta las cimas de la ciencia. Divídela en tres partes: deliberativa, encaminada a persuadir a las asambleas; demostrativa, enderezada a la alabanza o al vituperio de alguien; y judicial, la que usan quienes pleitean. En la retórica judicial trátase de cosas sucedidas en el pasado, respecto de las cuales uno acusa y el otro se defiende, de acuerdo con el alcance de tensión agónica que el proceso tenía en Grecia, cual indiqué más arriba. Su materia es lo justo y lo injusto, dejando lo demás caer por accesorio.

Hízose cargo Aristóteles de la situación de los jueces en Grecia, más juzgadores según los sentimientos que siguiendo los preceptos legales. En su temor ante los juicios injustos, postula dejar a los jueces el menor ámbito posible de decisión, atribuyendo a las leyes la mayor extensión posible en sus aplicaciones. En la *Retórica* I, 1, 1354 b 5, dícese al efecto que existe la presunción de que las leyes sean más justas que los juicios, siempre improvisados, mientras aquéllas vienen formuladas tras largas deliberaciones.

Por venir de quien viene la actitud negativa, la hostilidad de Aristóteles contra los jueces griegos impresiona más todavía que las hirientes caricaturas dibujadas por Aristófanes en *Las avispas*. El juez movido por la ira al juzgar en la *Retórica* I, 1, 1354 a 20; el juez necio, que sufre error por ignorar las leyes en la *Retórica* I, 10, 1368 b 20; el que favorece a los amigos, mientras sañudo maltrata a los enemigos, descrito en la *Retórica* I, 12, 1372 a 20; son los jueces prevaricadores que hacen temblar a Aristóteles, llevándole a preferir la justicia de las leyes a la justicia de los hombres. Porque además, igual que en Aristófanes, leyendo la *Retórica* I, 12, 1372 b 35, enséñanos que los jueces logran hacerse temer en tanto grado que los mismos que ellos pisotean no se atreven a protestar contra sus injusticias, de puro miedo a ser todavía más ultrajados.

De cuya exposición aristotélica aparece el cuadro general de la judicatura helénica antigua. Los jueces no son científicos; de ser algo, son técnicos de formalismos. Ignoran las leyes y, por ignorantes, prevarican. Pero además, y aquí Aristóteles traza uno de sus admirables bosquejos psicológicos, aquellos jueces juzgadores más por sentimientos que por conocimientos menudeaban en tanto número como para desencadenar la aversión de Aristóteles en condena crítica y rotunda. Aristóteles ha descrito con rigor científico, igual

que Aristófanes lo hiciera echando mano de los resortes de la gracia literaria, la condición del juez en la Grecia antigua: técnico a secas; y técnico, más que del Derecho, de los formalismos encubridores de una política apasionada de intereses.

3. *La judicatura romana*

Remitiendo para ampliación de lo que aquí se dice al cuadro general consignado en la glosa 6 de la lección 5.ª, ha de adelantarse que las magistraturas judiciales recayeron en Roma en personas que, por el mero hecho de ejercerlas, no tenían por qué poseer conocimientos jurídicos. Eran legos en cuestiones de Derecho, buscaban asesoramiento en los expertos en materias legales; mas ellos mismos en la mayor parte de las veces desconocían cuanto con el Derecho se rozara.

Puesto que el Derecho comenzó siendo en Roma apéndice de saberes mágicos conocieron de él los augures, peritos en el «fas», esto es en la averiguación de la voluntad divina. Manifestándose aquí una de las características más llamativas del genio de Roma: su realismo. Los romanos juzgaron era posible mover la voluntad de los dioses con plegarias y con sacrificios, pero más que influir en sus decisiones, lo que les importa era conocer el contenido de lo que los dioses habían decidido, fuera contrario o fuera favorable. De ahí que los «auspicia» con que se interroga a la voluntad de los dioses fuera más importante para los romanos que los «sacra» con los que se las intentaba conmover. Y siendo el Derecho una de las zonas en las que se ejercita la voluntad divina, el Derecho fue en primer término menester de los augures y de los auxiliares de los pontífices. Si el pontífice fue el primer jurista no lo era a causa de sus saberes en el Derecho tanto como por conocedor del querer concreto de los dioses. Los primeros magistrados de la Roma arcaica no entendían nada del Derecho; hacían a la letra aquello que le venía sugerido por los pontífices-juristas, quienes eran los que sabían indicar el correcto «agere» o proceso según la conveniente «actio» secreta, así como quienes daban, con saber oculto y sagrado, «responsa» a las preguntas de los juzgadores. El ignorante magistrado seguía al pontífice, jurista, repitiendo sus palabras mismas: «verba prae ire». En los procesos los pontífices recitaban las fórmulas rituales, repetidas al pie de la letra por el magistrado. Es que la administración de la justicia era mágica, estaba prendida en la magia verbal, pero movedora, de las palabras. Mientras los magistrados eran legos que restaban extraños al Derecho, el Derecho era tal Derecho por ser «res sacra», cosa sagrada.

Por ello el magistrado no dictaba la sentencia, sino que situaba las cosas en modo que la sentencia pudiera ser dictada. Es juez, «iudex», porque dice el «ius»: «iu-dex», de «ius dicere». Incluso cuando, con la caída de la monarquía los arúspices y los augures etruscos quedan colocados por debajo del colegio pontifical, es el rito el que crea el Derecho, es el pontífice al que han de acudir los magistrados. Porque la razón de ser del magistrado

no era otra que el «dicere ius»; lo cual interpreta Pierre Noailles en su *Du droit sacré au droit civil, Del derecho sacro al derecho civil*, en el sentido de que etimológicamente significaba «dire la volonté divine» [1].

Integramente reposa sobre el «auspicium» el «imperium» de los magistrados. Consistiendo en que es el magistrado el único dotado de su capacidad para la captación de los auspicios públicos, de «capere auspicia publica». Y siendo la «iurisdictio», esto es el decir qué sea el derecho, aquella parte del «imperium» cedida a los pretores por los cónsules, es el juez funcionario seglar que en su función remeda a un funcionario sagrado; no tiene por qué saber Derecho, pues los «iurisperitos» son sacerdotes y no legos.

Cuando se vayan secularizando las instituciones romanas, el magistrado sigue sin tener la obligación de saber Derecho. En algunas ocasiones, como en la «provocatio ad populum» contra las sentencias de condena a muerte dictadas por los cónsules, el apelante ante el tribunal del pueblo entero sitúa al cónsul de simple magistrado acusador, no de sentenciador ni de sabidor del Derecho.

La pretura fue cargo político dotado de «imperium», como han puesto de relieve James Bryce en *Methods of law-making in Rome and in England, Métodos de elaboración del derecho en Roma y en Inglaterra* [2] y Francisco Beceña en *Magistratura y justicia* [3]. Los magistrados son nombrados por elección al correr de la época republicana, sin previo requisito demostrador de que conozcan las leyes ni las costumbres. En la «iurisdictio contentiosa» el magistrado continúa limitándose a organizar el proceso, a tornarlo posible dentro de los términos de la ley. Es el único caso de «iuditium legitimum», de tal suerte que la autoridad que se apartase de la ley perdería su condición de autoridad. El magistrado podía ser degradado por negligencia en el cumplimiento de sus funciones, cuenta Aulo Gelio en las *Noches áticas* XIV, 7; por no guardar los ritos de los auspicios, cual refiere san Agustín en *La ciudad de Dios* I, 16, 29; por ignorancia de las normas éticas, que hoy diríamos de derecho natural, en relato de Valerio Máximo en sus *Dictorum factorumque memorabilium* II, 4, ; por recoger alguno de los datos cosechados por A. H. J. Greednidge en su *Roman public life, La vida pública en Roma* [4]. Era la «praevaricatio», que afectaba a la ignorancia o a la negligencia en el cumplimiento de las normas rituales en que estaba embebida el alma del Derecho, no por falta en el conocimiento de las leyes; porque el conocimiento de las leyes era deber exigido a los jurisconsultos, pero no a los magistrados.

Es la secularización creciente la que establece poco a poco que el «iuditium legitimum» suponga que la jurisdicción solamente pueda ser ejercida en función de la ley y dentro de los límites de la ley, cual anota Jacques Ellul en su *Historia de las instituciones de la Antigüedad* [5]. Mas en todo caso el magistrado ni juzga ni sentencia. Ni en la jurisdicción voluntaria, donde se reduce a prestar su concurso para que la operación jurídica sea eficaz; tal en la «manumissio per vindictam», tal la «in iure cessio». Ni en la jurisdicción contenciosa, donde el magistrado se limita a dar forma legal a las pretensiones de los litigantes. Ni siquiera con la instauración de la pre-

1. Paris, Sirey, 1949, pág. 86.
2. En los *Studies in history and Jurisprudence*. Oxford, at the Clarendon Press, dos tomos. Cita al II (1901), 276.
3. Madrid, Victoriano Suárez, 1928, pág. 22.
4. London, Macmillan, 1930, págs. 227-228.
5. J. ELLUL: *Historia*, 233.

tura en el año 337 cambia este papel del magistrado. El proceso tiene lugar en dos fases: la «in iure» delante del magistrado, luego la «apud iudicem» en presencia del juez.

La remisión a un árbitro no supone eludir las leyes, sino buscar comodidad en la selección de las cuestiones. Una cosa es el árbitro y otra lo arbitrario, pudiendo ser arbitrarios los jueces mismos, según ha puesto de relieve Ernst Lévy en *Zur Lehre von der sog. actiones arbitrariae, Para la teoría de las denominadas acciones arbitrarias,* apoyándose en famoso trecho de Festo, transmitido por Valerio Flacco [6]. La no sumisión a las leyes, con la separación de la legal tarea de los árbitros o arbitral, es lo que da lugar a lo arbitrario en los magistrados, que es el abuso del uso legítimo de su arbitrio.

La ignorancia del Derecho prosiguió durante el Imperio, porque ni los magistrados ni los jueces poseían preparación jurídica, dado el modo de elección de los primeros y dado que los jueces eran seleccionados dentro de «decuriae» establecidas a tenor del impuesto pagado por los ciudadanos. Verdad que fue el jurisperito Salvio Juliano quien redactó el *Edictum perpetuum;* pero en funciones de técnico que aconseja, no de magistrado que impera. Por lo demás, la progresiva implantación del procedimiento de la «cognitio», al simplificar los modos legales suprimiendo la distinción entre magistrado y juez típica del despareciente procedimiento formulario, aumentó todavía más la existencia de jueces desprovistos de conocimientos jurídicos.

No obsta a lo dicho que el armenio Papiniano o que el fenicio Ulpiano fueran consejeros imperiales en materias judiciales; porque la excepción confirma la regla en vez de estatuirla. El «ius respondendi» no tiene nada que ver con la función de dictar sentencias. Y cuando, a partir de Diocleciano, la burocracia predomina en la máquina administrativa del Imperio, la técnica penetra en la vida jurídica por el mecanismo de las leyes de citas de Valentiniano III, donde las opiniones de los «iuris auctores» no estarán reguladas con arreglo a criterios de razón, antes por la mayoría con el mero predominio de Papiniano únicamente en los casos de empate.

En resumen. En Roma el saber jurídico de un lado, magistrados y jueces por otro, son cosas separadas, sin que ni magistrados ni jueces sepan nada como tales de materias jurídicas. Conócenlas sus asesores, los jurisperitos, pero no ellos. La técnica del Derecho no llega a los sentenciadores. Los magistrados repiten en la edad arcaica las palabras de los pontífices y desde la secularización del Derecho copian las opiniones de los jurisconsultos. Son las magistraturas, y en primer lugar la pretura, cargos políticos, a los cuales se ascendía sin saber nada del Derecho. Dirigían los juicios, pero no se adentraban en la temática de las cuestiones. Por repetir las palabras del venerable Theodor Mommsen en su *Compendio de derecho público romano,* «la dirección de la administración de justicia correspondía a los magistrados, pero en cambio les estaba prohibido ejercer por sí mismos esa administración, esto es, fallar los pleitos. El magistrado era quien provocaba la sentencia, pero el pronunciamiento de la misma lo realizaban los particulares. Tal fue la institución del jurado, organismo fundamental de la República, la más antigua y la más duradera de las restricciones puestas al «imperium» de los magistrados. La instauración de los jurados por el rey Servio Tulio fue para los romanos como el comienzo del «self-government» de la comu-

6. En los *Gesammelte Schriften.* Köln-Graz, Böhlau Verlag. I (1963), 333.

nidad; por el contrario, el Estado romano llegó a su fin cuando la resolución y el fallo de los asuntos fueron confiados a la magistratura, cuando en tiempos del principado ésta se fue apoderando poco a poco de la «cognitio», hasta que en el siglo III de J-C., quedó siendo el único poder en este orden» [7].

En Roma los magistrados carecen del saber técnico del Derecho; todo lo más poseen ese saber inmediato del saber común vulgar, el saber del derecho natural que todo hombre alberga en virtud de su racionabilidad. Mas nada de saberes técnicos. Fueron ignorantes en el oficio y por ello necesitaron del consejo especializado, del «profesional advice» de los jurisperitos, por decirlo con palabras de Fritz Schulz en su mencionada *Historia de la ciencia jurídica romana* [8]. Fueron los jurisperitos quienes poseían el saber técnico del Derecho: jueces y magistrados no pasaron de repetidores remedando a los pontífices y a los juristas, ecos externos y oficiales de un saber que les era por completo extraño.

7. Traducción de P. DORADO. Madrid, La España moderna, s. a., pág. 419.
8. F. SCHULZ: *History of Roman Legal science*, 52.

4. *La judicatura en los pueblos anglosajones*

Si es siempre difícil la comprensión de las instituciones anglosajonas desde las atalayas de nuestra formación continental, cimentada en la sólida plenitud del derecho romano, parece la judicatura la zona más erizada de posibles incomprensiones. Uno entre los más duchos conocedores franceses del sistema jurídico inglés, Charles de Franqueville, lo hacía notar así hace más de un siglo al describir *Les institutions politiques, judiciaires et administratives de l'Angleterre, Las instituciones políticas, judiciales y administrativas de Inglaterra* [1], con juicio que ratificará quienquiera se avecine a estas cuestiones. Es tanta la diferencia de los jueces ingleses respecto de los continentales que apenas si se asemejan en el hecho de dictar sentencias. Por el modo de ser seleccionados, en decisión del poder ejecutivo dentro del círculo de los abogados de mayor nombradía; por las fuentes en que basan sus sentencias, atenidos al manojo de los precedentes de los casos del «common law»; por su libertad en enfrentar las normas legales o estatutarias; por la posibilidad de enfocar las cuestiones de manera tan novedosa que linda con la capacidad para establecer criterios nuevos; en nada se parecen más que en la equivalencia de la función el juez anglosajón al juez del patrón general europeo.

La tarea forjadora del Derecho les ha sido reconocida por los mayores tratadistas del derecho inglés. Sir Thomas Erskin Holland dícelo a la letra en su *The elements of Jurisprudence, Elementos de jurisprudencia*: si el legislador dicta leyes nuevas, los tribunales detentan el poder que «attets and confirms old law, though under cover of so doing it introduces many new principles» [2]. Labran un derecho tan claramente perfilado que es una de las cuatro formas del derecho inglés para el clásico Salmond en *On Jurisprudence, Sobre la jurisprudencia* [3]. Un modo del Derecho de tamaña importancia que para algunos autores, como el canadiense Edward McWhinney, en *Judicial review in the English speaking world, Análisis judicial en el mundo de habla inglesa,* sube a hablar incluso de una rivalidad jurídica entre el parlamento y la judicatura [4].

Es que la judicatura es en la constitución inglesa, al menos teóricamente por las salvedades que luego se observarán, uno de los tres poderes de gobierno, con una misión específica: la de la defensa de las libertades individuales; defensa de las libertades individuales que desde la edad media ha sido el fin primordial de las instituciones británicas. Ya en el siglo XV

1. Segunda edición. Paris, L. Hachette et Cie, 1864, pág. 203.
2. Decimotercera edición. Oxford, at the Clarendon press, 1924, pág. 78.
3. London, Sweet and Maxwell, 1966, pág. 114.
4. Toronto, University of Toronto press, 1956, pág. 43.

John Fortescue (circa 1400 - después de 1476), en el *De laudibus legum Angliae, Loa de las leyes de Inglaterra*, redactado entre 1468 y 1470, dedica el capítulo XXXV, titulado «mala que evenere ex regimine tantum regale in regno Francie», a demostrar que las leyes inglesas son superiores a las francesas porque miran a la libertad del individuo y no, como éstas últimas, al fortalecimiento del poder real [5]; remachado en el capítulo XXXVI al enumerar los «bona que eveniunt ex regimine politico et regale in Regno Anglie» [6].

En mi libro *Las doctrinas políticas de la baja edad media inglesa* apunté las coincidencias con el barón de Montesquieu en cuanto Fortescue indicaba ya el principio de la separación de poderes como garantía de libertades [7]. Por más que sir John Fortescue no elabore la tesis con la claridad con la cual el barón de Montesquieu atribuye una función política de salvaguardia de la libertad al poder judicial dentro de la doctrina de la separación de los poderes. En el capítulo XI del libro VI del *Espíritu de las leyes* razona, en efecto, Montesquieu como es el equilibrio mecánico de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial lo que permite la existencia de la libertad, por él identificada con la paz del espíritu que resulta de la seguridad en la que cada ciudadano sabe no tiene que temer nada de otro. El fundamento de la teoría de la independencia del poder judicial es estrictamente político; reside en la consideración de que «il n'y a point encore de la liberté si la puissance de juger n'est pas separée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle étoit jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens seroit arbitraire: car le juge seroit législateur. Si elle étoit jointe à la puissance exécutrice, le juge pourroit avoir la force d'un oppresseur» [8].

Coincidiendo con esta tesis de Montesquieu el clásico tratadista político de la Inglaterra del siglo XVIII, Blackstone, al hacer constar en el capítulo VII del libro I de sus *Comentarios* que «el poder judicial, remitido a un cuerpo particular de ciudadanos y que la Corona no puede arrebatarles, es uno de los mayores sostenes de la libertad pública; la cual no puede subsistir en ningún país a menos que la administración de la justicia no esté separada por completo del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si la potestad legislativa tuviese también la de la administración de la justicia, la vida, la libertad y la propiedad estarían igualmente sometidas al arbitrio de los jueces, los cuales podrían dirigir sus juicios, no con arreglo a la ley, sino según su opinión. Siendo a la vez jueces y legisladores podrían, como legisladores, cambiar las leyes; al mismo tiempo que, en cuanto jueces, se verían obligados a encerrarse dentro de los principios de la ley misma. Si el poder judicial estuviera unido al poder ejecutivo, bien pronto se llegaría a que la potestad ejecutiva no estuviera contrabalanceada por la potestad legislativa. A ello se debió que el estatuto XVI, capítulo 10, de Carlos I, para suprimir la Cámara estrellada, dice: que el motivo de esta supresión es arrancar al poder judicial de las manos del Consejo privado, cuyos miembros deben estar siempre inclinados a interpretar la ley en favor del Príncipe y de sus oficiales» [9].

---

5. Cambridge, at the University press, 1942, págs. 80-86.
6. JOHN FORTESCUE: *De laudibus legum Angliae*, 86-88.
7. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1946, pág. 145.
8. En *Oeuvres complètes*. Paris, Gallimard, II (1951), 397.
9. Cito por la traducción francesa, impresa en Bruxelles, chez J. L. de Boubers, 1774, tres tomos. Cita al I, 390-391.

Que la razón de ser del poder judicial sea política y consista en la defensa de las libertades individuales de los ciudadanos vienen reiterándose por los más consagrados tratadistas posteriores. Sir Thomas Erskine Holland en *Los elementos de la jurisprudencia* indica los de la «protection of legal rights», la protección de los derechos establecidos por la ley [10]. A. V. Dicey precisa la misma opinión, tanto en las *Lectures on the relation between law and public opinion in England during the nineteenth century, Lecciones sobre la relación entre derecho y opinión pública en Inglaterra durante el siglo XIX* [11], que en la *Introduction to the study of the law of the Constitution, Introducción al estudio del derecho de la Constitución* [12]. Opinión que hacen suya Dalzell Chalmers y Cyrill Asquith en las *Outlines of Constitutional law, Derecho inglés* [13]; o J. A. R. Marriot en *English political institutions. A introductory study, Instituciones políticas inglesas. Estudio introductorio* [15]. Entre nosotros se ha hecho eco de esta concepción política de la judicatura inglesa especialista de la talla de Francisco Beceña en *Magistratura y justicia* [16].

Es que la ley fundamental del sistema político inglés no está escrita, ni siquiera en dispersos textos, ya que es sabido no existe ningún documento constitucional supremo. Es un modo de ser, un alma y un espíritu: el de la visión de la libertad como fin último del ordenamiento social, en cuya realidad encuentra el hombre anglosajón la máxima expresión de la justicia. Justicia y libertad forman una sola pieza para meta suprema del buen gobierno. Lo cual no es apreciación subjetiva particular, ni lugar común más o menos literario. Historiador tan avisado como J. W. Gough en el libro *Fundamental Law in English constitutional history, La ley fundamental en la historia constitucional inglesa,* ha llegado a esa conclusión tras el moroso repaso de todos los documentos legales del pasado de Inglaterra [17].

Lo que sucede es que ese principio de libertad bajo la garantía de la separación de poderes pasó al Continente al amparo de sonoras fórmulas más o menos vacías, mientras que en Inglaterra se vive tal cual se vive allí la libertad: sin proclamaciones declamatorias. La libertad se ha refugiado en la judicatura, porque los ingleses no definen libertades abstractas, sino que practican las libertades concretas; libertades concretas que encarnan en los concretos casos judiciales, en el «case-law», sin necesidad de que consten en leyes generales, aunque también esté inscrita en éstas. William Geldart en su *Elements of English Law, Elementos de derecho inglés,* habló del valor pragmático del derecho casuístico, indicando ser una secuela del sentido práctico del alma inglesa, que se aviene a lo efectivo rehuyendo cualquier «academic speculation [18]; pues bien, la judicatura inglesa es el bastión efectivo, eficaz, práctico y concreto de las libertades tal como gustan a los ingleses: vividas, no gritadas.

Carácter pragmático y realista del pueblo inglés que explica su referen-

10. Sir T. E. HOLLAND: *The elements of Jurisprudence*, 81.
11. London, MacMillan and Co., 1940.
12. London, MacMillan and Co., 1919, pág. 218.
13. Quinta edición. London, Sweet and Maxwell, 1936, pág. 6.
14. En el volumen *An introduction to legal systems*, editado por J. DUNCAN M. DERRET. London, Sweet and Maxwell, 1968, págs. 157-193. Cita a la pág. 193.
15. Oxford, at the Clarendon press, 1925, tercera edición, pág. 288.
16. F. BECEÑA: *Magistratura y justicia*, 142.
17. Oxford, at the Clarendon press, 1961, pág. 223.
18. Sexta edición. London, Oxford University press, 1959, pág. 17.

cia al precedente, su constante apoyo en el ayer. Como ha escrito A. K. R. Kirafly en su *Derecho inglés* la continuidad del derecho de propiedad es básicamente medieval todavía; el derecho contractual es el mismo de la época de los Tudor, e incluso más restringido en algunos aspectos, como en la ligazón que sigue a las promesas; persíguense los mismos delitos, bajo idénticos nombres a los utilizados en la edad media, por más que enfocados de otro modo [19]; al paso que Michael Zander en *Cases and materials on the English Legal system, Casos y materiales sobre el sistema legal inglés,* ha revelado lo ilógico de una situación que, sin embargo, vale para los ingleses [20], aunque los continentales nos resistamos a entenderla.

Porque las dos maneras centrales del derecho inglés, el «common law» y la «equity», han aparecido sucesivamente como actividades para corregir defectos en la administración efectiva de la justicia; el «common law« hacia el siglo XIII para traer a los tribunales reales casos que hasta entonces venían juzgándose por los jueces señoriales; el derecho de equidad a medida que, sobre todo en el siglo XVI, crece el número de peticiones a la Corona para resolver según criterios de equitativa conciencia situaciones que se prestaban a abusos si eran resueltas con arreglo al derecho estricto. La dualidad de ambas jurisdicciones es patente desde el siglo XV, pero queda precisada en las luchas del Parlamento contra Jaime I, cuando se llega al compromiso de referir con exclusividad al «common law» los delitos, con la consiguiente supresión de las «Star Chamber» o Cámara estrellada, al par que los tribunales de la equidad en la cancillería regia pasan desde sentenciar por «rules of equity» a basar sus decisiones en normas jurídicas o en los equivalentes precedentes. De donde se puede colegir como el derecho inglés ha sido obra de esas dos especies de tribunales, así como que la fijación de los precedentes en el «case law» es mucho más antigua en el «common law» que en las jurisdicciones según la equidad. En su *Equity. A course of lectures, La equidad. Un curso de lecciones,* F. W. Maitland señala que los más remotos precedentes de la cancillería suben a 1557, siendo así que los del «common law» ascienden al reinado de Eduardo I, o sea, entre 1272 y 1307 [21]. Las reformas de 1873 a 1875 fundiendo ambos tipos de tribunales concluyen un proceso de asimilación que mantiene siempre por encima de todo la función de los jueces como protectores de los derechos de los ingleses contra toda suerte de posibles demasías, primero contra los nobles, apelando a los tribunales reales del «common law»; luego contra las rigideces legales, acudiendo a la equidad del canciller del trono; finalmente contra los funcionarios de la administración pública en los tiempos más recientes.

Los jueces ingleses poseen, a fin de cumplir sus funciones políticas, saber más técnico que científico. Como anota René David en *Les grands systèmes du droit contemporain, Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos,* los jueces de paz o «Justices of the Peace» no son juristas, por lo cual ejercen sus tareas valiéndose de la ayuda de un «clerk» o secretario conocedor del Derecho [22].

Los jueces superiores provienen de la abogacía, no de los centros uni-

19. A. K. R. KIRAFLY: *English law*, 171.
20. London, Weidenfeld and Nicolson, 1974, pág. 10.
21. Cambridge, at the University press, 1969, pág. 8.
22. Tercera edición. Paris, Dalloz, 1969, pág. 377.

versitarios; o sea, gozan de saber técnico y no científico. Agrupados en las cuatro posadas de la corte o «Inns of Court», a saber: el Lincoln's Inn, el Inner Temple, el Middle Temple y el Gray's Inn, que son sociedades voluntarias e independientes del Estado, son los abogados el semillero de donde el Lord canciller selecciona los jueces, sin otra limitación que la de que hayan ejercido la abogacía al menos cinco años para los jueces de condado, siete para los de las cortes superiores y quince para los tribunales de apelación. Por lo demás el nombramiento es enteramente discrecional, sin necesidad de oposiciones ni exámenes acreditadores de nivel científico. Un lord canciller, lord Lyndhurst, lo expresó gráficamente al mostrar sus criterios para los nombramientos de los jueces, cuando dijo: «Si necesito un juez busco entre los abogados un «gentleman»; y si sabe un poco de derecho, mucho mejor». Técnico del Derecho mientras abogado, sigue siendo puro técnico cuando es nombrado juez.

La independencia del poder judicial, garantizada por las dos instituciones de la inamovilidad y de la extensísima amplitud con la que es concebido el delito de menosprecio o «contempt of court» [23], es en realidad la pieza maestra de las libertades públicas. Pero entiéndase bien: factor político bajo la capa de lo jurídico. La función del poder judicial está en asegurar la libertad, partiendo de la ley fundamental de la constitución británica que identifica a las libertades públicas políticas con la justicia. Por ello sus miembros son técnicos del Derecho y actúan siempre como tales. Así fueron concebidos históricamente y así han ido desenvolviéndose en la historia en un país donde la ausencia del derecho romano no requería la norma permanente para punto de partida y donde las aspiraciones hacia la libertad eran el sello de todas y cada una de las instituciones. Los magistrados y los jueces son administradores de justicia en la medida en que son técnicos de la libertad. Por eso sus «obiter dictum», con no pasar de meros consejos persuasorios, tienen tanto valor como la «ratio decidendi» del caso concreto de que se trate. Al colocar a la libertad como valor social supremo, los ingleses hicieron de los jueces sus guardianes. De ahí la misión política del poder judicial en Inglaterra. Y el que no haya habido abusos ni que los jueces hayan incurrido en desatinos habrá de achacarse a la contextura mental del inglés, al clima político británico, a esa parcela obscura huidiza de los hábitos constitucionales que permiten la existencia de instituciones más poderosas bajo el manto de fórmulas jurídicas para los extraños inexplicables. Es lo que quiso decir Dennis Lloyd en *The idea of Law, La idea del derecho*, al indicar que los jueces se hallan transidos de la tabla de valores de la sociedad en que viven, de modo que juzgan aplicando esa tabla de valores [24]; opinión en otros términos manifestada asimismo por Edward Jenks en *El derecho inglés* [25]. Tabla que en Inglaterra es la idea de la libertad individual política, el «principle of public policy», el principio fundamental político que todo un George Whitecross Paton en

23. Bien entendido que solamente en la esfera judicial. Si los magistrados actuasen fuera de la esfera judicial, por ejemplo, como acontece entre nosotros en tribunales de oposiciones a cátedras, puede criticárseles sin el menor asomo del delito de menosprecio. Los casos de Attwood vs. Chapman (1914) 3 K. B. 275 y de Royal Aquarium vs. Parkinson (1892) 1 Q. B. 341, son más que suficientes para probarlo. A este respecto T. C. HARTLEY y J. A. C. GRIFFITH: *Government and Law. An introduction to the working of the Constitution in Britain*. London. Weidenfeld and Nicolson, 1975, págs. 184 y 422.

24. Guilford and London, Macgiblon and Kee, 1966, pág. 230.

25. Versión castellana. Madrid, Reus, 1930, pág. 49.

A text-book of Jurisprudence, Manual de jurisprudencia, sitúa a la cabeza de las fuentes inspiradoras de los jueces [26].

Bien es verdad que otro de los misterios de la constitución misteriosa de Inglaterra, la separación entre el poder judicial y los otros dos poderes legislativos y ejecutivo, no es tan tajante como la soñara la interpretación del barón de Montesquieu, servilmente reproducida en el Continente. Hay jueces que han ocupado cargos ministeriales en un gabinete, bien que poquísimos; yo conozco un solo caso, el de Lord Cave, juez de apelación, que fue ministro del Interior o «Home secretary» por unos pocos meses entre 1918 y 1919. Mas, sobre todo, la figura del Lord canciller es la negación del principio de la separación de los poderes, ya que es miembro del gabinete elegido libremente por el primer ministro y algunos, como hace poco Lord Hailsham, prominente personaje de su partido con larga historia de luchas electorales y parlamentarias; al mismo tiempo que es juez, presidente nada menos que del Comité judicial de la cámara de los lores, a quien nadie prohíbe intervenir juzgando en asuntos que interesen al gobierno, como ocurrió hace poco en el caso Kamara vs. D. P. P. (1973) 2 All E. R. 1242, en el cual el canciller decidió fuesen condenados por conspiradores de allanamiento o por «conspiracy of trespass» los invasores de cierto edificio público; a la par que actúa en el parlamento, nada menos que sentándose en el «woolsack» para presidir las sesiones de la cámara de los lores. Unicamente la capacidad de los ingleses para orillar los desafueros ha permitido al canciller ser personaje prominente en el ejercicio de los tres poderes, en un equilibrio que pareciera imposible en otras latitudes.

Cuestión aparte es la de averiguar si semejante separación de poderes se mantendrá por mucho tiempo. En efecto, la característica del sistema jurídico inglés en el siglo XX es el incremento excepcional de la legislación parlamentaria o «statute law» para regular el ejercicio de las libertades públicas; así lo observan René David en *Le droit anglais, El derecho inglés* [27], y Wolfgang Friedmann en *Law in a changing society, El derecho en una sociedad en cambio,* el último acentuando que hoy la separación de poderes es más hipótesis de trabajo que realidad efectiva [28]. Baste ver la declaración formulada por Lord Reid en Pettit vs. Pettit (1969) 2 All E. R. 385, en la cual somete lisa y llanamente el judicial al legislativo, para darse cuenta de hasta qué extremo han llegado las cosas en la Inglaterra de nuestros días.

La causa de la crisis en la independencia del poder judicial no ha de ser buscada en ninguna alteración del sistema institucional. Como anoté hace poco, el Lord canciller ha presidido de siempre la cámara de los lores y ha actuado como ministro de justicia nombrando jueces, al par que como juez presidente del más alto estrado de la administración de la justicia; verdad que la Courts act de 1971 no cambia substancialmente la estructura de la judicatura inglesa [29]. Ni tampoco puede encontrarse, aunque el hecho ciertamente no deje de tener influencia, en las mudanzas legislativas exigidas por la transformación de una sociedad más o menos patriarcal en una otra sociedad industrial. No; la crisis del principio de la separación de poderes y la disminución del ámbito de competencias judiciales es debida

26. Oxford, at the Clarendon press, 1946, pág. 176.
27. Paris, Presses universitaires de France, 1969, pág. 18.
28. London, Stevens and Sons, 1972, segunda edición, pág. 383.
29. Puede verse en MICHAEL ZENDER: *Cases and materials,* 21-22.

a la variación del concepto de libertad. La judicatura inglesa fue construida en lento laborioso secular trabajo para cumplir la función política de salvaguardar las libertades individuales y hoy las libertades individuales están siendo desmochadas, si es que no cercenadas, con arreglo al nuevo criterio socialista de las libertades colectivas. Las doctrinas del partido laborista, con no tratarse de movimiento internacional marxista sino específicamente inglés, conducen a una noción de libertad en la cual la propiedad no es ni la sombra de lo que era en la Inglaterra del pasado; en la que la libertad contractual queda sujeta a las limitaciones impuestas por un derecho del trabajo en cuyo mecanismo intervienen decisivamente los poderes públicos; en la que el mismo derecho individual de libertad va encarrilado por vías a cada momento más angostas. La actuación legisladora del parlamento en tantas leyes sindicales, económicas, nacionalizadoras de empresas, reguladoras de la seguridad social y demás facetas de la legislación socializante han cambiado el criterio tradicional inglés de identificar a la justicia con unas libertades personales que cada día se parecen menos a las que tuvieran por ideal político los hombres de la Inglaterra de los siglos precedentes. También en Inglaterra la democracia ha vencido al liberalismo. Los doscientos últimos años de la historia inglesa han supuesto la progresiva extensión del sufragio en las reformas electorales de 1832, 1867, 1884 y 1928, cuando la People act del 2 de julio consagra de hecho el sufragio universal. Como ya razoné en *La monarquía tradicional* [30], Inglaterra es ahora democracia plena, y democracia socialista; lo que no puede decirse es que las limitaciones a las libertades individuales, en primer término a las económicas, permitan seguir llamándola un país de régimen liberal.

Al cambiar la noción de la libertad política de individualista en socializante, mudaron por consiguiente las condiciones para la existencia del poder judicial en Inglaterra. El factor socializante ha sido el parlamento, dictando normas del «statute law» en contraste con el viejo espíritu del «case law». De defensores de las libertades individuales los jueces van pasando cada día más a ser los ejecutores de las limitaciones que a aquellas libertades suponen las normas legisladas por el parlamento en el «statute law». La crisis de la judicatura inglesa o si se quiere la crisis de la separación de los poderes en Inglaterra es ideológica, que no institucional. Lo que han variado son los criterios políticos. Con la nueva tendencia hacia las libertades sociales y con el retroceso de las libertades individualistas los jueces han perdido aquello que era su razón de ser: la misión de garantizar las libertades de los individuos. Lo que se derrumba no es un cuadro de tribunales; es el sentido peculiar de la misma constitución política de Inglaterra.

En algunos países de la Commonwealth la judicatura ha reaccionado rechazando las leyes vulneradoras de las libertades individuales, merced al procedimiento de considerar una jerarquía entre las normas, por más que todas ellas, según el concepto de la constitución flexible heredado de Inglaterra, provienen con validez igual del parlamento. Tal ha sucedido en el dominio del Canadá en el tema de la libre igualdad delante de la ley. El Statute Canada 1960, capítulo 44, conocido como el «Bill of rights» o Declaración de derechos canadiense, había establecido la igualdad de los canadienses ante la ley al par que sentaba que toda norma futura del mis-

30. Madrid, Rialp, 1954, pág. 146.

mo parlamento no podía menoscabar el contenido de esa acta declaratoria de derechos a menos que lo dijera expresamente; excepción ésta última a tenor del postulado de la soberanía del parlamento y de la doctrina de la constitución flexible: «Every law of Canada shall, unless it is expresaly declared by an Act of the Parliament of Canada, that it shall operate notwithstanding the Canadian Bill of Rights, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgement or infringement of any of the rights of freedoms herein recognized and declared». En estas condiciones la Indian act de 1952 había decretado cierta penalidad especial para los indios del territorio del Noroeste culpables de embriaguez; con lo cual creaba una diferencia en las penas aplicables a un grupo especial de canadienses como lo eran dichos indios habitantes en el territorio del Noroeste. Llevado el caso ante la Corte Suprema de Justicia resolvió anular la Indian act de 1952; tal fue el caso conocido como Regina vs. Drybones 9 D. L. R. (3rd) 473 (1970). La defensa de las libertades individuales y de la igualdad de todos los canadienses respecto de la ley está razonada por la índole de norma superior de la Declaración canadiense de los derechos en los términos siguientes, redactados por el juez J. Ritchie: «This convert it from its apparent character as a statutory declaration of the fundamental human rights and freedoms which it recognizes, into being little more than a rule for the construction of federal statutes». Así se salva en el Canadá por los jueces el viejo sistema anglosajón de las libertades individuales, merced a alterar en lo posible y en los límites que una constitución flexible lo tolera el entero esquema del derecho anglosajón. Los jueces canadienses cumplieron su misión de salvaguardar las libertades individuales limitando al legislativo, dentro de los linderos permitidos por el legislativo por supuesto, ya que éste es soberano sin barreras. Para llevar a cabo su misión política viéronse forzados a mudar hasta el mismo orden jurídico de una constitución anglosajona como la del Canadá. En el más genuino espíritu inglés los jueces del Canadá hacían sentencia la regla anglosajona contemplada por los teóricos de la constitución al definir a la inglesa el poder judicial por el protector de las libertades ciudadanas; es lo que había enseñado Robert McGregor Dawson en *Democratic government in Canada, El gobierno democrático en el Canadá,* al asentar que «the court protects the rights of citizens against one another and their rights against their government» [31]. Aunque ahora corran otros vientos en el viejo solar de la Inglaterra madre.

Análogo al inglés es el planteamiento de la judicatura en los Estados Unidos de América del Norte, vivificados de la tradición jurídica anglosajona. También aquí la técnica está al servicio de la libertad más que referida a la administración de la justicia. Los jueces federales son escogidos por el ejecutivo o por sufragio universal democrático, sin exigencias de calificaciones científicas de ninguna especie.

Lo característico del derecho norteamericano es el desenvolvimiento de la doctrina de la separación de los poderes hasta el extremo de afirmar la potestad judicial para decretar la constitucionalidad o inconstitucionalidad no ya de los actos del Gobierno, sino de las mismas leyes federales. En la Constitución de 1787, artículo 3.°, no aparece concedida tamaña facultad, confiriéndose a los tribunales únicamente, en el artículo 6.°, párra-

31. University of Toronto press, 1967, pág. 95.

fo 2, la obligación de sujetar a las leyes federales las leyes de los Estados. Razón de esta decisión estaba en la peculiar situación de los Estados Unidos en el momento de la independencia, cuando cada uno de los estados miembros pretendía imponer sus normas propias, desligándose lo más posible de las decisiones del poder federal central; tal el tribunal del Almirantazgo de Pennsylvania en las presas del balandro «Active», negándose a aceptar la revocación de sus sentencias por el comité permanente judicial del Congreso, sin que éste pudiera hacer otra cosa que formular enérgica reclamación declarando su autoridad, pero sin tomar ninguna medida práctica para imponerla en el caso United States vs. Judge Peters, 5 Cranch, 115.

Los poderes del poder judicial fueron hijos del espíritu político de defensa de las libertades individuales de una parte, y de otro lado fruto de la necesidad de poner coto a las pretensiones de independencia de los Estados miembros, ya que amenazaba la situación de llegar a la ruptura misma de la unión si no se ponía coto a tamañas demasías. Por decirlo con palabras del Tribunal supremo en 1795 en la sentencia del caso Penhallow vs. Doane, 3 Dallas, 54, «nos estamos precipitando hacia la anarquía y la confusión».

La perentoriedad de hacer del poder judicial factor unificador de los Estados tan dispares, está clara si se considera que en el primer proyecto de ella o plan Randolph, presentado a la convención en 29 de mayo de 1787, se establecían varios tribunales supremos. Es en el plan Paterson, presentado el 15 de julio del propio año, cuando se habla de un solo tribunal supremo federal, tesis aceptada por los convencionales el 6 de agosto y pasada casi literalmente al artículo 3.° de la Constitución del 17 de septiembre de 1787.

La concepción del poder federal como salvaguardia de las libertades está más que manifiesta en los grandes primeros comentaristas de la Constitución, los padres de ella que dan la interpretación más atendible. En sus *Notes on Virginia*, Thomas Jefferson había planteado la cuestión en el sentido de evitar la concentración de la totalidad de los poderes en el legislativo: «An elective despotism was not the government we fought for, but one which should not only be founded on free principles, but in which the powers of the government should be so divided and balanced among several bodies... as that no one could transcend their legal limits, without being effectualy checked and restrained by the others» [32]. Del mismo modo en el *The Federalist, El federalista*, James Madison concebía la independencia del poder judicial como garantía «contra aquellos eventuales actos usurpadores que podrían conducir a una concentración despótica de la totalidad de los poderes del Estado en las mismas manos [33]; y Alexander Hamilton pondera «la sabiduría de los Estados que han confiado el poder judicial de suprema apelación, no a una parcela del legislativo, sino a cuerpos separados y distintos» [34]. Espíritu de garantizar la libertad con el que interpretan la Constitución americana juristas modernos como Roscoe Pound en *El espíritu del «common law»* [35], Judith N. Shklar en *Legalismo* [36] o Frede-

32. Query, 13. En *Thomas Jefferson on democracy*, editado por SAUL K. PADOVER. Nueva York, Cornell Univeristy press, 1954, pág. 46.

33. En el número 48, fechado en 1 de febrero de 1788. Cito por la versión italiana, impresa en Pisa, Nistri-Lischi, 1955, pág. 340.

34. Número 81, fechado en 1788. En la edición citada, págs. 553-554.

35. Versión castellana. Barcelona, Bosch. s. a., págs. 104-105 y 109-110.

36. Versión castellana. Buenos Aires, Editorial bibliográfica argentina, 1964, pág. 127.

rick A. Ogg y P. Orman Ray en su *Introduction to American government, Introducción al sistema político americano*[37].

Encima de ambos pilares asiéntase la posición del poder judicial en los Estados Unidos. Adrienne Koch en su libro *Power, morals, and founding Fathers, El poder y la moral en los padres fundadores,* lo atribuye a una transacción entre la idea pragmática que Hamilton tenía del poder político y el impulso idealista de Thomas Jefferson[38]. Pero la introducción del control de constitucionalidad tuvo históricamente origen más sencillo; fue el resultado de la pugna entre los dos grandes partidos en que estaban divididos los fundadores de la Constitución de 1787: los federalistas, partidarios de un robusto poder central, y los demócratas republicanos, defensores de los derechos particulares de los Estados miembros. Lo que se debatió, en suma, era sencillamente el fortalecimiento o no de los poderes centrales, el alcance que había de darse al artículo 10 de la Constitución, el cual reservaba a los Estados integrados todos los poderes no concedidos al gobierno central por la Constitución misma. Problema político, no problema jurídico.

Fue la acción de los magnos presidentes del Tribunal supremo la que extendió y consolidó las funciones del poder judicial dentro de la estructura constitucional americana. Hombres de la talla de James Wilson (1789-1798), John Marshall (1801-1834), Stephen J. Field (1863-1897) u Oliver Wendell Holmes (1902-1932). Especialmente John Marshall, «chief Justice» entre 1801 y 1805, fue el artífice de la resolución al resolver el crucial famosísimo caso de Marbury vs. Madison, 1 Cranch, 137. En 1801 sube a la presidencia de los Estados Unidos Thomas Jefferson, sucediendo al federalista John Adams. En los meses inmediatamente anteriores a la entrega de los poderes presidenciales John Adams nombró juez supremo a su secretario de Estado John Marshall, así como juez federal a otro miembro del partido federalista, apellidado Marbury. Cuando Jefferson entra en funciones, y no obstante hallarse debidamente aprobado por el Senado el nombramiento de Marbury, no le envía la comunicación oportuna. Entonces Marbury exhibe un «writ de mandamus» solicitando le sea entregado el nombramiento a tenor de lo establecido por la ley federal judicial de 1789. La decisión del Tribunal supremo, presidido por John Marshall fue acto de partidismo político, para satisfacer los deseos de un miembro de su mismo partido federalista; la entera cobertura jurídica no pasó de solucionar en provecho de sus amigos políticos una discusión sobre la validez de un nombramiento. Pero a partir de aquel instante el principio se afirmó; primero tímidamente, porque en los setenta años que median entre la aprobación de la Constitución de 1787 y la guerra civil no se dieron más que dos casos: el de Marbury vs. Madison, citado, y el Dred Scott vs. Sandford, 19 Howard, 393, en 1857. Cuando se afirma de veras la tesis es en el período que corre desde 1860 hasta 1900, con veintitrés decisiones.

Mas lo cierto es que, afirmando tal principio, la Suprema Corte de los Estados Unidos ha puesto exquisito cuidado en no entrometerse ni usurpar los ámbitos de actuación de los otros dos poderes. El Tribunal supremo ha rehusado siempre opinar sobre cuestiones generales, insistiendo en que su función se reduce a decidir casos concretos en litigio. Cuando el presidente Monroe les sometió a consulta un informe acerca de determinado programa

37. Octava edición. New York-London, D. Appleton-Century company, 1945, pág. 451.
38. Ithaca, New York, Cornell University press, 1967, págs. 1-13.

de reformas interiores, agradecieron cumplidamente el gesto, pero rehusaron emitir ninguna opinión; mientras que sí se pronunciaron en torno al propio programa consultado cuando se trató de su aplicación en relación con los intereses de un banco, en el caso citado como Mc Cullock vs. Maryland, 4 Wheaton, 316. Del mismo modo, a fin de mantener el estricto significado de la separación de poderes, nunca quiso el Tribunal supremo asumir tareas administrativas ni legislativas; tal cuando rechazó hacerse cargo de resolver en torno a la concesión de pensiones, función que les encomendara la ley federal de 23 de marzo de 1792, en el caso United States vs. Todd, 13 Howard 52; o cuando se negó a hacerse cargo de la competencia que el Congreso le otorgara para decidir acerca de la fijación de las tarifas en los servicios públicos en el caso Keller vs. Potomac Electric Power Company, 261 U. S., 428.

Los dos ejemplos antepuestos referentes al poder judicial en países anglosajones denotan a las claras y sin necesidad de mayores comentarios los motivos por los cuales en ellos los saberes técnicos de los jueces han suplantado a los saberes científicos del Derecho. La primera de ellas está en el pragmatismo anglosajón, aferrado a lo concreto y enemigo de nociones generales; el saber técnico de un juez encargado de defender las libertades políticas satisface de sobra al amor a la libertad que es el criterio supremo para valorar las instituciones sociales. La segunda razón está en que el pragmatismo anglosajón sabe unir acertadamente, y sólo él, el idealismo político con la eficacia concreta; «los hombres que se sentaron en la convención federal de 1787 —escribió Charles Evans Hughes en *La Suprema Corte de Estados Unidos*— tenían ideales políticos, pero éstos no extraviaron su juicio práctico» [39].

Pero, con ser tan poderosas ambas razones y con hallarse tan bien halladas en el marco del espíritu inglés proyectado hacia América, no hubieran logrado imponerse de no responder, como responden, a circunstancias políticas precisas. Son pugnas políticas las que dan lugar a instituciones cuya única razón de ser es poder venir a estimadas por conquistas políticas a favor de la salvaguardia de la libertad. Sin el juez John Marshall, sostén de los intereses políticos del partido federalista cuando en 1801 el partido hubo de abandonar la presidencia de los Estados Unidos, no habría una separación de poderes llevada al extremo de juzgar hasta la constitucionalidad de las leyes.

La importancia de la labor del juez en los Estados Unidos, amparados en la interpretación de las normas ensanchadas a lo largo del proceso constitucional americano, ha permitido a la judicatura de aquel país asumir clara función política de garantía de libertades que no admite comparación con la ejercida por la judicatura en los demás países del planeta. Un famoso jurista, Oliver Wendell Holmes, ha podido de esta guisa definir al Derecho como lo establecido por las sentencias judiciales, con independencia de las normas dictadas por los otros dos poderes legislativo y ejecutivo; en forma que lo que verdaderamente contará para el jurista no es el conocimiento de los saberes filosófico ni científico del Derecho, sino averiguar técnicamente, en operación auténticamente profética, aquello que los jueces vayan a sentenciar. En su artículo *The path of the law, El sendero del derecho*, escribe: «Take the fundamental question: What constitutes the

39. Traducción castellana. México, Fondo de cultura económica, 1946, pág. 24.

law? You will find some text writers telling you that it is something different from what is decided by the courts of Massachusetts or England, that is a system of reason, that it is a deduction from principles of ethics or admitted axioms or what not, which may or may not coincide with the decisions. But if we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but what he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact. I am much of his mind. The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law» [40]. Punto de partida del realismo americano, a considerar más adelante.

Recortar el Derecho a adivinanza de la voluntad del juez antójase demasía en tierras europeas, mas no constituye ningún exceso dado el modo de proceder jurídicamente en Norteamérica. La quiebra de esta postura, negadora de todo saber jurídico ajeno a la técnica judicial, es muy grave especialmente en aquel país, habida cuenta de la manera para la selección de los administradores de la justicia, pues se presta a la reducción pura y simple del Derecho a la política pasajera.

Han procurado obviar este peligro algunos comentaristas al subrayar que el juez se inspira en los magnos principios de libertad política inscritos en la Constitución y de los cuales es guardián y máxima garantía. Tal Benjamín N. Cardozo en *The nature of the judicial process, La naturaleza del proceso judicial,* al apuntar que el juez no dicta sentencias caprichosamente ni movido por motivos de política pasajera, sino asumiendo los principios que rigen la vida de la comunidad. «The standards or patterns of utility and morals wills be found by the judge in the life of the community» [41]; en los que encuentra unos límites perfectamente nítidos [42]. Esto es, sujetando la política menuda a la gran misión política de mantener el espíritu de libertad animador de la sociedad americana desde su fundación en el siglo XVIII. Otros, cual Morris R. Cohen en *Law and the social order. Essays in Legal philosophy, Derecho y orden social. Ensayos en filosofía jurídica,* insiste en la misma tesis, sobre la pauta típicamente anglosajona de equiparar la justicia a las libertades individuales [43].

Pero a quien se acerque más a la vera de la realidad de la vida americana le parecerá más veraz la versión de Oliver Wendell Holmes. Martín Mayer en *The lawyers, Los juristas,* ha aportado numerosos jugosos ejemplos de cómo los jueces son elegidos en condición de candidatos presentados por los partidos políticos [44], recordando el dicho de aquel juez de Filadelfia de quien solía decirse llegó a ser juez porque una vez fue amigo de un gobernador [45]. Por la base electoral, lo mismo que en Inglaterra por la designación del Lord canciller, la política, incluso la más menuda y alicorta, puede penetrar en el aparato judicial; que penetre o no depende del espíritu ciudadano, el cual no se halla consignado en documento alguno.

Aunque en los Estados Unidos de América del Norte no se da la mudanza del concepto de libertad individual como eje del ordenamiento constitucional que ha tenido lugar en Inglaterra. Cierto es que no faltan autores que tam-

40. En la *Harvard Law Review* X (1897), 457-478. Cita a la pág. 461.
41. New Haven-London, Yale University press-Oxford University press, 1967, pág. 105.
42. B. N. CARDOZO: *The nature of judicial process,* 140.
43. New York, Harcourt, Brace and Company, 1933, pág. 23.
44. New York, Dell Publishing Co., 1967, pág. 467.
45. M. MAYER: *The lawyers,* 466.

bién topen puntos de crisis en Norteamérica, como Wolfgang Friedmann en *Derecho en una sociedad cambiante* [46]; mas, en la otra cara positiva de la vida jurídica americana, no es menos cierto que el Tribunal supremo de Justicia sigue cumpliendo la función política que la judicatura encarna en los pueblos anglosajones: mantener las libertades individuales.

Mencionaré dos ejemplos típicos: la igualdad electoral y la equiparación educativa, ambas al airón de las tensiones raciales harto sabidas en la sociedad americana. El Tribunal supremo ha impuesto la igualdad entre blancos y negros en los dos sectores del voto y de la integración en las escuelas. El principio de la equiparación de un hombre con un voto en las sentencias recaídas en los casos Baker vs. Carr 369 U. S. (1962) y Reynolds vs. Sims. 377 U. S. 533 (1964). Para la integración de las dos razas en los centros de enseñanza en las sentencias resolvedoras de los casos Brown vs. Board of Education 347 U. S. 483 (1954), remachada en 349 U. S. 294 (1955) y Cooper vs. Aaron 358 U. S. 1 (1958). Las críticas levantadas en la conferencia o asamblea de presidentes de tribunales que tuvo lugar en agosto de 1958 en Pasadena, California [47], no vienen más que a confirmar ese papel político del Tribunal supremo de Justicia como bastión de las libertades del pueblo americano en la línea ideológica inscrita en los textos de las enmiendas a la Constiución.

Entender, pues, la postura del poder judicial en los países anglosajones supone entender esa difícil temática que es la historia política de las instituciones de esas gentes, empleadas en ocultar los secretos mecanismos de su aparatos políticos a fin de mejor defenderlos contra la manía latina de los frecuentes cambios. Y es entender asimismo el espíritu de la Constitución, el ánima enterrada pero eficaz que vivifica al desenvolvimiento de las instituciones, las cuales faltando ese ánima peculiar anglosajona caerían por cuerpo muerto.

La reducción de las judicaturas inglesa, canadiense o americana a sus límites propios, sin necesidad de coacciones externas, su innata repulsa hacia los abusos, son secreto callado del espíritu constitucional inglés. Vano será pretender traducir tales instituciones a pueblos que carezcan de la mentalidad apropiada. Son fruto de la historia decantada en la conciencia popular. Por eso funciona bien, sin abusos de poder, en Inglaterra, en Canadá o en Estados Unidos. Para que funcionaran parejamente en otras partes fuera necesario crear de pronto un espíritu constitucional semejante. Lo cual es imposible.

Por eso también en los países anglosajones la primacía del saber técnico por encima del saber científico del Derecho es hacedera sin quiebras ni desastres. Suple los fallos el prestigio bien ganado de los poderes, la autoridad que les aureola en la consideración de las gentes; porque todos los poderes practican la regla de oro del saber jurídico de que autoridad que se aparta de la ley no merece consideración de autoridad, sin que a ningún juez pase por mientes procesar al ciudadano que la exponga. Ya que saben que procesar por tal motivo sería negar la constitución inglesa, sería destruir el principio mismo del Derecho.

46. W. FRIEDMANN: *Law in a changing society*, 382-383.
47. Conclusiones reproducidas en el *Harvard Law Record* correspondiente al 27 de octubre de 1958, pág. 1.

5. *El saber técnico de la doctrina legal en la actualidad*

Si la cuestión del saber técnico judicial se plantea como tema político revestido de saberes técnicos del Derecho en los países anglosajones, muy otra es la apreciación obtenida en el Continente, donde el saber técnico ha sido sobrevalorado hasta asumir el calificativo por excelencia de saber jurisprudencial, siendo así que el auténtico saber jurisprudencial es el saber más elevado del Derecho, el saber filosófico por excelencia, si nos atenemos a las fuentes romanas, madres depuradoras de toda terminología.

Pues cuestión previa, luego desenvuelta con mayor holgura, es la reducción de la Jurisprudencia a las sentencias dictadas por los tribunales de justicia. Porque han de ser separados desde los umbrales los valores de los vocablos utilizados, si se quiere proceder con el riguroso valor que todo estudio científico posee. La Jurisprudencia es la noticia total de los saberes humanos y divinos, la ciencia de lo justo y de lo injusto; definición traída al saber jurídico romano desde textos estoicos, sin otra fatiga que la traducción y la aplicación a las cuestiones del Derecho. La doctrina legal es lo sentado por el Tribunal supremo de un país en una o varias sentencias coincidentes, doctrina legal que sirve de base para motivos de argumentación delante de los tribunales. Así, por, ejemplo, entre nosotros tiénese por doctrina legal útil para fundar en su infracción un recurso de casación la que es establecida en repetidas e idénticas decisiones del Tribunal supremo aplicables al caso objeto del pleito o proceso, con arreglo a lo que determinan las sentencias del mismo supremo Tribunal de 3 de julio de 1883, de 7 de noviembre de 1885, de 10 de febrero de 1886, de 1 de junio de 1892, de 28 de abril de 1894, entre otras que parece innecesario enumerar. Sin que baste una sola sentencia, según lo fijado en las sentencias del Tribunal supremo de 7 de marzo de 1933, de 29 de octubre de 1934, de 18 de marzo de 1936, de 30 de diciembre de 1944, de 8 de noviembre de 1946 o de 11 de diciembre de 1953; tales sentencias aisladas apenas si tienen otro valor que el de indicaciones, con arreglo a la sentencia del propio alto Tribunal de 20 de diciembre de 1952.

Glosando al número 1 del artículo 1.692 de la ley de enjuiciamiento civil de 3 de febrero de 1881, las decisiones de nuestro Tribunal supremo han equiparado a la ley con la doctrina legal; de acuerdo con las sentencias del 13 de octubre de 1897 y de 13 de febrero de 1922. O sea, están colocadas en la cumbre del ordenamiento jurídico, por encima de los saberes científicos, con los cuales vienen en relación de una de estas dos maneras: o los suplantan, puesto no hay más saber científico que el contenido en la doctrina legal inscrita en dos o más sentencias; o los eliminan de la más mínima consideración, ya que jurídicamente no existen más que si dos

o más sentencias los recogen. En ambos casos asistimos a la sustitución del saber científico por el saber técnico; y en efecto, el Tribunal supremo tiene declarado en las sentencias del 24 de marzo de 1882, del 9 de mayo de 1884, del 7 de noviembre de 1885 y del 22 de junio de 1940, que los comentarios científicos de los comentaristas del derecho patrio carecen del carácter de doctrina legal.

Semejante limitación de la esfera de lo científico, encerrando la ciencia en las medidas por los jueces del Tribunal supremo estimadas convenientes, constituye bárbara inversión de los saberes jurídicos desde los ángulos de la ciencia y de la filosofía del Derecho. Porque lo dicen unos técnicos, por muy compententes que sean al fin y al cabo simples técnicos, llamados por sí mismos a discernir lo que es ciencia de lo que no es ciencia, dotados del poder supremo de calificar desde la técnica los valores y los saberes de la ciencia jurídica. Y no con referencia a algún caso concreto, cual acontece en los países anglosajones; pero sentando doctrina a través de dos o más sentencias concordantes.

Ni cabe decir tampoco que los magistrados posean ciencia jurídica en muchos casos. Cierto que así es, para mayor prestigio de sus togas, incontables veces. Pero la poseen no en calidad de magistrados, sino en cuanto especialistas, publicistas o maestros. Jamás la ciencia va adscrita a la toga, porque la toga requiere solamente saber técnico.

La cuestión de la jerarquía de los saberes es sobremanera importante porque plantea el problema cardinal del derecho político de los equilibrios entre los poderes, si se habla en términos liberales, o del contrapeso entre las funciones dentro del único poder estatal, como en la España de los cuatro últimos decenios. Por lo cual, para proceder con orden, será conveniente deslindar las siguientes cuestiones sucesivas: *a)* el planteamiento legal estricto; *b)* la negación del derecho natural, saber filosófico jurídico, y de la ciencia del Derecho desde la sujeción a una criba técnica de los preceptos del primero y de las conclusiones de la segunda; *c)* la lamentable confusión entre Jurisprudencia y doctrina legal, en función de averiguar a quién toca determinar o reconocer los principios generales del Derecho; *d)* la ruptura del equilibrio institucional; y *e)* la necesidad de restablecer el equilibrio de los poderes o la conexión de las funciones, según la terminología que se prefiera, características de un auténtico estado de derecho.

a) *El planteamiento legal estricto*

En sus orígenes el Tribunal supremo, igual que el resto de los tribunales encargados de la administración de la justicia, tuvo por misión la de cumplir y hacer cumplir las leyes. Saber técnico, no científico. El artículo 9.° del decreto del 4 de noviembre de 1838 establece la obligación de que «el Tribunal manifieste los fundamentos de hecho y de derecho que tuviera presentes para dictar su fallo», cual puntualiza Juan María Rodríguez en las *Instituciones prácticas o curso elemental completo de práctica forense*[1]. Esto es, para aplicar las normas dictadas en sus respectivas competencias por los otros dos poderes, por el legislativo y por el ejecutivo. Del mismo modo la disciplina fundamental en estas materias, la establecida por la ley

1. Sevilla, Imprenta El Sevillano, dos tomos. Cita al II (1843), 328.

orgánica del poder judicial del 15 de septiembre de 1870, recorta a esa tarea las funciones de la judicatura. En el artículo 2.° se fija que «la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponderá exclusivamente a los jueces y tribunales». Es la afirmación del principio de la separación de poderes aplicado ahora al poder judicial, al cual está reservada la administración de la justicia; siendo su correlativo el de que el poder judicial no pueda hacer menester que exceda a su estricta misión de la aplicación de las normas administrando justicia. Es lo que se consagra en el artículo 4.°, corolario natural y negativo de las afirmaciones positivas inscritas en el artículo 3.°, al señalar como «los jueces y tribunales no ejercerán más funciones que las expresadas en el artículo anterior». Esto es, los miembros del poder judicial no podrán dictar normas de carácter general, pues si así lo hiciesen usurparían las funciones del poder legislativo; ni intervenir en asuntos propios de la administración, porque entonces atropellarían los campos reservados al poder ejecutivo. A la letra lo declara contundentemente el artículo 4.°: «Por consecuencia de lo ordenado en el artículo que precede, no podrán los jueces ni los tribunales mezclarse directa ni indirectamente en asuntos peculiares a la administración del Estado, ni dictar reglas o disposiciones de carácter general acerca de la aplicación o interpretación de las leyes.»

Habrá que reconocer que el rigor lógico de la ley del 15 de septiembre de 1870 es intachable. Parte de la existencia de tres poderes concurrentes: uno que legisla, otro que aplica las leyes, y otro que cuida de que sean rectamente aplicadas. No tiene el poder judicial más tareas legales que estas últimas. En caso de discrepancia, con arreglo al más puro doctrinarismo luego definitivamente afianzado por la Constitución de 1876, el poder moderador de la Corona resolverá la discrepancia entre los tres poderes fundamentales. En el esquema de la Constitución de 1876 el poder judicial es poder subordinado al poder real o moderador, quien asume la resolución de sus discrepancias o choques con otros poderes, porque sus funciones están claramente consignadas en el artículo 76 del texto constitucional: «A los tribunales y juzgados pertenece exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios criminales y civiles, sin que puedan ejercer otra función que la de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado.» Confirmando casi a la letra lo estatuido por la ley orgánica del poder judicial de seis años atrás la Constitución canovista sujeta al poder judicial bajo la férula del poder moderador, determina su función estricta de aplicar las leyes y, en legítima pureza de doctrina liberal, prohíbeles cualquier tarea que exceda de esta labor así como inmiscuirse en consecuencia invadiendo los ámbitos reservados a los otros dos poderes, el legislativo y el ejecutivo.

Sin embargo, al margen de tan taxativos preceptos legales, ha venido construyéndose la doctrina legal de manera tal que los saberes científicos de maestros o legisladores han quedado sujetos a la criba de este poder, ahora autoerigido en poder supremo dentro del Estado: el poder judicial.

El proceso tuvo su momento mayor al correr de la séptima década del siglo XIX. En la sentencia del 10 de febrero de 1860 determina ya el Tribunal supremo que para poder alegar como infringida una doctrina legal es necesario precisar cuál sea y a qué particular haga referencia, así como que «esté admitida por la jurisprudencia de los tribunales». La negación de la ciencia jurídica aparece en la sentencia del 20 de junio de 1863 al asentarse como no pueden ser invocadas por verdaderas doctrinas los dogmas abstractos de la moralidad o de la justicia, sino las leyes que sean pertinentes

y la jurisprudencia o doctrina legal donde concretamente consten dichos dogmas. La sentencia del 30 de junio de 1866 perfila la doctrina legal en modo matemático, cuantitativo y no cualitativo, al definir por doctrina legal el contenido en dos o más sentencias concordes. La sentencia del 21 de febrero de 1867, castigando a cierto letrado falseador de hechos y abusador de argucias procesales, junto con el tono de otras casi coetáneas, las del 30 de enero y 28 de noviembre de 1861 o la de 24 de mayo de 1862, aceleran el proceso, merced al cual los jueces asumen por sí mismos la decisión suprema sobre qué será o no será el derecho natural, los principios generales del Derecho o la ciencia jurídica a secas. Esto es, consuman la primacía de hecho del saber técnico por encima de los demás saberes jurídicos: del derecho natural inscrito en el saber directo común o vulgar, del derecho filosófico o principios generales del Derecho o de la ciencia jurídica a secas o derecho científico.

Con su sabida maestría Federico de Castro en el *Derecho civil de España. Parte general,* ha tocado este problema con palabras que parece inexcusable repetir. Castro demuestra que «los autores y magistrados formados en la doctrina española tradicional, y los mismos que intervinieron en la redacción de la ley de enjuiciamiento civil, entienden que la jurisprudencia (como doctrina legal, por supuesto) no era fuente de derecho» [2]; de suerte que «sus fallos, por tanto, no son ni han de ser respetados como doctrina legal» [3]. Y como tal lo reconoció el propio Tribunal supremo en los momentos de oscilación que corren a lo largo de la séptima decena del siglo XIX, cuando todavía no estaba consolidada la teoría, establecida por el Tribunal supremo mismo, de la doctrina legal matemática como fuente del Derecho. Así en la sentencia del 11 de diciembre de 1865 estableciendo que las decisiones suyas no pueden ser impuestas como preceptos legales para los efectos de la casación, o en la del 19 de diciembre de 1862 al estimar no hay otras doctrinas legales que las dimanadas de las propias leyes. No de otro modo tampoco, jurisconsulto de tanta talla como Pedro Gómez de la Serna, al redactar los *Motivos de la ley de enjuiciamiento civil* de 1855, recortaba la función judicial a «vigilar por la genuina, por la recta aplicación de la ley escrita», y nada más [4].

Federico de Castro ha explicado este fenómeno de ensanchamiento del poder judicial desde aplicador del Derecho a establecedor de las fuentes del Derecho con palabras insustituibles: «La decadencia de la formación jurídica y la desconexión con la doctrina tradicional explican la deformación doctrinal posterior. Algunos autores confunden la Jurisprudencia con el derecho consuetudinario, identificando «usus fori» y costumbre, y la consideran así verdadera fuente jurídica; su equivocación está en creer que las dos (o treinta) sentencias a que se refieren las *Partidas* como requisito de la costumbre, la creaban por sí misma, cuando, según la doctrina clásica, eran sólo síntomas de la preexistencia de una costumbre. El tono imperativo de alguna sentencia del Tribunal supremo, al exigir la observancia de la jurisprudencia, y el hecho de que se publicasen —al igual que las leyes— en la *Gaceta de Madrid,* hizo que otros creyeran que, dictadas dos o más sentencias idénticas entre sí, lograban fuerza legal. No se advierte que aquel

2. FEDERICO DE CASTRO: *Derecho civil de España,* I, 564.
3. F. DE CASTRO: *Derecho civil de España,* I, 564-565.
4. Citado por MANUEL ORTIZ DE ZÚÑIGA: *Práctica general forense.* Cuarta edición. Madrid, José Rodríguez, 1861, dos tomos. Cita al II, 220.

énfasis se daba en sentencia que impone una corrección disciplinaria y que en la *Gaceta* se publicaban también otras resoluciones administrativas»[5].

Paréceme que a esta explicación, perfecta desde el punto de vista histórico, habría que añadir otra: la confusión entre jurisprudencia y doctrina legal, con el desconocimiento de la majestad del saber jurisprudencial y la secuela de pensar pudiera ser pasado a cedazo por el saber técnico de los jueces. De donde la suposición de que la exégesis del caso concreto, que presupone una proposición mayor a la que referir la proposición menor de los hechos del caso de que se trate, lleve a opinar que las conclusiones son capaces de modificar la proposición mayor que servía de inexcusable punto de partida.

Pese a las avanzadas de ensanchar las esferas del poder judicial por parte del Tribunal supremo, el código civil mandado publicar por decreto del 26 de mayo de 1889 ignora la doctrina legal como fuente del Derecho. Sin que tampoco haya subido a tal grado tras la reciente reforma del mismo Código civil por la ley del 17 de marzo de 1973, ya que, aunque se alude por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico a la doctrina legal, la misión que le está reconocida no es en ningún modo creadora de dictados con fuerza legal, pero meramente complementaria de las fuentes del Derecho, que a tenor del artículo 1.°, párrafo 1, siguen siendo con exclusividad las tres de la redacción antigua: la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Lo que el Tribunal supremo ha de hacer es simplemente interpretar a las leyes con su doctrina; dícelo el artículo 1.°, párrafo 6: «La jurisprudencia complementará al ordenamiento jurídico» constituido únicamente por las tres fuentes indicadas «con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

Lo que acontece es que la nueva redacción nada clarifica y deja subsistente la acción del Tribunal supremo en su pretensión, hasta ahora conseguida, de someter los principios generales del Derecho a su previo reconocimiento en dos o más sentencias concordes. La cuestión de los saberes jurídicos, por tanto, se traslada a la de averiguar si el Tribunal supremo está capacitado o no para cribar con su saber técnico los principios generales del Derecho, que son saberes filosóficos y que han sido una vez más calificados de fuente dentro del ordenamiento jurídico español. Lo que se verá en el apartado *c)* un poco más abajo.

b) *La negación del derecho natural, saber filosófico jurídico, y de la ciencia del Derecho desde la sujeción a una criba técnica de los preceptos del primero y de las conclusiones de la segunda.*

Con la preeminencia de hecho concedida no por ningún texto legal, sino decidida por el Tribunal supremo para la doctrina legal contenida en sus sentencias, llégase al absurdo de que el mismo derecho natural, que es obra de Dios y cuyos preceptos coinciden con los del Decálogo según la doctrina tradicional católica y según las tesis de los juristas clásicos españoles, depende en sus aplicaciones concretas de que sea admitido o no por dos sentencias concordes del Tribunal supremo. En efecto, las sentencias del alto Tribunal de 30 de abril de 1923 y de 3 de diciembre de 1928 estatuyen

5. F. DE CASTRO: *Derecho civil de España*, I, 565.

que, faltando sentencias anteriores en donde apoyarles, no valen los principios generales del Derecho en las alegaciones motivadoras de los recursos de casación. Igualmente la sentencia del 12 de enero de 1927 establece que, para poder ser invocados en casación, será necesario citar las sentencias que los hayan sancionado y declarado aplicables como normas de Derecho. Otra sentencia, la del 24 de noviembre de 1917, negaba pudiera prevalecer como motivo de casación la infracción del principio jurídico general «iuris error nulli prodest» si no era citada ninguna sentencia del Tribunal supremo que lo hubiera mencionado.

La consecuencia es sencillamente monstruosa, porque da por supuesto que la criatura, con todos los fallos que los humanos tienen por el mero hecho de ser criaturas, está capacitada para decidir acerca de principios de derecho natural por Dios establecidos. En pura doctrina cristiana, incluso en todas las religiones que haya habido, hay o habrá nunca, la criatura no es apta para juzgar los dictados del Creador. Y verdad es que la conocida excelente calidad humana de los magistrados del Tribunal supremo individualmente considerados impide pueda nadie sospechar siquiera caigan en cometer la soberbia injusticia satánica de creerse superiores a Dios mismo en el acto solemne de administrar justicia. Pero una cosa es la práctica agarrada a los valores humanos y otra la doctrina en sí, monstruosamente satánica, absurdamente diabólica, establecedora de una concepción antropocéntrica del Derecho que se despeña sin más en herejía contra el primero de los mandamientos de la ley de Dios. Separemos a los hombres de la doctrina y nunca confundamos la estima que los magistrados merecen con la monstruosidad que tal doctrina es.

Parejamente sucede con el saber científico, también válido apenas en la medida en que ha pasado por la criba doctrinal que la doctrina legal supone. Las sentencias del 24 de marzo de 1882, del 9 de mayo de 1884, del 7 de noviembre de 1885 y del 22 de junio de 1940 niegan sirvan como base para el recurso de casación las opiniones de los jurisconsultos, por muy altos y egregios maestros que éstos fuesen. Es el caso típico de anteponer el saber técnico al científico. Y conste que con ello no se niega la competencia individual de los magistrados, sino se insiste en que al actuar como magistrados usan solamente de sus saberes técnicos, ya que la aplicación técnica de las leyes, aproximando las normas a los casos concretos, es el saber atañente a las magistraturas judiciales. Y solamente tal saber con arreglo a la legislación vigente.

c) *La confusión entre Jurisprudencia y doctrina legal, en función de averiguar a quién toca determinar o reconocer los principios generales del Derecho* [6].

El nervio de la discusión se halla en si el Tribunal supremo, depositario de un saber técnico del Derecho, tiene o no capacidad para establecer o reconocer los saberes filosóficos en que consisten los principios generales del Derecho. La respuesta es bien sencilla: rotundamente negativa. Pues en ningún caso los escuetos científicos que se atienen a alguna rama particular de

6. Recojo en este apartado c) los argumentos adelantados en mi estudio *Los principios generales del derecho en el artículo 1 del Código civil reformado en 1973*, a publicar por el Ilustre Colegio notarial de Madrid.

la investigación jurídica pueden acercarse a definir materias filosóficas; cuanto menos podrán hacerlo los meros técnicos a quienes se halla encomendada y es la sola misión que les está encomedada, la aplicación de las leyes y de las costumbres, esto es, circunscritos por imperativo legal indiscutible dentro de los mojones del derecho positivo. Los principios generales del Derecho únicamente pueden ser reconocidos por la Jurisprudencia, por los jurisconsultos. Jurisconsultos que son solamente los filósofos del Derecho, con exclusión de los científicos y no digamos de los técnicos, aunque en este punto caiga la sombra de confundir a la Jurisprudencia con la doctrina legal en yerro que enseguida se aclara.

Verdad es que en la literatura jurídica se les ha confundido con error patente. Autor tan notorio como Felipe Sánchez Román en los conocidos *Estudios de derecho civil* pide que los principios generales del Derecho sean fijados por los juristas y los técnicos, olvidando se trata de criterios de alteza filosófica. Sánchez Román aporta su «juicio desfavorable» a la inclusión de los principios generales del Derecho como fuente legal, pues a su entender «el mencionar en un Código civil como criterio preceptivo para los tribunales los principios generales del derecho, o constituye una disposición innecesaria, o una vaguedad peligrosa, o una novedad incompleta y no muy meditada» [7]. Son sus palabras: «Equivaldría a una disposición innecesaria, si se considera que los tribunales encargados de la justicia civil se forman de peritos en el derecho, que con sujeción a las reglas de su ciencia y técnica, ejercen la función de declarar y hacer cumplir el derecho de cada uno de los litigantes, intervención de elementos científico y técnico, igualmente necesarios en la dispensación de la justicia civil, para el caso en que la regla jurídica emanada de la ley o de otra fuente de origen de las admitidas necesite tan sólo ser interpretada o requiera por su deficiencia ser suplida; puesto que la ley o regla de derecho, en general, no se aplica al caso particular y concreto por ninguna fuerza automática, ni por ningún principio fatal de gravitación, sino por la mediación de un sujeto inteligente y capacitado que relacione, adapte y acomode la primera al segundo» [8].

Semejantes conclusiones, redundantes en entregar los principios generales del Derecho en manos de los estudiosos y de los jueces, de los científicos y de los técnicos, explícanse por la época en que Felipe Sánchez Román escribía, sumergido bajo el avasallador oleaje del predominante positivismo, reacio a tolerar la menor huella de filosofía. Felipe Sánchez Román está incapacitado para elevarse por encima de las técnicas judiciales al abordar los principios generales del Derecho, porque en sus días no eran genéricamente aceptados más que el saber científico y el técnico. Habidas como las formas más egregias del conocimiento la ciencia y la técnica, endorsa a los poseedores de ellas la suprema tarea de fijar los contenidos propios de una filosofía por él despreciada o deliberadamente ignorada. Conténtase con ponerlos en la cima de los saberes, cima superior que para él eran los científicos y los técnicos; creyó que la formación intelectual de tales personajes bastaba para elaborar una doctrina que trocara innecesaria y superflua a la filosofía, por el positivismo desterrada del solio de reina de los saberes jurídicos.

Mas semejante postura, si era explicable en 1890, no es dable admitirla luego, por más que reste disculpa para quien la defendió entronizando a la

7. Madrid, Sucesores de Rivadeneyra. II (1889-90), 102.
8. F. SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de derecho civil*, II, 103.

técnica judicial por usurpadora del trono de la filosofía. Correspóndese con la disposición transitoria 13 del Código civil en 1889, que remitía los principios generales del Derecho al quehacer científico de buscar cuáles eran los criterios inscritos en el Código mismo y en el ordenamiento positivo vigente en España, excluyendo la menor referencia a ninguna visión universal, esto es filosófica, del Derecho.

Enfermedad de la época que trajo también como herencia del siglo XIX otro gravísimo error: la confusión de la Jurisprudencia con la doctrina legal, esto es el saber filosófico con el saber técnico deducido de la función de aplicar las normas por jueces y tribunales. Opinábase entonces, eliminada la filosofía como saber posible del Derecho, que la apreciación de los técnicos juristas era la Jurisprudencia y dióse en el tremendo equívoco de elevar a Jurisprudencia lo que no era más que la doctrina legal del Tribunal supremo. Cual ha apuntado Evaristo Louzao en *La Jurisprudencia. Su fuerza obligatoria* todo vino por interpretar erradamente una ley de las *Partidas*, la ley 5 del título II de la partida I, en la cual se precisaba ser manera para la determinación de la existencia de la costumbre que en tiempo de diez o veinte años en que ésta era guardada «fueren dados concegeramente dos juizios, por ella, de omes sabidores, e entendidos de juzgar» [9]. El abuso vino de tomar lo que era medio de prueba de la costumbre concreta del lugar por averiguación de los saberes filosóficos del Derecho, en confundir la prueba con la razón jurídica, en trastocar el hecho a saber doctrinal, en mezclar la práctica probadora con los saberes filosóficos del Derecho. En la legislación de Alfonso X el Sabio los saberes jurídicos estaban por encima de las decisiones de los tribunales; ahora quedan sujetos a ellas. Inversión de la jerarquía de los saberes jurídicos que el propio Evaristo Louzao refleja en los siguientes términos: «Y he ahí la diferencia entre las leyes de las Partidas y la legislación positiva actual. En aquéllas, las nociones de justicia y Derecho son anteriores y superiores al organismo de juzgados y tribunales. Los errores de éstos y las falsas o equivocadas aplicaciones que hagan de la ley o fundamentos jurídicos, no afectan ni empañan la pureza del Derecho y de la justicia, cuyos principios continúan en toda su fuerza y vigor, y la sentencia errónea o juicio equivocado sin efectos «bien assi como si non fuesse dado» [10]. Mas en la legislación positiva actual, el Derecho, la justicia y las resoluciones que dicten los tribunales están estrechamente enlazados y eslabonados hasta el punto que parece tener justificación aquel dicho vulgar: Justicia es, lo que en tribunal de cinco deciden tres» [11].

Fue el propio Tribunal supremo quien colaboró a la confusión entre Jurisprudencia y doctrina legal al interpretar el artículo 1.729, número 10, de la ley de enjuiciamiento civil en el sentido de que no cabe admitir ningún recurso fundado en doctrina o en los principios generales del Derecho sin que medie la previa aceptación a través de dos o más sentencias concordes del Tribunal supremo mismo; de suerte que no basta con alegar el principio, pero hay que aportar además la ley o sentencia en que se halle embebido o contenido; tales, entre otras muchas, las del 10 de diciembre de 1894, 30 de mayo de 1898, 12 de enero de 1927, 3 de diciembre de 1928, 24 de diciembre de 1960, 12 de mayo de 1961, 29 de enero y 13 de diciembre de 1962, 10 de junio de 1966, 27 de octubre de 1967, 28 de mayo de 1968 y 7 de febrero de 1972, entre las que suelen traer a colación nuestros tratadistas civilistas.

9. En la *Revista de derecho privado*, VII (1930), 74 b - 77 b. Cita a la pág. 76 a.
10. Expresión de la ley 19, título XXII de la partida III.
11. E. Louzao: *Jurisprudencia. Su fuerza obligatoria*, 75 b.

Por bárbaro que parezca no han faltado los que aprueben semejantes gestos; por ejemplo, Rafael García Ormachea en *La jurisprudencia y la ley* [12], aplaudiendo expresadamente sentencias como las del 11 de diciembre de 1922 en que el Tribunal supremo afirma que la doctrina establecida en las sentencias suyas «merece igual respeto que la ley escrita», o la de 19 de abril de 1915 en que sube la pretensión a corregir los mismos textos legales. Mas el recto sentido común de nuestros juristas ha opinado por lo general lo contrario. Sin entrar en las polémicas críticas que semejante actitud del Tribunal supremo ha suscitado, recordaré algunos trechos condenatorios. Joaquín Dualde en *Una revolución en la lógica del derecho. Concepto de la interpretación en derecho privado* ha llegado a escribir que «el Tribunal supremo... al aplicar la doctrina legal y al hacer valer la jurisprudencia actúa inconstitucionalmente y contra el Código civil», cuyo artículo 5.° (en la vieja redacción de 1889, donde ordenaba que «las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores, y no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario»), vulnera al establecer esta costumbre «contra legem» [13]. Mauro Miguel y Romero en *Los principios generales del derecho y la doctrina legal como fuentes jurídicas en España*, explica de que con ello la doctrina legal «no sólo resulta antepuesta en el terreno práctico a los principios generales del derecho, sino que pretende anularlos, contrariando al artículo 6.° del Código civil» (antiguo de 1889) [14]. Más cauto en la expresión, por más que no menos duro en la censura, Manuel Francisco Clavero Arévalo en *La doctrina de los principios generales del derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo* insiste en la «deformación» en que se cae «si se confunde, como se ha hecho, la doctrina legal con la Jurisprudencia» [15]. Acerbas críticas respectivamente expresadas por especialistas en los derechos civil, procesal y administrativo desde la ciencia jurídica, en términos cuya dureza háse de eludir por el respeto que merece el Tribunal supremo de justicia.

Vista la cuestión no ya desde la ciencia como estos ilustres especialistas hacen, sino desde la filosofía del Derecho, han de plantearse dos explicaciones negadoras: la de la significación antifilosófica de aquella tesis impuesta —legalmente o no, que en ello no interfiero— por el Tribunal supremo; y en la verdadera significación de lo que la Jurisprudencia sea.

A lo primero, independientemente del juicio más o menos agrio que hemos visto suscita en los científicos, lo que sí es evidente es que la pretensión de reducir los principios generales del Derecho alegables delante de los tribunales a aquéllos que antes hayan sido admitidos en previas sentencias del Tribunal supremo equivale a visión enteramente positivista, consistente en no aceptar más principios generales del Derecho que los que quepan dentro de la esfera del ordenamiento jurídico español. Pues vistos de esta guisa no valdrán por sí, pero en cuanto hayan sido incorporados uno por uno al ordenamiento jurídico a través de su definición por la técnica judicial. Con lo cual la vigencia universal de los criterios filosóficos resta subordinada al hecho de que los señores magistrados del Tribunal supremo se dignen reconocerlos como tales; de lo que resulta que los técnicos usurpen el sitio a los filósofos, que la técnica reemplace a la filosofía del Derecho, que quede rota la jerarquía de los saberes jurídicos y que la universalidad

12. En la *Revista general de legislación y jurisprudencia*, CXLVI (1925), 448-453.
13. Barcelona, Bosch, 1932, pág. 308.
14. En la *Revista general de legislación y jurisprudencia*, CLXX (1941), 353.
15. En la *Revista de administración pública*, III (1952), 84.

segura de las verdades filosóficas depende del arbitrio de que quieran o no reconocerlas como tales verdades quienes por sí y ante sí han asumido la tarea de amojonar el contenido de nuestro ordenamiento jurídico.

Ello se debe a la confusión que plantea la segunda observación: qué sea la Jurisprudencia. Porque, siguiendo la pauta decimonónica, también por parte de los señores magistrados del Tribunal supremo mézclase a la doctrina legal, que es saber técnico, con la Jurisprudencia, que es saber filosófico. Confusión que perdura incluso después de los inicios de los estudios para la reforma del Código civil, como en *La Jurisprudencia en el título preliminar del Código civil* del juez Julián Manuel Fernández del Corral [16]. Confusión terrible, tan extendida que campea en la exposición de motivos de la ley del 17 de marzo de 1973 al postular que la reforma sea hecha «acomodando éste (el texto vigente) a la doctrina más autorizada y a la jurisprudencia del Tribunal supremo»; con el resultado de que la base I, número 4, establezca que «la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que establezca el Tribunal supremo sobre aplicación de las fuentes». Puntos de vista repetidos en el preámbulo del decreto de 31 de mayo de 1974 y en el artículo 1.°, número 6, donde se estatuye que «la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal supremo al interpretar y al aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho». Pues si bien aquí no se eleva a la doctrina legal a fuente del Derecho, como más arriba se indicó, sí se confunde a la doctrina legal con la Jurisprudencia.

Con lo cual sigue en pie la confusión lamentada. Pues aunque semejante redacción reduce rectamente la función del Tribunal supremo a la de interpretar y aplicar los principios generales del Derecho a los casos singulares que la vida vaya presentando, implícitamente convalida la práctica, según Joaquín Dualde «contra legem», de recortar la alegación de tales principios a la previa aceptación o no en sentencias del Tribunal supremo. Lejos de poner coto a la confusión entre doctrina legal y Jurisprudencia, los redactores de la ley de 1973 y del decreto de 1974 siguen manejando los retrasados puntos de vista dominantes en la época de la redacción del Código civil en 1889, dando de lado a las investigaciones que han puesto de manifiesto la imposibilidad de equiparar la noción de la Jurisprudencia en el Derecho modelar de Roma con la doctrina legal nacida al amparo de la decadencia filosófica característica del cultivo del Derecho en el siglo XIX y peculiar del tiempo en que el Código fue compuesto. Canonízase por filosófico al saber técnico; recórtanse a principios generales del Derecho, universalmente válidos porque reflejan la ley natural que todo hombre lleva impresa en su corazón por el mero hecho de ser hombre, a la limitada circunstancia de que inspiren o no determinado monumento jurídico particular como es el Código civil español; y para colmo de confusiones, atribúyese a la doctrina legal dimanada del proceder técnico de los tribunales, cuya función según las leyes orgánicas que los regulan son las de aplicación a cada caso concreto de las normas positivas, la categoría de saber universal del Derecho como lo es el saber estructuralmente filosófico de la Jurisprudencia. Lejos de remitir a la suprema autoridad del Estado la resolución de los conflictos legales entre los poderes que en el Estado hay, enciérrese a los principios generales del Derecho en la cárcel positivista de la doctrina legal emanada del Tribunal supremo; los reforma-

16. En el *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, XXVI, 935 (15 de diciembre de 1972), 174.

dores hodiernos han perpetuado, y hasta acrecentado, el confusionismo ambiente, dado que indirectamente le respaldan.

Porque Jurisprudencia y doctrina legal son cosas radicalmente distintas. Desde sus orígenes en Roma la Jurisprudencia es saber clara y patentemente filosófico. Los orígenes del vocablo Jurisprudencia hay que buscarlos remontándose a la primera distinción entre «fas» y «ius». Los más antiguos jurisconsultos conocidos en Roma fueron los pontífices, cuyas «responsa» expresaban el Derecho en la medida en que el Derecho o «ius» era la aplicación a los casos concretos, no de un saber estricta e independientemente jurídico, sino del «fas» o saber universal y misterioso de los dioses. Fueron los pontífices los definidores del «ius» a fuer de intermediarios entre el problema presentado y la realidad mágica y divina del orden querido por los dioses, como con mayores argumentos quedará referido en la glosa 6.ª de la lección 5.ª. Era para ellos el «fas» el saber supremo que proporcionaba la permanente inspiración del «ius»; saber teológico, aunque no revelación divina; la aplicación a los problemas actuales de un conocer a través de las fórmulas rituales mediante las cuales resultaba accesible la decisión de los dioses, cual precisa Theo Mayer en *Vom Rechtsbegriff der Römer, Para la concepción del derecho de los romanos* [17]. El procedimiento ritual, enhebrado en los estratos superiores de la teología, da nacimiento al «ius», de modo que los principios fundamentales inspiradores del Derecho de la Roma primera fueron principios teológicos, más allá del círculo propiamente jurídico. En *Quelques remarques sur la «creatio» des magistrats, Algunas observaciones sobre la «creatio» de los magistrados*, Pietro di Francisci ha comparado la tarea definidora del «ius» por los pontífices con la función adivinatoria de los augures impetrando mediante los auspicios la aprobación de Júpiter para el nombramiento de los magistrados [18]. No en balde las «responsa» pontificales que son las primeras declaraciones jurisprudenciales del Derecho, llamábanse así, «responsa», exactamente igual que las profecías guardadas en el templo de Apolo, según relata Servio Mauro comentando a la *Aeneida* virgiliana, al VI, 70-72; y no en balde tampoco el lenguaje empleado en esas «responsa» pontificales era un idioma especial, enriquecido de poéticas tonalidades mágicas, parejas en los decires a los «carmina» o cantos líricos solemnes de los poetas antiquísimos. Es que el «ius» era el conjunto de reglas otorgadas e impuestas a Roma por el dios protector de Roma, por Júpiter; puesto que el «ius» no fue otra cosa que la aplicación, a través de la voluntad concreta de Júpiter, para los romanos de los principios fundamentales en que consistía el «fas». El dios patrón de Roma traduce el «fas» universal en el «ius» de Roma; por eso, por expresión de la voluntad del dios protector y señor de Roma, de Júpiter, el Derecho díjose cosa propia de Júpiter, díjose «ius». Los sacerdotes jupiterinos fueron los primeros jurisconsultos porque eran los encargados de interpretar la voluntad de Júpiter en que el Derecho consistía. Donde se ve que desde los comienzos de la trayectoria secular romana, los principios generales del «ius» o del Derecho, encontrábanse fuera, más arriba, en el «fas»; tocando a Júpiter en su condición de señor dios protector y gobernador de Roma traducir, a través de sus sacerdotes los pontífices, ese cúmulo de preceptos inspiradores del Derecho en el Derecho vivo, en el «ius». De ahí fueran los pontífices los más antiguos juristas que en Roma haya habido desde los días remotísimos de la fundación de la urbe.

17. En la *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*. Neue Folge. IX (1958), 154.
18. En *Droits de l'antiquité et sociologie juridique. Mélanges Henry Lévy-Bruhl*. Paris, Sirey, 1959, pág. 124.

Noción mantenida a lo largo de la historia romana, después de la secularización científica por la perduración de los procedimientos rituales, tras la publicación de las secretas fórmulas sagradas. El conocimiento supremo del saber jurídico, no la aplicación del Derecho pero sí de los principios fundamentales sobre los que era fundado el Derecho, perdura en Roma en el siglo II antes de Cristo. En su famoso discurso contra Galba todavía Catón manifestaba en el año 149 su deseo de entrar a formar parte del colegio pontifical con miras a adquirir el conocimiento de los principios fundamentales del Derecho; y al correr de esta centuria II son pontífices los tratadistas del Derecho, como Quintus Fabius Maximus Servilianus; o al menos augures cuales Lucius Julius Caesar, Appius Claudius Pulcher, C. Claudius Marcellus o M. Valerius Marsala. Para todos ellos es el «ius» la proyección de un saber más alto, del saber filosófico del «fas», que es donde radicaban las máximas fundadoras del Derecho.

La introducción de la filosofía helénica en el mercado jurídico romano, patente desde los días de Cicerón, transforma en saber superior filosófico lo que era saber teológico de los pontífices, pero manteniendo siempre al Derecho en supeditación a un manojo de más altos saberes. En el Derecho clásico ya secularizado, los juristas romanos proyectan sobre el proceder anterior de los teólogos pontífices la inquisición filosófica de las conexiones entre las cosas, aunque siempre iluminando aquellas conexiones con los criterios fundamentales de la cultura romana de su tiempo, que eran radicalmente religiosos. En el tratado *De haruspicum responsa* VI, 12, Cicerón dejó claro testimonio de la servidumbre del Derecho a aquellos principios metajurídicos que son el cimiento del Derecho, al establecer la unidad jerarquizada de los saberes cuando asienta que «quod tres pontifices statuissent, id semper populo romano, semper senatui, semper ipsis diis immortalibus satis sanctum, satis augustum, satis religiosum esse visum est».

De ahí el temor de los juristas laicos, de los juristas a secas, para extender definiciones, representado en el conocido decir de Javolenus Priscus, recogido en el *Digesto* L, 17, 202, de que «omnis definitio in iure periculosa est». Es que las definiciones fundamentadoras escapaban a los juristas científicos razonadores y por supuesto todavía en mucho mayor grado a los jueces aplicadores del Derecho. Cicerón, que era abogado, limítase a recoger los conceptos jurídicos de los filósofos, como ha probado Emilio Costa en su *Cicerone giureconsulto* [19]. La fijación del Derecho por norma aplicable en el *Edicto perpetuo* de Adriano hacia el año 129 brindó oportunidades para consolidar este esquema jerárquico de los saberes jurídicos, abriendo la posibilidad para cimentar las construcciones científicas en aquellas sistemáticas que constituyen la nota principal del clasicismo de Paulo o de Ulpiano. La Jurisprudencia es así en la época clásica de Roma saber universal de los principios básicos del Derecho, más allá del saber científico de las sistemáticas de los juristas y por supuesto del saber técnico en la aplicación por los magistrados. La definición de Jurisprudencia formulada por Ulpiano, pasada al *Digesto* I, 1, 10, 2, testimonia sin lugar a dudas que la Jurisprudencia era estricto saber filosófico; ya que supone el conocimiento de las cosas divinas al par de las humanas, conocimiento que sin duda alguna era el que correspondía a los teólogos y a los filósofos, mientras estaban de él ayunos los juristas: «divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia». En otras palabras: el saber de lo justo y de lo injusto, saber del

19. Bologna, Nicola Zanichelli, 1927, págs. 15-41.

Derecho, no es alcanzable por estos juristas que ignoran las cosas divinas de los teólogos y la raíz de las cosas humanas propias de los filósofos. Puesto que la Jurisprudencia es saber de las ultimidades de las cosas, es entender los principios metajurídicos del Derecho, la Jurisprudencia corresponde con exclusividad a los teólogos y a los filósofos.

Confírmalo el dato de que Ulpiano es simple traductor al decir latino de lo que estampó el estoico Crisipo de la entera filosofía, por Ulpiano trasladado en su definición de la Jurisprudencia. A lo que refiere Plutarco en *De placita philosophorum* I, prólogo, 2, Crisipo concibió a la filosofía como θεῖων τε καὶ ἀνθρωπίνων ἐπιστήμη. O sea literalmente lo que Ulpiano escribió definiendo a la Jurisprudencia.

Habido lo cual, puesto que la Jurisprudencia requiere conocimientos teológicos y filosóficos, no parece posible calificar de Jurisprudencia las decisiones consignadas en las sentencias del Tribunal supremo. Serán doctrina legal, ornada de la indiscutible autoridad que a tan excelso Tribunal atañe; doctrina legal respetable y acatable todo cuanto se quiera, mas nunca Jurisprudencia. Y todo ello sin tomar en cuenta que los sublimes respetos que los dignísimos miembros de tan exaltado tribunal merecen adolecen asimismo de excepciones, cual es triste destino de todas las humanas cosas. Magistrado conozco yo del Tribunal supremo, además autoproclamado doctor por Oxford, que ha sostenido debajo de su firma en documento público la peregrina teoría de que existen trámites de admisión en los recursos administrativos. Claro es que semejante lunar en saberes no da más que en la excepción confirmadora de la regla que justifica los merecedísimos prestigios que suelen aureolar a los miembros del Tribunal supremo. De desear sería que en lo sucesivo, tanto en los manuales de doctrina cuanto en los documentos oficiales, llamárase doctrina legal al saber técnico cuajado en las sentencias del Tribunal supremo, sin adosarles el título de Jurisprudencia, reservado a un saber filosófico del que sus miembros por lo general carecen, por muy insignes que sean luego en conocer la aplicación adecuada de las leyes y costumbres.

Proceder en manera contraria es anarquizar la trama normativa. Los principios universales en los que el Derecho metafísicamente está fundado, han de ser definidos por quienes tienen competencia para ello: por los que profesan la Jurisprudencia, por los que tienen cabal conocimiento de las cosas divinas y de las cosas humanas, por los teólogos y por los filósofos. Para que el Tribunal supremo estableciese Jurisprudencia fuera necesario que todos y cada uno de sus componentes poseyeran grados de teología o cumpliesen por catedráticos de filosofía del Derecho. Ocasión que ciertamente no sucede.

Sin contar con que la misma doctrina legal da por supuesto que quienes la establecen son incapaces de caer en fallo humano de ninguna clase. Lo cual es solamente verdad hasta cierto punto, porque no sé yo de ningún magistrado de tan altísima categoría que haya caído en cohecho o desmerecido moralmente de sus funciones. Mas todo ello no impide la posibilidad de que alguna vez puedan caer en yerro o en cohecho y desde el ángulo de la hipótesis, siempre posible en cada instante, ha de partirse de la consideración de la tesis que sostiene ser la doctrina legal fuente del Derecho.

Porque de humanos es errar y los jueces son antes que nada seres humanos. Su inteligencia es limitada, su voluntad hállase sujeta a pasiones, sus sentimientos están aptos para predisponer a soluciones que pueden dar en objetivamente injustas, por más que ellos las diputen justísimas desde su

personal subjetividad. Sostener lo contrario sería afirmar un optimismo antropológico profesional, tan absurdo cuanto ridículo. Todos los hombres son falibles, incluidos los jueces, y nadie sería tan osado de opinar son justos en su totalidad todos los autos o sentencias. Los artículos 376 a 404 de la ley de enjuiciamiento civil, los recursos varios previstos por la ley de enjuiciamiento criminal, dan por supuesta la falibilidad de los magistrados. No obstante lo dispuesto por el artículo 406 de la dicha ley del 3 de febrero de 1881, el artículo 1.796 admite un recurso de revisión, posible en el número 4 «si la sentencia firme se hubiera ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta»; al que corresponde el previsto en el artículo 849, número 2, de la ley del 14 de septiembre de 1882 «cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de hecho, si éste resulta de documentos auténticos que muestren la equivocación evidente del juzgador, y no estuvieran desvirtuados por otras pruebas». Entre otros artículos del Código penal aplicables al juez en su calidad de funcionario público le son achacables los artículos 351 y 357, desde la prevaricación al retardo malicioso en la administración de la justicia. Muchas veces parece haya de ser tomada en sentido peyorativo la brillante frase de Manuel de la Plaza en su *Moral profesional del juez* cuando pondera que, con su juicio, «da a las sombras eterna apariencia de verdades» [20].

De hecho los tribunales han sufrido críticas por los más variados motivos, tantas veces originadas del choque de las pugnas políticas. Mientras estas líneas se escriben asistimos a la constitución legal en el seno de varios Colegios de abogados de determinadas comisiones que se arrogan la defensa de la que dicen libertad de la abogacía, siempre indirectas críticas contra algunos tribunales por el mero hecho de sus existencias. Mientras que desde otros planteamientos asaz distintos, un presidente del consejo de ministros de la época republicana, Joaquín Chapaprieta en su libro *La paz fue posible. Memorias de un político*, censura como en aquel tiempo «desgraciadamente, y aunque cueste confesarlo, los tribunales españoles se han mostrado, por regla general, débiles y claudicantes en el castigo de los delitos llamados sociales» [21].

Posturas partidistas en verdad, taradas de las apreciaciones subjetivas de quienes las formulan, según entiendan que los tribunales juzguen o no a tenor de sus particulares ideales o intereses. Pero que a la larga engendran la desazón entre las gentes, el desencanto y la desconfianza de que se hacía cargo un excelente magistrado, Francisco Rodríguez Valcarce, en su estudio *Posición psicológica de la sociedad frente a la Justicia del Estado*, al escribir: «No pretendemos revelar secretos, ni confesar vergüenzas propias de la sinceridad del niño, si afirmamos que la sociedad, masa amorfa e inorgánica, muestra invariable escepticismo hacia los órganos jurisdiccionales» [22]. La única manera de salvar esta agónica desconfianza sería la de que estuviera patente a los ojos del común el modo en que las autoridades cumplen con las leyes, porque la mujer del César, además de ser honrada, intachable debe parecerlo; es el reconocimiento popular y sociológico de que la autoridad que parece apartarse, aunque no se aparte, de la ley no merece consideración de autoridad. Dignísimo magistrado, Francisco Rodríguez Valcarce lo hace cons-

20. Madrid, Instituto Luis Vives, 1954, pág. 112.
21. Barcelona, Ariel, 1972, pág. 379.
22. En el *Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano*. Madrid, Reus, dos tomos. Cita al I (1959), 312.

tar expresamente aduciendo un trecho del *Fuero Juzgo*: «Causas tan arraigadas en la conciencia del pueblo no pueden ser removidas de repente. Su desaparición es un problema de educación ciudadana, por un lado y por otro, del pertinaz propósito, cada día más atinado, de atraer la confianza de los justiciables. Esto depende de nosotros, de los que nos hallamos investidos de la jurisdicción. *Rey serás si fecieres derecho, et si non fecieres derecho, non serás Rey*. Apliquémosnos este pasaje del *Fuero Juzgo* en todo su contenido. Sea nuestra oración laica de cada día, en el fondo del alma y en la práctica. No basta la fe sin obras congruentes que la exterioricen. También el juez debe saber predicar con el ejemplo de sus resoluciones» [23].

Los procedimientos más cabales para restaurar la dignidad de los jueces en los ámbitos de la opinión pública estarían en el apartamiento de la política de las aulas judiciales. Hace muchos años lo vio en Francia el magistrado G. Ransson, en *El arte de juzgar* cuando anotaba: «La gran mayoría del cuerpo judicial está constituida seguramente por magistrados escrupulosos, perspicaces, respetuosos con las leyes. Nunca fue la magistratura más incorruptible ni más concienzuda. ¿En qué consiste, pues, que su imparcialidad se pone en tela de juicio con tanta frecuencia? La contestación está en todos los labios: es que difícilmente la justicia y la política han estado tan expuestas a contactos peligrosos y a confusiones funestas» [24]. Justificado o no, el mal es evidente, y tal vez siempre lo fue. Ya ponía en consejos a fines del siglo XVI, en la edad dorada de la judicatura hispánica bajo Felipe II, Gerónimo Castillo de Bovadilla la oportuna amonestación pareja: «Tema el Corregidor no sólo lo que se le puede reprehender en público, sino también lo q. se puede imaginar dél en secreto, para que con sus palabras y sus obras no ofenda a nadie con razón, que es lo que citamos arriba de Cicerón, que la casa de César no solamente ha de carecer de crimen, pero de sospecha dél» [25].

Aspecto no menos grave en la estima de la doctrina legal del Tribunal supremo, y no menos dañino ni absurdo, es el matematicismo con que se la aplica. Pues la reducción de la doctrina legal a dos o más sentencias concordes constituye criterio absurdo, por cuanto se confunden en su aplicación la calidad con la cantidad. En ninguna teoría de los valores podrá tolerarse semejante confusión, porque lo cualitativo no pende jamás de lo cuantitativo. Antes al contrario, si algo enseña la historia de la cultura es que los valores perfectos son absolutamente irrepetibles. Podrá brillar el sol en mil auroras; la Venus de Milo o la Pietà de Miguel Angel son dos cosas eternamente irrepetibles en la calidad de sus bellezas. Y la justicia es valor cultural, no valor propio de las ciencias naturales.

El valor cultural, o sea de justicia, de una sentencia no puede estar jamás sujeto a que sea repetido en otra ocasión distinta. Tanto las dos sentencias pueden ser excelentes, como pueden ser equivocadas, según se atengan o no a algo que está por encima de ellas: a la objetividad de la justicia. La cantidad no añade ni quita nada en la calidad. Cual escribía Marcelo Martínez Alcubilla en la voz «principios generales del derecho» de su *Diccionario de la Administración española* resulta «condición donosa y pintoresca: la de que el principio jurídico sea admitido en dos sentencias. Esto lo decía el Tribunal Supremo en una sentencia, luego cabe preguntar: ¿ésta vale o no? Si la primera tiene ya valor de fuente, si se aplica la doctrina de la misma

23. F. Rodríguez Valcarce: *Posición psicológica de la sociedad*, 329.
24. G. Ransson: *El arte de juzgar*, 206-207.
25. G. Castillo de Bovadilla: *Política*, I, 73 b - 74 a. En el libro I, capítulo III, número 63.

sentencia, es, conforme a ella, arbitrario o ilegal. Por otra parte, ¿cómo se convalidaría esta misma sentencia? Solamente cuando un abogado compasivo interponga el recurso a base de que se funda en un principio no reconocido dos veces por el Supremo» [26]. La verdad o la mentira, lo justo o lo injusto, no resulta de que algo sea dicho una, dos o cien veces.

Unica disculpa admisible pudiera ser la de ir buscando acreditar el principio de la seguridad jurídica en la manera de garantizar la certeza del Derecho. Pero paréceme que ni eso cabe siquiera. Porque si bien la fijación de la recepción por dos sentencias de un principio general del Derecho garantiza los dos elementos en que la certeza del Derecho consiste según Flavio López de Oñate en *La certezza del diritto, La certeza del derecho*, a saber: la «certezza dell'azione» y la «possibilità dell'azione» [27], el procedimiento es formal, exterior, no incidente para nada en el contenido. Y sería torpeza insigne delimitar los contenidos del saber filosófico del Derecho por la técnica del azar de unas decisiones que la mera casualidad de la vida jurídica ha provocado; pues llegaríase a la imposible conclusión de que semejantes principios no existirían de no haber aparecido el azar de circunstancia en el comercio de las relaciones sociales, una ocasión que permita al Tribunal supremo pronunciarse o no acerca de la admisión de tales principios superiores. Tanto más que el propio Tribunal supremo tiene dicho repetidas veces que principios fundamentales, como el de «pacta sunt servanda» u otros de derecho natural vigen por sí propios, aunque no se apoyen en ningún derecho legislado ni en precedente doctrina legal; así en sentencias del 31 de octubre de 1914, del 27 de noviembre de 1929, del 30 de diciembre de 1929, del 19 de febrero de 1946. Sentencias que parecen chocar abiertamente con otras sentencias del mismo Tribunal supremo cuando en 7 de febrero de 1935 decide no existe bastante doctrina legal con una sola sentencia, o en 20 de diciembre de 1952 y 11 de diciembre de 1953 ordena sean requeridas varias sentencias para que la doctrina legal sea tenida por repetida, constante y uniforme. Ante contraposición tamaña, nadie osará tomar criterio en favor de que la repetición mecánica de una tesis sea suficiente criterio de verdad. Pues ni siquiera el Tribunal supremo se ha puesto de acuerdo consigo mismo.

Refiriéndose a los tribunales italianos narraba el ingeniosísimo Walter Bigiavi la anécdota de cierto profesor tudesco, el cual, lejos de escandalizarse por cualquier respuesta erradísima de algún estudiante sujeto a examen, solía exclamar imperturbable: «Auch dies kann man finden in der Literatur», esto también se encuentra en la doctrina [28]. Que nunca pueda achacarse a nuestros dignísimos tribunales la anécdota académica referida de magistraturas extrañas por el agudo y recordado catedrático de Bolonia.

d) *La ruptura del equilibrio institucional.*

Cuestión no menos relevante es la de la regulación de la potestad judicial en la nivelación de los poderes dentro del Estado de derecho o de las funciones del poder estatal, si se prefiere la segunda terminología.

La contestación más simple está dada por la legislación vigente entre

26. Madrid, XII (1925), 557.
27. Roma, Gismondi, 1950, pág. 80.
28. WALTER BIGLAVI: *Ateismo e affidamento della prole*. Padova, Cedam, 1951, pág. 5, nota 4.

nosotros en el sentido de que al poder judicial no le compete más que la administración de la justicia. Con su reconocido saber escribe a este respecto Federico de Castro: «Si el Tribunal Supremo tiene o no poder normativo creador es una cuestión que depende de la organización de los poderes jurídicos del Estado, y que nuestro derecho ha resuelto de un modo terminante y negativo en la ley orgánica del poder judicial (arts. 2 y 4) y, de modo tácito y claro, en el artículo 6 del Código civil» (antiguo). «El Tribunal Supremo es un órgano de la administración de justicia y, por ello, el más vinculado y el que más respeto debe a la ley; no puede admitirse que haya tratado de imponer contra ley, un carácter obligatorio general a sus decisiones; además, pese a la inexactitud de expresión en los considerandos de algunas de sus sentencias, el Tribunal Supremo no se ha considerado nunca ligado por sus anteriores sentencias; los tribunales inferiores fallan repetidas veces contra lo establecido por la jurisprudencia» (léase doctrina legal) «y el Tribunal Supremo aplica, como doctrina legal, principios que han nacido fuera de la jurisprudencia» [29].

La consideración del equilibrio de poderes, tan patente en las limitaciones que a sí mismos se impusieran los tribunales americanos al rechazar como vimos asumir funciones administrativas o legisladoras, ha de analizarse en tres campos: el del poder judicial en relación con los poderes supremos del Estado, el del poder judicial en relación con el poder legislativo y el del subsiguiente autogobierno de la Judicatura.

A lo primero, parece que en pura doctrina de separación de poderes deban ser revisadas las afirmaciones contenidas en las sentencias de 27 de junio de 1898, 22 de febrero de 1927 y 24 de enero de 1928, así como en el auto de 26 de marzo de 1903, en donde se rechaza puedan ser motivo de recurso de casación previsto por el artículo 1692 de la ley de enjuiciamiento civil los reales decretos decisorios de competencias. Toda vez que tales disposiciones emanan de un poder distinto y superior, del poder moderador del Jefe del Estado resolviendo conflictos entre los demás poderes a él referidos inferiormente, una de los cuales es, por supuesto, el poder judicial. El acatamiento al Jefe del Estado, impuesto por el artículo 2 del *Fuero de los Españoles* en la etapa franquista, parece exigir una corrección de la doctrina legal en aquellas sentencias expresadas. Sin que quepa en este punto esperar modificaciones dados los términos liberales de la monarquía que ha sucedido al caudillaje de Francisco Franco.

A lo segundo, en relación con la función legisladora, parece asimismo que la recta docrina requiere sean modificadas las opiniones mantenidas en determinadas sentencias; pues de otra guisa cabría estimar una invasión de la esfera legislativa por parte del poder judicial. Anotaré dos casos ejemplares. Empezando por la sentencia del 20 de junio de 1928, cuando la sala primera del Tribunal supremo asienta que «cuando unos preceptos legales están en contraposición con progresivas concepciones jurídicas, aquéllos mueren para dar vida a otros, pues la naturaleza, las circunstancias y las realidades de la vida tienen que ajustarse a estas evoluciones científicas». Puesto que la recepción de las nuevas tendencias ideológicas o doctrinales ha de venir por el camino de las leyes, ya que los tribunales no han de hacer otra cosa que limitarse a la aplicación de las normas legales, pretender recibir en la aplicación tesis o ideologías no contenidas en los textos dic-

29. F. DE CASTRO: *Derecho civil de España*, I, 567.

tados por el poder legislativo, supondría temeraria invasión en las atribuciones de éste. Lo cual chocaría de frente con los preceptos terminantes de la ley orgánica del poder judicial de 15 de septiembre de 1870, artículos 3 y 4. El respeto a tales preceptos parece exigir que en la interpretación de los textos legales los tribunales no intenten modificar ni el sentido ni el alcance de las leyes, porque tal tarea no entra evidentemente dentro de las facultades del poder judicial.

Aplicación de este principio, que la ciencia jurídica ha de rechazar por fuerza, tuvo lugar en tiempos de la segunda república con ocasión de la aprobación del divorcio en el artículo 43 de la Constitución del 9 de diciembre de 1931. Pues que, sin haber sido aprobada la pertinente ley que desarrollase tal principio constitucional, la sentencia del 27 de enero de 1933 osaba derogar por las buenas los artículos 952 y 953 de la ley de enjuiciamiento civil, bajo el pretexto de que los magistrados trocábanse en intérpretes del «espíritu ecuménico que informa e inspira la República española»; cuando es bien sabido que la potestad legislativa no se agota en el texto excepcional de la Constitución dictada por el poder constituyente, sino que además es competencia propia del poder legislador dictar y aprobar las leyes ordinarias que desarrollen los principios constitucionales; sin que en ningún caso la potestad judicial pueda osar atribuirse decidir sobre la aplicación a casos concretos del espíritu animador del texto constitucional mientras no existan leyes ordinarias que desenvuelvan aquellos principios generales.

Y tanto más ha de darse por separado del precepto terminante de la separación de poderes remachado por los primeros artículos de la ley del 15 de septiembre de 1870 la opinión dentro de esa línea de pensamiento contenida en la sentencia del 21 de septiembre de 1934 donde se levanta bandera la conveniencia de aplicar, al lado o al margen de las normas legales vigentes, «las tendencias e ideas que han penetrado ya en el sistema de la legislación positiva o han obtenido su reconocimiento de manera inequívoca en la ley suprema del Estado». Porque entre las ideas políticas informantes de un cuerpo legal constitucional y los casos concretos se interfiere el puente de las leyes ordinarias, cuyo dador es única y exclusivamente el poder legislativo; sin la intervención del cual los tribunales no están capacitados para aplicarlas a los casos concretos, única esfera de su peculiar competencia.

Quizá la causa de tales desviaciones, por fortuna menores y salvables, en el tema cardinal de la separación de los poderes o funciones en el seno del aparato estatal, radique en la incomprensión de los tres aspectos posibles de la Justicia, en haber considerado a la Justicia desde el ángulo de la técnica y no desde las atalayas de la filosofía del Derecho. Para el saber técnico de la Justicia ésta puede parecer una sola; para el filósofo del Derecho hay tres maneras de la Justicia, de las cuales solamente dos corresponden al poder judicial, siendo la tercera patrimonio exclusivo del Jefe del Estado.

En efecto, la Justicia puede ser: conmutativa, que trata a todos por el mismo rasero; distributiva, que considera al individuo en proporción a sus méritos y la que desde Aristóteles viene conociéndose bajo los diversos nombres de política, legal, del bien común, consistente en ir más allá de las relaciones entre particulares, para subordinar lo particular al bien total de la comunidad. Decidir acerca de las dos primeras especies, de la conmutativa y de la distributiva, es la función de los jueces; es la que exactamente prescribe la ley del 15 de septiembre de 1870. Pero la tercera clase, la justicia que mira al bien común por encima de los bienes individuales de los súbditos integrados en la comunidad no es tema que toque a jueces ni a ma-

gistrados, sino exclusivamente al Jefe del Estado. Por eso el Jefe del Estado goza de una facultad de la que carecen magistrados y jueces: la de otorgar la gracia que limpia de las manchas que pudo traer consigo la vulneración de la ley, mientras que los tribunales y los jueces han de limitarse estricta y concretamente a la aplicación de las pertinentes normas legales atañentes a cada caso. Lo indica Miguel Fenech con acierto en su libro *La posición del juez en el nuevo Estado*, al escribir que «el juez debe inspirarse en las fuentes jurídicas. La relación del juez con el sujeto legislador o iudicente es una relación de sumisión y de obediencia. En todos los Estados, sean liberales o totalitarios, se exige esta sumisión como consecuencia de la esencia del Estado, que es jerarquía y organización» [30].

A cuyo argumento ha de agregarse otro filosófico de mayor enjundia aún: el de que solamente al gobernante supremo toca tener a su cargo el cuidado de la comunidad, mirar al bien común por encima de los bienes particulares. Los jueces no han de considerar el bien común en sus sentencias, salvo cuando esté mandado expresamente por las leyes; el Jefe del Estado ha de tener en cambio siempre los ojos puestos en el bien común, porque mantenerle es precisamente la razón justificadora de la superioridad de su oficio.

Otorgar a los jueces la facultad de guardar el bien común alteraría la tabla de valores jurídicos de una sociedad organizada en términos de justicia y de derecho. Sería fundar un Estado de jueces en lugar de un Estado de derecho. Cual si en el campo religioso fuera sustituida la religión por el clericalismo.

e) *Necesidad de restablecer el equilibrio de los poderes o la conexión de las funciones, según la terminología que se prefiera, características de un auténtico Estado de Derecho.*

La realización de lo que se llama un Estado de Derecho necesita, en consecuencia, la independencia del poder judicial, de la cual la fórmula hoy más en boga es lo que se denomina el autogobierno, ciertamente con no muy feliz terminología. Recientemente fue suscitada la cuestión por el entonces presidente del Tribunal supremo, Francisco Ruiz Jarabo, en el discurso de apertura de los Tribunales en el año 1969, aunque desviándole del problema de la vivificación de las normas jurídicas, con la precisa interrogante de preguntarse si «habría subsistido la Ley de las XII Tablas rigiendo sociedades para las que no había nacido, sin la labor de adaptación de los tribunales franceses» [31]. Fue el problema central abordado en la sexta reunión anual de los profesores de derecho procesal de las universidades españolas celebrada en Madrid en abril de 1970; donde centró prudentemente la cuestión Leonardo Prieto Castro al postular en verdad el autogobierno de la magistratura a fin de garantizar la independencia de los actos juzgadores, pues reconoce se trata «de una cuestión delicada y compleja, pero también espinosa, que ofrece puntos de luz y sombra», por lo cual no es dable implantarla, «sino lenta y cautelosamente» [32]. Con más decisión, en misión de asegurar la independencia de la magistratura al formular sus sentencias lo ha

30. Madrid, Espasa-Calpe, 1941, pág. 179.
31. En el *Discurso*, pág. 25. Citado por Leonardo Prieto Castro: *Ponencia* en *El autogobierno de la magistratura*. Madrid, Universidad, 1970, pág. 15, nota 14.
32. En *El autogobierno de la magistratura*, 19.

venido sosteniendo el pensamiento tradicionalista hispánico, sea por mi mano en *La monarquía tradicional* [33], sea en el estudio colectivo del Centro de Estudios General Zumalacarregui *¿Qué es el Carlismo?* [34].

El camino adecuado es circunscribir la magistratura a sus tareas de establecedora de la justicia distributiva o conmutativa. Sin que quepa sospechar que este circunscribirse en los linderos de sus funciones específicas, espléndido patrimonio que precisamente es lo que ennoblece a la justicia norteamericana por ejemplo, suponga el mínimo menoscabo para el prestigio de la magistratura; antes al contrario, dará en su timbre mayor de autoridad y justa gloria. Decía Carlos López de Haro en *La función judicial* que «las funciones jamás se rozan ni sufren al obrar en derecho. La legislativa debe hacer la ley, y al cumplirla las otras no son inferiores en categoría» [35]. La independencia del poder judicial, cuya máxima fórmula podría ser la del autogobierno de la magistratura, reclama la posibilidad factible y eficaz de pedir responsabilidades a todos los jueces, incluso a los magistrados del Tribunal supremo, de una parte, y de otra reducir a la magistratura a la función artesana de aplicar técnicamente las leyes, única misión que le compete en un auténtico Estado de Derecho.

Para la realización del Estado de Derecho la función judicial no puede situarse en el fiel de la balanza, sino en uno de sus platillos. Bien claro resulta este planteamiento en las discusiones alrededor del artículo 94 de la Constitución de 1869, según ha puesto de relieve un magistrado, Juan Becerril y Antón-Miralles, en el estudio *La ley orgánica y su época*, inserto en el volumen editado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en conmemoración del centenario de la ley provisional sobre organización del poder judicial y del código penal de 1870 [36]; al memorar la opinión de Salustiano Olózaga contra el autogobierno de la magistratura, fundándose en que ésta equivaldría a «hacer del Tribunal Supremo un ser con poder omnímodo. Un Estado dentro del Estado y separado de éste..., un monstruo inamovible, aislado, que se reproduciría a sí mismo» [37] El tema candente e imprescindible está en la posibilidad de la exigencia de responsabilidad a los magistrados, incluidos los del Tribunal supremo, cual indica Faustino Gutiérrez Alviz en *La reforma de la ley orgánica* [38]. Que es lo mismo también que viene a decir Leonardo Prieto Castro al analizar *El autogobierno de la magistratura* cuando concluye que «la actitud prudente es la aspiración a un sistema donde el ejecutivo no influya sobre la justicia, pero donde tampoco se intente colocar a ésta fuera del concierto y la colaboración entre los poderes y las funciones del Estado» [39]. Sin clara responsabilidad de los jueces, la independencia del poder judicial es un absurdo modo de caer en despotismos.

Lo que quiere decir que el saber técnico de jueces y magistrados ha de desarrollarse en el marco de la maquinaria política total. Supremo en sus linderos, impotente fuera de sus ámbitos. Es el retorno a la vieja concepción clásica española, la que oponía a la concepción de la soberanía como

33. Madrid, Riaip, 1954, págs. 174-175.
34. Madrid, Escelicer, 1971, págs. 185-186.
35. Madrid, Góngora, 1904, pág. 33.
36. Madrid, Gráficas San Marcos, 1970, págs. 7-30.
37. Juan Becerril Antón-Miralles: *La ley orgánica y su época*, 25.
38. En el volumen citado *Conmemoración del centenario de la ley provisional sobre la organización del poder judicial y del código penal de 1970*, pág. 48.
39. En *Conmemoración*, 253.

poder ilimitado edificada por Jean Bodin en *Les six livres de la République, Los seis libros de la República* [40], la de la suprema autoridad dentro de un orden por mano de su traductor Gaspar de Añastro Isunza, que los dio «catholicamente enmendados» [41], precisamente para subrayar que toda potestad, sin excluir a la potestad real, tiene unos mojones construidos por el esquema orgánico del cuerpo social; mucho más eficaz, por cierto, que los equilibrios mecanicistas en que se basa la doctrina liberal del equilibrio de los poderes. La magistratura, de acuerdo con la doctrina de los clásicos hispánicos, es suprema en su esfera; pero tal supremacía exige nunca traspase los límites en donde el orden social la encierra.

La independencia de la magistratura no es, en consecuencia, rasgo deseable o no dentro de los criterios modernos de la ciencia del Derecho. Arraiga sus raíces en la tradición jurídica española; no proviene de un simple mecanismo de poderes que equilibrándose aseguren la libertad del individuo, con arreglo a la confusión de justicia con libertad individual característica de los pueblos anglosajones; ni nace de determinadas apetencias de poder, apetencias incompatibles con la dignidad personal y la calidad excelente de los jueces. Es la proyección de la doctrina tradicional española, negadora de poderes soberanos, ilimitados, absolutos, irresistibles. Doctrina que busca la libertad no en el equilibrio de las máquinas, ni en las balanzas que se frenen mutuamente; sí en la realidad social misma, estableciendo autoridades supremas en su función, pero delimitadas en su ámbito respectivo. Las limitaciones del saber técnico recortan el campo de los poderes judiciales, separándoles de las funciones propias del legislativo y del ejecutivo; pero justifican la independencia y hasta la autonomía de la magistratura, a fin de asegurar de manera conveniente la suprema autoridad dentro de la esfera de sus competencias.

Amén de que semejante delimitación del saber técnico ennoblece a la figura del juez, aureolándole del sacrificio que implica diluir la personalidad en el servicio del oficio de juzgar. Es renunciar en cuanto juez al cultivo de la ciencia, porque su labor es la meramente técnica de aplicar las normas a los casos concretos. Limitación a las veces trágica, es verdad, empero exigencia del orden de los cuerpos sociales, de la suprema autoridad dentro de un orden, como adoctrinaban nuestros clásicos hispánicos. De ahí que la estampa del juez se nos aparezca ornada muchas veces de la simpatía que suscita la triste y buscada limitación de funciones que es la condición fundamental de su vocación de juzgar. Por decirlo con palabras de José Ortega y Gasset «el que juzga no entiende. Para ser juez es preciso hacer previamente la heroica renuncia a entender el caso que se presenta a juicio para hacer posible la sentencia. No es, pues, extraño, que del inmenso volumen de la historia universal se puedan espumar tan pocos nombres de jueces inteligentes. Aunque personalmente lo fueran, su oficio les obligó a amputar su propia existencia. Este es el triste heroísmo del juez, sin el cual la convivencia humana no resultaría posible. Vaya nuestro respeto a esta dolorosa profesión» [42].

40. Paris, Jacques de Puis, 1583.
41. Turín, Herederos de Bevilacqua, 1590, págs. 74-96. En el libro I, capítulo VIII.
42. José Ortega y Gasset: *Obras*. Madrid, Revista de Occidente, dos tomos. Cita al II (1936), página VI.

GLOSA TERCERA

DOS FUNDAMENTACIONES TEOLOGICAS DEL PRIMADO DEL SABER TECNICO JURIDICO

1. Planteamiento.—2. Juan Calvino.—3. Alvaro d'Ors.

1. Se ha dicho con razón innúmeras veces y por autores de las significaciones más dispares que toda cuestión política o jurídica pende de una perspectiva teológica. También aquí la cuestión del primado del saber jurídico técnico sobre los saberes científico y filosófico del Derecho depende en gran manera de la concepción voluntarista del mundo. Los dos ejemplos que siguen, referidos a dos grandes pensadores, uno católico y otro protestante, parecen corroborar esta opinión.

Vamos a verlo.

2. Sea el primero Juan Calvino (1509-1564), cabeza de una de las corrientes más importantes del movimiento protestante.

Para el pensamiento cristiano de signo escolástico, prolongado hasta nuestros días por numerosos filósofos y teólogos católicos, el universo está constituido por un orden querido por Dios en el cual la armonía resulta de la colocación de cada ser en el lugar que le compete, a tenor de las calidades de su naturaleza propia; es la recepción por San Agustín de la visión platónica de la belleza por armonía proporcionada de las cosas iguales o desiguales entre sí. Orden que posee dos aspectos: el físico o material, recogido por las leyes de la naturaleza física, cumplidas inexorablemente por la totalidad de los seres desde las plantas a los hombres; y el espiritual o moral, referido exclusivamente a los humanos, dado que el hombre fue creado por Dios posesor de una libertad, en cuyo uso puede acatar o atacar al orden por Dios querido.

Del uso de la libertad humana en el tiempo de la existencia terrenal depende el destino eterno del hombre después de la muerte, destino decidido por Dios en el juicio de cada alma y luego en el juicio final al cabo de los tiempos, juicio lógico en su raíz última, ya que en él Dios premia o castiga la conducta humana en la tierra; otorgando a los de conducta recta la salvación y condenando a los injustos o malvados. De suerte que, para el católico, la acción de Dios como juez depende lógicamente de la acción de Dios como legislador, porque en su juicio supremo limítase Dios a aplicar a la conducta de cada hombre las leyes con las que había regulado el orden universo. De otra suerte cabría contradicción en el proceso del obrar divino y Dios, para los escolásticos y católicos, está sujeto al principio de contradicción; pues contradecirse Dios supondría imperfección, que es blasfemia atribuir a la condición del perfectísimo Ser divino.

Por otra parte, para elegir entre obedecer o desobedecer el orden por Dios establecido, el hombre carece de fuerzas por sí solo, habida cuenta de la imperfección de su naturaleza finita y sujeta a la atracción de las pasiones. Dios ayuda en cada caso a cada hombre con la gracia necesaria para que libremente pueda elegir entre obrar o no obrar a derechas. Pero bien enten-

dido que la ayuda de la gracia divina no anula la libertad humana; la ayuda de la gracia colma la imperfección de la naturaleza, perfecciona a la naturaleza imperfecta completándola. Pero jamás la sustituye. El hombre no obraría con perfección faltándole la gracia divina; mas la gracia divina nunca podrá sustituir a la naturaleza humana. El hombre es radicalmente libre, sin que el auxilio de la gracia menoscabe en lo más mínimo la libertad que ejercita, ni, en consecuencia, la responsabilidad atada al uso de la libertad. La ayuda de la gracia viene a servir solamente para que el hombre tenga todas las condiciones que le permitan elegir con libertad entera.

De donde proviene que el negocio de la salvación eterna sea el resultado de la conjunción de la generosidad de Dios con la libertad del hombre. Mas su fundamento está en la libertad del hombre. Dios, como juez, hace al hombre responsable de sus actos, juzgándole según se haya o no acomodado en la tierra a la ley eterna que rige al universo, y que el hombre captó mediante la razón que es también exclusiva característica suya. En otros términos: para el católico Dios es antes legislador que juez, porque sus decisiones en cuanto juez penden lógicamente de sus decisiones como legislador del mundo, incluidos los seres libres que en el mundo haya y que son los hombres.

Con el protestantismo los términos se invierten. Para el protestante es más importante la acción de Dios como juez que como legislador. Es que la salvación del sujeto no depende de su conducta terrena, sino de la predestinación con que Dios desde la eternidad le destinó para el cielo o para el infierno. Las acciones del hombre no cuentan frente a una decisión tomada por Dios desde la eternidad. Dios da su gracia a quien quiere, siendo imposible, amén de blasfemo, pedirle cuentas a Dios. Si las ofensas se miden por quien las recibe y los méritos por quien los ejecuta, todos los actos buenos de la criatura humana, por muy numerosos y valiosos que sean, no pesarán en la balanza de Dios más que un solo pecado mortal; dado que el hombre que aporta los méritos es finito, sus obras tendrán siempre valor finito; dado que el pecado mortal es ofensa a un Dios infinito, el daño es infinito; entre los méritos limitados del hombre y la infinitud de la ofensa a Dios aquéllos no podrán superar ni siquiera igualar jamás a ésta. Y, siendo así que todos nacemos culpados con el pecado mortal que heredamos de los primeros padres, nada que hagamos tendrá méritos lógicos suficientes para hacernos acreedor al perdón de Dios y a la consecución de la gloria tras la muerte. Es lo que indica Calvino al mostrar cómo «la justicia de Dios no se satisface con ninguna obra humana», en el párrafo 2 del capítulo XII del libro III de su *Institución de la religión cristiana* [1]. La pretensión de que el hombre pueda ostentar títulos bastantes para reclamar a Dios la gloria, sería para Calvino mera blasfemia, sería equiparar a la criatura con su Creador, sería derribar la barrera que separa a lo finito de lo infinito; sería colocarse en el mismo plano de la divinidad; siendo así que «el hombre no se puede atribuir una sola gota de justicia sin sacrilegio, pues en la misma medida se quita y rebaja la gloria de la justicia de Dios» [2].

Lo único a que puede aspirar el hombre ante Dios es a su misericordia, ya que en justicia nada puede exigirle, dada la desproporción abismática entre la pequeñez de sus títulos, iguales al valer limitado de sus méritos de cria-

1. Cito por la traducción verificada en 1597 por CIPRIANO DE VALERA, en la reimpresión estampada en Rijswijk, Fundación editorial de literatura reformada, s. a. Dos tomos de paginación seguida, por esto citados como un solo volumen. Cita a la pág. 582.
2. JUAN CALVINO: *Institución de la religión cristiana*, 589.

tura limitada, respecto a la magnitud del pecado mortal, mal infinito como es infinito el Ser divino a quien con él se ofendió. La salvación viene a ser resultado de la generosidad de Dios, porque en estricta justicia de Dios la totalidad de los hombres son acreedores a la condena infernal. «No hallaremos más camino» para la salvación «sino que El nos dé la justicia por su gratuita liberalidad», arguye Calvino en el número 3 del capítulo XIII del libro III de la *Institución de la república cristiana* [3], ya que «ante Dios no hay justicia humana ninguna» [4] y «sólo la humildad da lugar a la misericordia de Dios» [5].

El voluntarismo cerrado del protestantismo lleva a colocar en segundo plano la acción de Dios como legislador. Desde el momento en que la ley no es criterio lógico para que Dios perdone al hombre, sino que la salvación aparece en una decisión individual y concreta de la voluntad divina perdonando a unos y condenando a otros, todos carentes de méritos para alcanzarla, la ley por Dios dictada al mundo no influye en lo que más importa al hombre. Observe o no la ley, se salvará o se condenará, no por cumplirla o vulnerarla, sino porque Dios le concedió su perdón de modo individual. Así, en relación al hombre, el Dios-juez es quien salva o quien condena, no decidiendo en la salvación o en la condenación Dios en cuanto legislador. Para el protestante Dios es juez, simplemente juez; su acción legisladora general no significa nada en la salvación concreta, porque no existe nexo lógico entre el cumplimiento de la ley y el destino transcendente de los hombres.

Por lo cual para Calvino Dios aparece primordialmente como juez. En el comentario al tercer mandamiento en el *Primer catecismo de Ginebra* de 1537, Dios es el juez que venga las blasfemias [6], el «Juez íntegro y severo» [7]; más que por el legislador universal de la creación. Cristo mismo viene presentado ante todo como Aquel que «ha de venir a juzgar al mundo» [8]. El mecanismo de la salvación en el *Catecismo* es el de la decisión de Dios como juez en cada caso y no la del legislador que aplica a cada hombre la norma con que reguló el orden de los seres. «Que Dios por su graciosa bondad perdona y absuelve a sus fieles los pecados, para que no les sean contados en su juicio, ni sean castigados» [9]. En la *Institución de la república cristiana*, libro III, capítulo XII, párrafo 1, Dios es sobre todo, el Juez que se sienta en tribunal para juzgar las obras de los hombres [10]. En el volumen I de los *Mosis reliqui libri quatuor cum ejusdem commentariis*, Dios está pintado en su asiento de juez, por la máxima expresión de su actitud frente a los hombres [11].

De lo que se infiere que para Calvino la justicia es pura y simplemente la voluntad de Dios cuando actúa como juez. «Voluntas eius est perfectissima iustitia» hace constar en las *Praelectiones in Danielem prophetam* [12].

---

3. Ibídem.
4. J. Calvino: *Institución*, 584.
5. J. Calvino: *Institución*, 585.
6. Calvinos *Antología*. Barcelona, Producciones editoriales del Nordeste, 1791, pág. 79.
7. Calvino: Antología, 88.
8. Calvino: *Antología*, 127.
9. Calvino: *Antología*, 130.
10. J. Calvino: *Institución*, 581.
11. Cito por la edición de las *Opera quae supersunt omnia*, en 59 tomos, los 57 primeros estampados en Braunschweig entre 1863 y 1869, los dos postreros en Berlín en 1900. Cita al XXIV (1882), 187.
12. En las *Opera*, XL (1889), 686.

Ahora bien, si nadie merece ser justificado por la justicia de Dios y si hay hombres que se salvan gracias al perdón divino aplicado a casos concretos, es que la justicia se acomoda al caso particular en lo que Calvino designa como equidad, aunque la palabra así teológicamente asumida no corresponde con exactitud al concepto griego aristotélico de la ἐπιείκεια ni al latino de la «aequitas», por cuanto más que corrección de la ley general es resolución graciosa en casos concretos e individuos determinados. Al ser Dios juez y aplicar la equidad en lugar de la justicia suya, para el hombre inalcanzable, la equidad es la gracia divina sustituyendo a los posibles méritos de una naturaleza humana pervertida, y por pervertida pecadora que no merece nada. Al otorgar su gracia a quien quiere, el Dios juez transforma a su voluntad, de la exigencia de la justicia inexorable en «regula perfectae aequitatis», la cual será tan justa como la justicia misma, dado que todo cuanto haga Dios es esencialmente justo: lo mismo si castiga inexorable que si benévolo perdona. Por algo Dios está por encima de las leyes en el tajante voluntarismo de las escuelas protestantes. Lo dirá Calvino comentando a Moisés: «Etsi supra omnes leges eminet eius potestas, quia tamen voluntas eius certissima est perfectae aequitatis regula, rectissimum est quidquid facit: atque ideo legibus solutus est, quia ipse sibi et omnibus lex est» [13]. El cerrado voluntarismo que coloca a la voluntad divina por encima de las leyes divinas hace que Dios sea más importante como juez que como legislador; y que, como juez, pueda libérrimamente condenar o salvar a tenor de su puro arbitrio, sin tener en consideración leyes de ninguna especie, aunque El mismo las hubiera dictado.

De tales principios teológicos mana el concepto del Derecho sustentado por Calvino. Con preferencia a norma, es Derecho la percepción de lo justo, el sentimiento de lo justo en un caso determinado, con independencia de la norma. La equidad, entendida como realización de lo justo según la realidad concreta en cada momento, suplanta la general disposición establecida por la norma. En su *Calvins Lehre von Staat und Kirche, La teoría de Calvino sobre el Estado y la Iglesia*, Josef Bohatec subrayó que el Derecho era para Calvino un sentimiento, el sentir de lo jurídico, «das Rechtsgefühl» [14]; cuya suprema manifestación es la realización de la equidad con arreglo al sentido del orden que es la efectividad de lo justo en la convivencia [15]. Lo que Calvino denominó el «sensus naturae» en la aplicación humanitaria de la justicia [16], la ley comprendida como «lex naturae et humanitatis» de que habla en el *Commentarii in Isaiam prophetam* [17]. En efecto, comentando al profeta Ecequiel en las *Praelectiones in Ezechielis prophetae viginti capita priora* distinguirá dos tipos de justicia de los hombres delante de Dios: la «iustitia proprie dicta»», que consiste en la ley moral por Dios dictada; y la justicia impropia, que es la que aplica Dios como juez, en el perdón que quiera conceder al hombre determinado individualmente echando mano de los méritos inagotables de Cristo [18]. La última es la equidad, porque excede al hecho de dar a cada uno lo suyo, cual aclara en el primero de sus *Trois sermons sur l'histoire de Melchisédec* [19]. Equidad que se aplica solamente en la acción

13. J. Calvino: *Mosis reliqui libri quatuor*. I, 49. En Opera, XXIV, 49.
14. Aalen, Scientia, 1961, pág. 19.
15. Josef Bohatec: *Calvins Lehre von Staat und Kirche*, 26.
16. J. Calvino: *Mosis reliqui libri quatuor*, I, 659. En *Opera*, XXIV, 659.
17. En las *Opera*, XXXVI (1888), 362.
18. En *Opera*, XL (1889), 437-438.
19. En *Opera*, XXIII (1882), 658.

de Dios como juez, según Calvino insiste repetidas veces, sea en el *Commentarius in Genesis* [20], sea en las prédicas sobre el profeta Samuel [21].

Planteamiento que es ya jurídico, no simplemente teológico, porque ya aparece en los comentarios juveniles a Séneca, donde la equidad es la verdadera justicia de lo concreto, frente a la justicia general de la norma. «Satis ostendit Budaeus in suis annotationibus, quid esset aequum et bonum, quod iuri summo seu rigori iuris opponitur. Nam quam ius omnia recta et inflexibilia exigat, aequitas de iure aliquid remittit» [22].

La conclusión está en que el Derecho queda reducido a la conciencia del magistrado que dicta la sentencia, a aquello que decida la «intima animae pars» [23] proporcionadora de la «naturalis quaedam legis intelligentia» acerca de lo concreto [24]; la equidad, que en definitiva es el Derecho para él.

De donde que la ciceroniana equiparación de la ley con el juez cobre en Calvino un sentido diferente al que los clásicos le dieran. Cuando en la *Institución de la religión cristiana*, libro IV, capítulo XX, párrafo 14 recoja el trecho de Cicerón según el cual la ley es magistrado mudo y el magistrado es la ley viva [25], no será para someter el juez a la norma, ni siquiera para literalmente equipararlos, sino para indicar que «después de los gobernantes vienen las leyes» [26]; para anteponer lo concreto a lo general, la equidad a la justicia estricta, el juez a la norma; todo ello de acuerdo con su postura de trasladar al juez humano los criterios voluntaristas extremados que había atribuido al juez divino. En sus *Sermons sur le Deuteronome* dícese a la letra la interpretación de que el juez hace al Derecho por encima de la ley: «Ce n'est point sans cause, que on les magistrats a nommez en proverbe commun: les âmes de la loy. Car que sera-ce de tous les edicts et statuts du monde? Ce sont des choses mortes. Cela sera couché en papier: mais ce ne sera rien, sinon qu'il y ait gens élues pour leur donner vigueur, et faire qu'on y obeïsse» [27].

Fundamento de semejante postura es que, merced a la doctrina de la predestinación, la gracia recibida por los jueces les permite sentir en lo íntimo de sus conciencias a lo justo con mayor claridad de lo que estatuyen las normas legales generales. Las consideraciones sobre la libertad subjetiva, formuladas por Adolfo Omodeo en su *Giovanni Calvino e la Riforma in Ginevra* [28], tienen aquí oportuna aplicación, porque prueban la coherencia entre la gracia que la predestinación regala y la independencia en el juicio de cada hombre que la recibe, en extremos de que el juicio libre es tal porque así en cada momento lo había establecido Dios. Tal es el juez instrumento de Dios y en tanto grado es su sentencia justa incluso por encima de las leyes humanas; en otros términos, tan es Derecho lo que el juez declara o prohibe, que en la *Institución de la república cristiana*, libro IV, capítulo XX, párrafo 19, asentará Calvino que «la venganza del

20. En *Opera*, XXIII, 259.
21. J. Calvino: *Predigten über das 2. Buch Samuelis*. En los *Supplementa Calviniana*, editados por Hans Rückert. I (1936), 244.
22. J. Calvino: *L. Annaei Senecae libri de clementia cum Jo. Calvini commentario*. En *Opera*, V (1866), 119.
23. J. Calvino: *Commentarii in epistolam Pauli ad Thessalonicenses*. En *Opera*, LII (1895), 359.
24. J. Calvino: *Commentarius in Epistolam Pauli ad Romanos*. En *Opera*, XLIX (1892), 38.
25. J. Calvino: *Institución*, 1180.
26. Ibídem.
27. En *Opera*, XXVII (1884), 410. Es el tomo III de los *Sermones sobre el Deuteronomio*.
28. Bari, Laterza e figli, 1947, págs. 147-152.

magistrado no es del hombre, sino de Dios» [29]; y ello a causa de que «la ayuda y asistencia del magistrado es un don santo de Dios» [30], don santo que le permitirá establecer el Derecho identificando su decisión con el Derecho.

Si la justicia es simplemente el juicio, cual refiere en las *Praelectiones in Jeremiae prophetias et lamentationes* [31] o en los *Sermones sobre Samuel* [32], los jueces hacen derecho en la equidad que inspirados por Dios practican con preferencia a lo dispuesto por las normas legales, los jueces hacen el Derecho. «Die 'aequitas' ist für Calvin Masstab der Rechtsordnung in einem christlichen Staat», la equidad es para Calvino la regla del orden jurídico en un estado cristiano, concluye rotundamente Jürgen Baur en su *Gott, Recht und weltliches Regiment im Werke Calvins, Dios, Derecho y gobierno temporal en la obra de Calvino* [33]. Son «vicarios de Dios», «una cierta imagen... de la justicia de Dios», ejecutores de «los juicios mismos de Dios», encarnadores de lo justo a fuer de «la misma dignidad y poder que el Señor por su Palabra ha dado a los ministros de su justicia», en reiteradas apreciaciones constantes en el capítulo XX del libro IV de la *Institución de la república cristiana* [34]. Dios llama a los jueces para que sean sus portavoces, el ministerio del juez «es una vocación santa y legítima» [35], «porque El está presente y preside... la recta administración de la justicia» [36]. De ahí que los jueces puedan proceder respecto a las leyes generales con parejo arbitrio al que Dios usa; pues «que tienen mandato de Dios, que son autorizados y entronizados por El, que representan en todo su persona, siendo en cierta manera sus vicarios» [37]. Puestos en el lugar de Dios mismo, son la propia justicia y la propia equidad divina, colocándose en consecuencia por encima de las leyes humanas. Son más justos que las leyes y por ello sus sentencias son el Derecho por excelencia, son sencillamente el Derecho.

Jürgen Baur ha acumulado multitud de textos que no parece necesario repetir aquí, para demostrar que para Calvino el Derecho, definido supremamente por los jueces, es lo que éstos prohiben o aprueban [38], a tenor de lo que en sus conciencias Dios les presente como justo. Sin más limitaciones que dos: para los cristianos la ley revelada; para los no cristianos el Derecho natural.

Los jueces, que son el mismo Dios estableciendo lo justo en sus sentencias más allá de las leyes instituidas por los hombres, están sometidos al Derecho revelado por el Decálogo, única norma que les ata, «in qua est absolutum iustitiae speculum», según está escrito en el *Commentarius in Harmoniam evangelicam* [39]; la revelación es el solo marco que encauza la actividad del juez, debido a que es la sola ley inamovible: «la loy de Dieu... est un decret perpetuel» en el *Sermón sobre Samuel* [40]. Los jueces

29. J. Calvino: *Institución*, 1185.
30. J. Calvino: *Institución*, 1184.
31. En *Opera*, XXXVIII (1888), 52.
32. J. Calvino: *Predigten über das 2. Buch Samuelis*, 243, 244, 250.
33. Bonn, H. Bouvier, 1965, pág. 217.
34. J. Calvino: *Institución*, 1172, 1174, 1176, 1189.
35. J. Calvino: *Institución*, 1171.
36. Ibídem.
37. J. Calvino: *Institución*, 1170.
38. J. Baur: *Gott, Recht und weltliches Regiment im Werke Calvins*, 27.
39. En *Opera*, XLV (1891), 180.
40. J. Calvino: *Predigten über das 2. Buch Samuelis*, 395.

únicamente están ligados por la ley divina revelada; frente a las normas humanas, ellos son el Derecho y son las leyes.

El Derecho natural se aplica exclusivamente para los pueblos que carecen de la certidumbre de la seguridad de lo justo que es la ley divina. Para ellos vale, en sustitución de la revelación, la ley natural, expresión del «ordo naturae», visible en instituciones parciales, como en el matrimonio, cual advierte Calvino en el *Commentarius in Genesin* [41]. Resultado de un «sensus naturae», de un sentimiento siempre incierto porque reside en la razón humana, no en la gracia que es el legado de la ley revelada. Su raíz está, cual consta en los *Sermones sobre el Deuteronomio,* en que, pese a la caída dimanada del pecado mortal original de Adán y Eva y transmitida a la humanidad entera, el orden de la naturaleza permanece, no obstante la confusión que sigue al pecado: «l'ordre de nature demeure en son entier, après qu'il aura esté confus» [42].

La condición secundaria del Derecho natural respecto al revelado es que éste procede directamente de Dios, mientras que aquél nace de una razón humana corrompida por el pecado. De ahí sea de aplicar únicamente entre las gentes que ignoran el perfecto Derecho de la revelación. El orden universo sigue inalterado después del pecado, porque a tenor de lo dicho por Calvino en los *Sermons sur le Livre de Job,* «l'esprit de Dieu domine par dessus l'ordre de la nature» [43]. Lo que quiebra es el hombre, con el pecado entrañado en su naturaleza. La fuerza del Derecho natural reside en la continuidad del orden natural después del pecado; la debilidad del Derecho natural está en que ese orden, que sigue siendo perfecto a fuer de querido por Dios, viene interpretado a través de la corrompida naturaleza humana. Por lo cual, siendo inferior a la revelación que el juez encarna en sus sentencias, únicamente será lícito apelar a él cuando la carencia de la fe en el Cristo impida usar del perfectísimo Derecho revelado. En el *Comentario a la Epístola a los Hebreos* adoctrinó Calvino, en consecuencia, que «la justicia debe necesariamente apoyarse en la fe», y solamente en la fe [44].

Tal es la doctrina calvinista acerca de la superioridad de los jueces sobre las leyes. Portavoces de la divinidad misma, intérpretes de la ley revelada en el hondón de sus conciencias, bien pueden prescindir de o contrariar a las leyes humanas. Porque ellos son el Derecho vivo y es Derecho lo que ellos aprueben o prohiban, exclusivo Derecho aplicable. Dios les «ha conferido una majestad inviolable», remachará Calvino en la *Institución de la república cristiana* [45]. Si lo importante es Dios como juez más que Dios como legislador de acuerdo con la concepción de la predestinación, los jueces serán más importantes que las leyes, al trasladar al plano jurídico aquel planteamiento teológico. La medida del voluntarismo en teología salta con coherencia ideológica al Derecho. No habrá más Derecho auténtico que el que los jueces dicten, sea aprobando, sea prohibiendo concretamente en cada caso.

Interpretan la revelación, única norma segura, entre los cristianos agraciados por la fe; acudirán al falible Derecho natural, visión por el hombre

41. J. CALVINO: *Opera,* XXIII, 47 y 141.
42. En *Opera,* XXVI (1883), 436. Es el tomo II de los *Sermons sur le Deuteronomie.*
43. En *Opera,* XXXV (1887), 22. Es el tomo III de los *Sermones sobre el Libro de Job.*
44. J. CALVINO: *Antología,* 196.
45. J. CALVINO: *Institución,* 1191.

corrompido del perfecto orden puesto por Dios en la naturaleza, cuando se trate de hombres desprovistos de la gracia de la fe. Pero, en definitiva, lo que cuenta son los jueces, administradores de la justicia de Dios. Por encima de ellos nunca estarán las leyes no reveladas; por encima de los jueces humanos, inspirados por Dios, cabe únicamente el Juez supremo, que es Dios.

Verdad es que Calvino no argumenta con razones. Un crítico tan calvinista como Jean Gadier en *L'homme que Dieu a dompté* ha puesto de relieve este aspecto de la teología de Calvino. Sus libros están tejidos de pasajes bíblicos en vez de argumentaciones. «Il ne démontre pas, il cite» [46]. De citas referidas con exclusividad a la Sagrada Escritura. A él le bastaba la palabra de Dios, sin los peligros a que se halla expuesta la razón decaída del hombre pecador. Exactamente igual a los jueces por él dibujados: carismáticamente ungidos por Dios para que sus sentencias, inspiradas por Dios mismo, sean el único Derecho posible. Para Calvino los jueces labran el Derecho con una libertad supralegal proveniente de que sus decisiones son justas por ser decisiones inspiradas por Dios, no importando el contenido de ellas.

La teología protestante, voluntarista hasta el máximo, justifica de esta suerte la superioridad del arte jurídico sobre la ciencia y sobre la filosofía del Derecho. Con pruebas teológicas, con citas bíblicas, con aparato de textos que humillan hasta el aniquilamiento la razón de los hombres corrompidos por el pecado. Los jueces son justos porque sus sentencias, mejor que resultado de los razonamientos en que las fundamenten, ya que son también pecadores corrompidos, han sido sentencias inspiradas por Dios. La anteposición del arte jurídico de los jueces al saber científico y filosófico de los auténticos juristas está basada en la actitud irracional de un Juan Calvino, teólogo voluntarista, deificador de los jueces inspirados por Dios, con menoscabo del libre uso de la razón humana. Los jueces por él descritos son irrazonados instrumentos de la voluntad divina; construyen al Derecho desde su pedestal mayestático de elegidos que no necesitan argumentar nada. Les basta poseer la gracia de lo justo, en una teología en la cual la gracia sustituye y no sencillamente perfecciona la naturaleza corrompida del ser humano pecador.

3. Mi viejo y admirado amigo el profesor Alvaro d'Ors Pérez-Peix (nacido en 1915) ha formulado en nuestros días una doctrina de la primacía del arte judicial sobre el resto de los saberes jurídicos que en manera asaz sorprendente repite la postura del protestantismo en general y de Juan Calvino en especial. Parece ser —para quien le conozca, como yo le conozco ha luengos años— que en abierta y sorprendente contraposición con los principios religiosos que profesa con firmeza de católico ejemplar. A mi ver la explicación de que tan claro católico como él decaiga en actitudes jurídicas de puro tipo protestante hay que buscarla en la preocupación que es dable percibir entre los miembros del Instituto secular al que a lo menos aparentemente pertenece: el Opus Dei. Es la preocupación por la primacía de la eficacia, la estima de los logros efectivos por encima de las tesis doctrinales, lo que caracteriza ejemplarmente a los miembros de la Obra de Dios en las otras actividades a que se dedican. Respondiendo la Obra de Dios enteramente de sus miembros, con arreglo al artículo 3 de

46. Genève, Labor et fides, 1963, pág. 42.

la *Provida Mater* del 2 de febrero de 1947, por la que se rigen en su fundación, esto es, respaldados por el Opus Dei sin ningún género de limitaciones, han procurado espectaculares logros en su actividad tecnocrática; tanto en la política donde han podido desenvolver actividades tan loables como los magníficos resultados conseguidos por relevantes miembros de la Obra de Dios en el lanzamiento de la economía española mediante estupendos planes para el desarrollo, cuanto preparar el futuro político español del brazo del partido comunista, en rasgos de eficacia incomparable llevados a cabo por miembros atados con los votos de pobreza, de castidad y de obediencia. No de otro modo tampoco en el terreno cultural han administrado egregiamente fondos estatales, públicos o privados providencialmente recogidos, para conseguir transformar al Consejo Superior de Investigaciones Científicas o a la Universidad de Navarra en exponentes excelsos de la ciencia contemporánea. Pues parece ser que la empresa intelectual de Alvaro d'Ors, mi antiguo y querido amigo, con sus puntos de partida novedosos y sus inesperadas conclusiones, no es más que la aplicación a la cuestión de los saberes del Derecho de esa brillantísima característica de los brillantísimos logros de la Obra de Dios: la eficacia. Nota que el profesor d'Ors, sin duda por incitaciones del ambiente, ha recogido apoyándola con la robustez de sus talentos.

Puesto que lo que opone el saber técnico a los saberes científicos y filosóficos es esa nota de lo eficaz y de lo útil, Alvaro d'Ors contempla al Derecho desde el ángulo del arte jurídico. A diferencia de las concepciones tradicionales del catolicismo, no viene a la especulación jurídica desde la filosofía; al revés, busca al final corroborar con argumentos filosóficos y científicos, pero sobre todo con argumentos teológicos, lo que en él brota de la observación de la realidad: la filosofía no es fundamento, sino colofón de sus teorías, colofón como veremos dificultosamente aportado.

Los escritos cardinales de Alvaro d'Ors en este asunto son: *Principios para una teoría realista del Derecho*[47], incluido luego en *Una introducción al estudio del Derecho*[48], y diversos trabajos recogidos en los *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*[49], que serán citados en sus sitios correspondientes. De ellos se deduce la aspiración a una doctrina del arte jurídico inserta en la teología; teología que Alvaro d'Ors quiere sea la católica, pero que resulta ser ni más ni menos que la teología de Calvino, a causa de ese prurito de la eficacia que incluso se manifiesta ya en el título, a todas luces inadecuado, con que él quiso fueran conocidas sus tesis; el que le adjudica de teoría realista del Derecho.

El saber jurídico como saber técnico es en Alvaro d'Ors saber de exclusividad más que el primero de los saberes del Derecho. Más aún, elude todo saber filosófico, porque rehuye formular ninguna especie de ontología. Si no rechaza expresamente a la ontología, por lo menos prescinde de ella al elaborar sus doctrinas, lo cual viene a ser lo mismo. Su punto de partida es fenomenológico, de un fenomenologismo confuso que muchas veces decae en el empirismo. Lo que le interesa es el actuar y no el ser del hombre, sin descubrir a la usanza escolástica al ser detrás de sus operaciones, en la forja del Derecho. En neto contraste con la Escolástica, el

47. En el *Anuario de Filosofía del Derecho*. Madrid, Instituto de Estudios Jurídicos. I (1953), 301-330.
48. Madrid, Rialp, 1963.
49. Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1973.

obrar del hombre, desnudo en su sentido, no tiene para Alvaro d'Ors en lo jurídico ninguna conexión con el ser; y si la tuviera, porque por fuerza no osará negarlo expresamente, es conexión de la que prescinde, tal vez porque considere sea ineficaz para los efectos del estudio que acomete. Por ello no le importa la concepción católica del hombre, sino su obrar individual. Dícelo en el estudio *Derecho y ciencias sociales* al puntualizar como la conducta del hombre, no el hombre, es lo que importa[50]; con la secuela de que «el verdadero jurista es siempre un casuista»[51].

Actitud diametralmente opuesta a la de Santo Tomás de Aquino y a la de la Iglesia católica en general, como ha subrayado José Rodríguez Iturbe en *El concepto del Derecho en la doctrina española actual* al hablar del «anti-tradicionalismo filosófico de d'Ors»[52], entendiendo por antitradicionalismo la negación de la línea del tomismo católico y no por supuesto la negación del aberrante tradicionalismo filosófico de Bonald o de Donoso Cortés.

El propio d'Ors subraya su oposición a Santo Tomás de Aquino, de quien critica la definición, porque «no aclara las cosas en el terreno en que los juristas nos movemos», como consta en el trabajo *Derecho es lo que aprueban los jueces*[53]. La causa de tal oposición está en que, para Alvaro d'Ors, el Derecho solamente puede ser tomado desde el lado positivista de la decisión de los jueces, eliminando cualquier planteamiento metafísico. Para él no hay más Derecho que la decisión de los jueces. No caben razonamientos de lo injusto o de lo justo. El Derecho es sin más mero hecho: la decisión judicial. Igual que Juan Calvino, equipara al Derecho con el juicio: el «ius» es el objeto, pero también el resultado del «judicium»[54]. «Lo que en el juicio se declaró justo, eso es derecho, el derecho»[55], independientemente de que luego tenga o no tenga contenido de justicia. «Derecho es aquello que aprueban los jueces», excluido todo juicio de valoración ética objetiva[56], porque la injusticia posible no depende del contenido de la decisión judicial en sí, sino del hecho formal de que sea anulado por otro juez superior. «Derecho injusto es aquello que un juez aprueba y otro juez superior desaprueba»[57]. Lo justo por sí nada supone en el Derecho, vale únicamente el criterio del juez, aunque falible: «el derecho consiste en posiciones justas, esto es, aprobadas por los jueces»[58].

La causa de semejantes posturas, antítesis de las de Santo Tomás y de las de los clásicos de las Españas, radica en el prurito de la eficacia, trasladado al Derecho por Alvaro d'Ors en el concepto de la vigencia. Derecho es lo eficaz, lo vigente, sea o no justo. «Todo lo que se somete a la decisión de los jueces es Derecho. Pero hay que empezar por los mismos libros, de leyes o no, que utilizan los jueces para buscar criterios que valgan para dar sus sentencias. Esos libros son Derecho en la medida en que los jueces los aplican; en todo caso, si fueron escritos (leyes o no) para información de los jueces, pero los

50. A. D'ORS: *Escritos varios*, 23.
51. A. D'ORS: *Escritos varios*, 33.
52. Pamplona, Universidad de Navarra, 1967, pág. 45.
53. En los *Escritos varios*, pág. 46.
54. A. D'ORS: *Principios para una teoría realista del Derecho*, 307.
55. A. D'ORS: *Escritos varios*, 49.
56. A. D'ORS: *Principios*, 308. *Introducción*, 14.
57. A. D'ORS: *Principios*, 329.
58. A. D'ORS: *Principios*, 330.

jueces los desprecian, es un Derecho no-vigente, pues no se aplica (aunque esté promulgado como positivo). Naturalmente, lo más vigente de todo es la decisión misma que dan los jueces. Puede ocurrir que esa decisión sea modificada por la de un juez superior al que se apele contra tal decisión, y entonces el Derecho que vale es el del juez superior, y el del inferior ha tenido una vigencia tan sólo provisional» [59].

De donde resulta la explicación del por qué el Derecho no sea ni ciencia ni filosofía. Es simple técnica judicial. El juicio es un arte, nunca sube a lo científico ni a lo filosófico; luego el Derecho es arte, no es ni filosofía ni ciencia. Es la técnica del juicio delante del juez [60], la técnica de los jueces. Alvaro d'Ors confunde al Derecho, saber objetivo de lo justo, con la eficacia artística de los prudentes, al saber científico con el técnico [61]. Igual que en Calvino, el subjetivismo del juez crea al Derecho, en contra de la objetividad de la justicia en la noción del Derecho como «obiectum iustitiae» de la doctrina de Santo Tomás de Aquino.

Lo más grave del caso es que Alvaro d'Ors destruye toda seguridad y toda justicia en el Derecho, los dos factores que le caracterizan para el pensamiento tradicional católico. Destruye a la seguridad porque el relativismo de la opinión subjetiva de cada juez lleva a concluir existirán tantos Derechos como opiniones subjetivas de jueces haya. Destruye a la justicia porque la confunde con la prudencia judicial, siendo así que la prudencia perfecciona al agente, mientras la justicia es la virtud social por excelencia. De ser cierto lo que postula Alvaro d'Ors caeríamos en el más desesperante y desesperado de los relativismos; habría tantos Derechos como jueces, y la justicia, perdida su necesaria objetividad, cambiaría de juez a juez y de circunstancia a circunstancia.

El Derecho concebido por Alvaro d'Ors se funde con la política. De seguirle, los jueces serían los gobernantes. El Derecho es arte, porque la política es un arte. El Derecho es el instrumento para gobernar a la sociedad, no para la realización de la justicia. Dícelo a la letra: «el juicio es precisamente el instrumento fundamental del «ars» de que venimos hablando; por lo tanto, el instrumento de gobierno de la conducta por la sociedad» [62]. La jurisprudencia se iguala con la prudencia política, aplicadas en campos paralelos [63].

Por lo que se despeña en el más bestial de los absolutismos, canonizando a la tiranía. Una de sus censuras a Santo Tomás consiste precisamente en que para Santo Tomás no es norma legal la que carece de contenido justo, «de lo que resulta que una ley injusta no es ley». Para d'Ors, por el contrario, la ley injusta es ley con tal de que sea aplicada por los jueces, «por muy tiránico y totalitario que sea su autor» [64]. No cabe mayor oposición con la doctrina de la Tradición de las Españas.

Trátase de un voluntarismo exagerado, calcado sobre el voluntarismo de Juan Calvino. Ya Klaus M. Becker puso de relieve sus coincidencias con Martín Lutero, en contraste con el pensamiento católico, en el artículo «Gelübde»

59. A. D'ORS: *Introducción*, 25.
60. A. D'ORS: *Escritos varios*, 47.
61. A. D'ORS: *Principios*, 307.
62. A. D'ORS: *Escritos*, 64.
63. A. D'ORS: *Principios*, 307.
64. A. D'ORS: *Introducción*, 68.

de la *Realenenzyklopädie für protestantische Theologie* [65]. Pero en el terreno jurídico no es coincidencia, es remedo de las teorías mantenidas por Calvino.

Al reducir al Derecho a la decisión de los jueces, los encadena con dos limitaciones. Una, tajantemente relativista, y por ende, no ciertamente católica, la de la moral de la ocasión, como si no existiera una moral invariable apoyada en la ley natural; los jueces son, para Alvaro d'Ors, no ejecutores de las leyes, sino «intérpretes... a su vez, de la sensibilidad social contemporánea» [66]. Otra, el juicio del Juez de los jueces, que es Dios: «Deus iuducabit! Con este juicio de Dios hemos llegado ya a la cumbre de nuestro razonamiento» [67].

Exactamente igual que en Calvino; el resultado es idéntico. No podía dar de sí otra cosa el desgarrado voluntarismo por ambos mantenido. Para d'Ors la ley no obliga al juez, es para el juez mero consejo indicativo, jamás imperativo. Insiste en que «la norma legal será también» al lado de otras fuentes «un criterio destinado al que debe discernir lo justo de lo injusto, esto es, al juzgador o juez» [68]; remachando «la no imperatividad de la norma en sí misma» [69]. Lo mismo que Calvino, ha fundado al Derecho trasladando a los humanos la imagen del Dios voluntarista del protestantismo de Lutero. En algún pasaje compara la ley a la receta médica [70]. La ley no es, pues, Derecho por sí misma; lo será tan sólo en la medida en que la admitan los jueces omnipotentes. «Esto quiere decir —son sus palabras— que la vinculación material por la ley y la vigencia de ésta dependen de la aprobación o no de los jueces supremos, esto es, del «summum ius» [71].

Hasta coincide con Calvino en deducir las consecuencias, porque de un lado admite la obligación de obedecer a las leyes tiránicas, al paso que de otro lado arriba al democratismo del teólogo ginebrino. Que admitía leyes tiránicas con deber de cumplirlas fue la crítica de Alvaro d'Ors a Santo Tomás, antes indicada. Que copia a Calvino en la concepción del poder está claro en que es el pueblo quien ha de aprobar las decisiones de los jueces: «En los juicios cotidianos, la justicia consiste en evitar la injusticia aplicando el criterio menos injusto, que suele ser el que ya se ha probado en otras ocasiones, el precedente y el uso judicial que los constituye. Porque cuando la conducta de un juez anterior fue bien recibida por la sociedad, hay que suponer que su criterio era bueno. Lo ya probado vale por aprobado y justo: establece normalidad, es derecho vigente» [72]. Lo justo establecido por el juez se perfecciona cuando lo apoya el pueblo. De este modo, democracia y tiranía se ayuntan egregiamente en el pensamiento de Alvaro d'Ors, exactamente lo mismo que en Calvino.

La misma coincidencia se da en el concepto del Derecho natural, también identificado con el Derecho revelado. Dios es considerado como juez por Alvaro d'Ors, más que como legislador del universo, dado que el Derecho lo hacen los jueces y no los legisladores. Así podrá aseverar que «Derecho divino es lo que aprueba el Juez divino» [73]. Ahora bien, para que el juicio

65. Citado por José Rodríguez Iturbe: *El concepto del Derecho en la doctrina española actual*. Pamplona, Universidad de Navarra, 1967, pág. 48, nota 6.
66. A. D'Ors: *Escritos*, 46.
67. A. D'Ors: *Escritos*, 48.
68. A. D'Ors: *Escritos*, 49.
69. A. D'Ors: *Principios*, 314.
70. A. D'Ors: *Principios*, 315.
71. A. D'Ors: *Principios*, 324.
72. A. D'Ors: *Principios*, 319.
73. A. D'Ors: *Escritos*, 38-39.

de Dios sea aceptado por los humanos, éstos han de poseer la fe. Pues quien no crea en Cristo no puede estimar por juez supremo a Cristo. La revelación no es admitida más que por los creyentes. Es la fe la que define al Derecho revelado, igual que en el Protestantismo.

Tan arraigadamente protestante es la concepción de los saberes jurídicos postulada por Alvaro d'Ors que el trecho en que lo afirma parece ser transcrito de Calvino. «Que este orden jurídico superior sea alcanzable por las simples luces de nuestra razón natural puede admitirse, pero la cuestión está en encontrar tal razón natural, ya que nuestra naturaleza se halla «de origen» bastante quebrantada. Es de fe que sólo por el lucro de la Redención divina esa naturaleza puede ser subsanada y perfeccionada, y de ahí que sólo una razón natural cristiana pueda quizá alcanzar esta clarividencia; pero precisamente al cristiano esta clarividencia le viene facilitada por la Revelación» [74]. Santo Tomás habló de la naturaleza perfeccionada por la gracia; Alvaro d'Ors habla de subsanada por la revelación. Si esa frase posee sabor protestante o se mantiene en los límites de un Bonald y de un Donoso, es asunto de teólogos, no mío. Lo que sí parece seguro es que no cabe dentro de la línea católica tomista. El propio d'Ors tiene buena consciencia de ello cuando agrega que «la doctrina escolástica ha distinguido el derecho divino revelado del derecho divino natural, pero como acabamos de decir, sólo aquéllos que conocen el primero parecen estar en condiciones de averiguar sin error el segundo» [75].

De lo que no caben dudas es de que partiendo de semejante premisa dedúcese lo que Calvino dedujo: definir al Derecho natural como el derecho propio de los infieles, aprobado por Dios —y esto es al par típicamente dorsiano y típicamente protestante— como juez y no como legislador. «Derecho natural es aquello que el Juez divino aprueba respecto a los infieles» [76]; es el «derecho mitigado, propio del juicio de los paganos» [77]; «es el derecho divino para los infieles» [78]. El fondo de la argumentación es también siempre el de la caída de la naturaleza corrompida por el pecado original, incapaz de elevarse a la verdad y al bien. El problema está en si tal incapacidad no es total, si parcialmente deja al hombre en condiciones de ser perfeccionado por la gracia o si la gracia subsana sustituyendo por entero a la naturaleza pervertida.

La reducción del Derecho al arte jurídico judicial, postulada por Alvaro d'Ors, es la subversión de la concepción cristiana de los saberes jurídicos. Su profesado extremoso voluntarismo conduce a conclusiones coincidentes con las de Juan Calvino en los ámbitos del Derecho. Tales son la contemplación de Dios, más como juez que por legislador; la admisión de la vigencia de las leyes tiránicas; la convalidación de lo justo por el voto de las muchedumbres; la afirmación de que el Derecho es lo que los jueces aprueban; la reducción del Derecho natural a Derecho para los paganos, con mengua de la universal validez de la razón como nota imprescindible del ser humano; la negación de que la fuente próxima del conocimiento de lo justo reside en la razón humana, incapacitada con tan rotundo pesimismo antropológico como

74. A. D'ORS: *Principios*, 329. *Introducción*, 141.
75. A. D'ORS: *Principios*, 324.
76. A. D'ORS: *Principios*, 325.
77. A. D'ORS: *Principios*, 329. *Introducción*, 141.
78. A. D'ORS: *Introducción*, 16.

el que fuera nota del protestantismo; la negación de un orden universo lógico e inmutable, por excesos voluntaristas; la consiguiente eliminación del Derecho natural por base del Derecho positivo; la imprecisión de los límites entre la moral y el Derecho; la reducción del Derecho a la política; la transformación de lo justo en eficaz como criterio jurídico fundamental; anteponer lo antijurídico a lo jurídico al menos en el proceso genético, con olvidos de que el mal es solamente la privación del bien y que el bien es atributo del ser; el relativismo de las conductas como punto de partida; el repudio de la ontología jurídica como base de los estudios y de los saberes del Derecho; la remisión al juicio del tribunal de Dios, con menosprecio de la vigencia de la ley natural incluso en la naturaleza decaída, mas no absolutamente incapacitada dentro de su decaimiento. Positivismo, sociologismo, voluntarismo, aceptación del tirano, reconocimiento de la democracia, son algunas de las paradojas a que adviene este admirado docto varón pletórico de catolicísimas intenciones, sin más que por el anhelo de las eficacias característico del ambiente en que se mueve.

Lo más desgarrador de tantas conclusiones es su pesimismo en el terreno de la realidad jurídica presente. Presenta al Tribunal supremo como creador del Derecho, por encima de los legisladores e incluso por encima de los principios jurídicos generales dimanados del Derecho natural. De nuestro Tribunal supremo afirma ser «la suya una autoridad sin apoyo legal, pero eficaz, indiscutible» [79]. Superior al legislador, pues «de nada valen todos los Códigos si aquel tribunal no quiere observar sus preceptos» [80]. Superior al Derecho natural, ya que en los preceptos de éste «no puede tratarse de principios racionales o innatos, sino de aquellas expresiones escritas u orales en que se formulen criterios generales de justicia» [81]. Dejando a la subjetividad de los jueces definir qué sea el Derecho; con lo cual el Derecho cesa de ser objetividad justa, para decaer a expresión de la voluntad de unos técnicos. La eficacia de los tecnócratas de la Obra de Dios produce en la clara mente de Alvaro d'Ors unas consecuencias a lo Juan Calvino en las que coloca al saber técnico por el único saber jurídico existente.

Con la agravante de que a los jueces no se les puede exigir responsabilidad. Alvaro d'Ors declara respecto a las leyes «que la voluntad del Tribunal supremo» las «puede rectificar impunemente» [82] y que «cuando una ley positiva no es observada por los jueces, de hecho no se les exige responsabilidad» [83]. De suerte que esta apología del saber técnico sobre los saberes filosófico y jurídico, de cuño notoriamente calvinista, termina en la abolición del Estado de Derecho, en la relativización de la justicia, en el voluntarismo que canoniza posibles injusticias subjetivas y en la subversión de la tabla cristiana de los saberes jurídicos.

El ejemplo de Alvaro d'Ors demuestra, dados sus talentos, como el primado de la eficacia no puede en los saberes jurídicos suplantar a la primacía de la justicia objetiva, ni como el espíritu de los ambientes en que se mueve puede compararse con la nítida claridad de las visiones de Santo Tomás de Aquino y de los magnos juristas clásicos de las Españas tradicio-

79. A. D'ORS: *Escritos*, 50.
80. A. D'ORS: *Escritos*, 62.
81. A. D'ORS: *Escritos*, 63.
82. A. D'ORS: *Principios*, 311.
83. A. D'ORS: *Escritos*, 64.
84. A. D'ORS: *Introducción*, 125.

nales. Las quiebras del sistema dorsiano vienen de perspectivas tecnocráticas equivocadas, tan equivocadas que no ha logrado superarlas pese a sus dotes insignes de grandísimo jurista.

GLOSA CUARTA

EL MOVIMIENTO DEL DERECHO LIBRE

Descendiendo de las grandes perspectivas teológicas que animaron las aportaciones de Juan Calvino o de Alvaro d'Ors en el plano propiamente jurídico, el saber técnico del Derecho cuajado en la atribución a los jueces de facultades creadoras normativas es reacción contra el legalismo positivista y contra la cerrazón dogmática de la jurisprudencia de conceptos, tachada de desasida de la vida, en la Alemania de comienzos de nuestro siglo, en el movimiento o escuela del Derecho libre. Su punto de arranque estuvo en la comprobación de la existencia de las lagunas jurídicas, en advertir que ningún sistema legal, por completo que sea o pretenda serlo, tiene capacidad para preveer la solución de la totalidad de los problemas planteados por la vida jurídica; la conciencia de que hay zonas vacías en la dinámica social, problemas que escapan a los legisladores sin que las normas basten para aportar respuestas suficientemente claras a la complejidad de las preguntas suscitadas por la realidad vivida, tan cambiante cada día. El libro de E. Jung *Von der logischen Geschlossenheit des Rechts, De la totalidad lógica del derecho* [1], fue la consagración doctrinal, por más que en lo íntimo el autor mantuviera atisbos de su imposibilidad, de apreciar en un sistema legal, cerrado y comprensivo, la capacidad de brindar soluciones a las exigentes demandas propuestas por las nuevas circunstancias.

La pretensión era nula ya para numerosos escritores del siglo XIX. Sylvester Jordan (1792-1861), catedrático de derecho político en la universidad de Marburgo y apóstol del liberalismo würtenburgués, ya se dio cuenta de ello y planteó la necesidad de elevar a fuente del Derecho los usos de los tribunales administradores de justicia en su artículo *Bemerkungen über den Gerichtsgebrauch, dabey auch über den Gang der Rechtsbildung und die Befugnisse der Gerichte, Notas acerca de los usos judiciales en relación también al proceso de formación del derecho y las competencias de los tribunales* [2], publicado en 1825. Precedente que hay que ligar al de la escuela histórica, dada la repugnancia alimentada por sus representantes en la reducción del Derecho a la norma legal; bien que la escuela histórica derive hacia un derecho de juristas científicos y no a un derecho de jueces técnicos, cual puede verse en las glosas 1 de esta lección y en la 23 de la lección 5.

Pisando el suelo de la escuela histórica Fr. Adickes en *Zur Lehre von der Rechtsquellen, insbesondere über die Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquellen und über das Gewohnheitsrecht, Para la teoría de las fuentes del derecho, especialmente sobre la razón y la naturaleza de la cosa como fuentes jurídicas y sobre el derecho consuetudinario,* estudio romanista que vino presentado como el primer fascículo de unos *Studien über die heutige*

1. Berlín, Müller, 1900.
2. En el *Archiv für die civilistische Praxis*, VIII (1825), 191-260.

Geltung des römischen Rechts, Estudios en torno a la validez actual del derecho romano [3], revisó las fuentes usualmente aceptadas y postuló, dadas las dificultades en determinar la convicción común popular o «gemeinsame Rechtsüberzeugung» definida en hontanar supremo por la escuela histórica, cierta «subjektive Vernunft» o razón subjetiva referida a la apreciación personal por los jueces de las relaciones de hecho a tenor de los criterios derivados de la naturaleza de la cosa o de la libre estima de la costumbre [4]. Con exclusión expresa del derecho natural, del cual rechaza la pretensión de creer poder reglar la totalidad de las relaciones sociales con su derecho abstracto autofabricado, «welche mit ihrem abstrakten selbsgemachten Recht alle Verhältnisse regeln zu können glaubte» [5]; careciendo por ende de motivos Alf Ross en la *Theorie der Rechtsquellen, Teoría de las fuentes del derecho*, al calificarle de cimentado en bases jusnaturalistas [6], cuando al contrario movíase dentro de las premisas de la escuela histórica que desde el derecho romano cultivaba. Postura que le llevó a trazar años más tarde, en 1906, programa, entonces famoso, acerca de la formación debida de los jueces, con sistema de preparación que los capacitase para asumir tamaño empeño juzgador, expuesto en las *Grundlinien durchgreifender Justizreform. Betrachtungen und Vorschläge unter Verwertung englisch-schottischer Rechtsgedanken, Directrices para una reforma radical de la justicia. Observaciones y propuestas, adaptando las concepciones jurídicas inglesas y escocesas* [7].

Mas Adickes es mero precursor, en manera ninguna partícipe del movimiento del Derecho libre, toda vez que para él el juez podrá completar o suplir a la ley, pero jamás apartarse de ella. Bien lo muestra Hermann Kantorowicz en *Aus der Vorgeschichte der Freiheitslehre, De la prehistoria de la teoría del derecho libre*, al puntualizar expresamente como Adickes no perteneció a la tendencia, por más que en los últimos escritos coincide cronológicamente con ella [8].

En 1876, cuatro años después de la publicación del libro de Adickes S. Schlossmann da a luz su *Der Vertrag, El contrato* [9], donde transforma la actividad creadora del Derecho en cierto impreciso sentimiento jurídico, a la par concebido como racional y sentido como intuición, para concluir en parejos resultados [10].

Lo mismo cabría decir, aunque con rigor asaz más tenue, de otro vástago de la escuela histórica, Oskar Bülow (1837-1907), quien en su breve monografía *Gesetz und Richteramt, La ley y el ministerio del juez* [11], plantea en 1885 problemas análogos. La pujanza de las argumentaciones de Oskar Bülow manaban de su especialidad; era procesalista, no romanista cual Adickes ni civilista como Schlossmann; de ahí que la proximidad al derecho vivido en la práctica sirva de peso sólido para requerir la ampliación de las misiones del juez en el desempeño del oficio juzgador.

---

3. Cassel und Göttingen, G. H. Wigand, 1872. Sobre todo en los capítulos I, págs. 6-23 y VI, página 67.
4. FR. ADICKES: *Zur Lehre von der Rechtsquellen*, 9-11.
5. FR. ADICKES: *Zur Lehre von der Rechtsquellen*, 28.
6. Leipzig und Wien, Franz Deuticke, 1929, pág. 186.
7. Berlín, J. Guttentag, 1906. Resumido por el propio autor en el artículo de idéntico título publicado en la *Deutsche Juristen-Zeitung*, XI (1906), 501-509.
8. Mannheim, Bensheimer, 1925, pág. 6.
9. Leipzig, Duncker und Humblot, 1876.
10. S. SCHLOSSMANN: *Der Vertrag*, 193-206.
11. Leipzig, Duncker und Humblot, 1885.

Sobre los rieles de la escuela histórica a la que derechamente remite para sostener que tanto el juez cuanto el legislador son intérpretes del espíritu popular que al Derecho crea [12], Bülow deduce ser el Derecho resultado de una obra colectiva, pues las mismas leyes son «Collectiverklärungen» [13]; de suerte que en la elaboración del Derecho cooperan por igual jueces y legisladores: el legislador para establecer las normas generales, el juez para precisar las normas concretas. Siendo sentencia y ley normas pariguales, formulaciones del Derecho con valor idéntico; la diferencia está en la proyección sobre la realidad jurídica, que en definitiva viene a ser obra del juez más que del legislador dado es el juez el único que de veras acerca el Derecho a los hechos reales de manera eficaz. De ahí que el auténtico Derecho sea el expresado por el juez, que es quien le proyecta sobre la realidad; quedando alejada de ella la prescripción legislada, que sólo a través del juez se transforma en Derecho efectivo y verdadero.

La consecuencia está en ser el juez el exclusivo definidor real del Derecho, siendo la ley apenas remoto presupuesto de la sentencia. Primado del juez que le permite mejor que al legislador topar con el verdadero sentido del Derecho, «den wahren Sinn ausfinding zu machen» [14]. En sus palabras, hay que achacar al juez mayor y más profunda visión del Derecho que al legislador: «den Richtern wird oft eine grössere und bessere Rechtseinsicht zugemuthet und zugetraut als den Gesetzgebungspersonal» [15].

Puestas así las cosas, no será la ley criterio absoluto, sino simple indicación, «nur eine Anweisung» [16], desnudo camino para la exacta fijación del Derecho, «nur den Weg richtiger Rechtsfindung» [17]. De donde parece lógico que el juez, exclusivo determinador del Derecho y sometido a la ley apenas como criterio indicador, hállase en condiciones de sentar el Derecho exacto, incluso cuando sus decisiones se aparten o se contrapongan a aquellos preceptos legales que poseían valor meramente indicativo; porque el juez conoce como nadie cual sea el Derecho a cuya elaboración coopera, mas sin obediencia ciega, con el legislador [18]. Bien lo prueba el que el poder estatal respalde sin restricciones ni reservas la fuerza ejecutiva de las sentencias; para Bülow desde el momento en que el Estado impone la sentencia judicial como expresión obligada del Derecho está autorizando al juez para que declare qué es el Derecho, hasta en contraposición si preciso fuere con las prescripciones de la ley general dictada por el legislador [19].

Pero Oskar Bülow rectifica los excesos posibles desde el punto en que esa actividad judicial, por ensanchada que la exponga, refiérese a la aplicación del Derecho más que al hallazgo directo y aparte de sus contenidos; por ello no es más que precedente del movimiento del Derecho libre, por mucho que pueda caerle vecino, según puso en claro Eugen Ehrlich en *Die richterliche Rechtsfingung auf Grund des Rechtsatzes, El hallazgo judicial del derecho sobre la base de la proposición jurídica* [20]. Sin que valgan sus

12. OSKAR BÜLOW: *Gesetz und Richteramt*, 48.
13. O. BÜLOW: *Gesetz und Richteramt*, 35.
14. O. BÜLOW: *Gesetz und Richteramt*, 37.
15. Ibídem.
16. O. BÜLOW: *Gesetz und Richteramt*, 45.
17. O. BÜLOW: *Gesetz und Richteramt*, 46.
18. O. BÜLOW: *Gesetz und Richteramt*, 39.
19. O. BÜLOW: *Gesetz und Richteramt*, 40-41.
20. En el *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, LXVII (1917), 1-80. Cita a la pág. 80.

BIBLIOTECA
FCO. ELIAS DE TEJADA Y ERASMO PERCOPO

precisaciones posteriores, ya que lo que aducen es remachar la moderación de sus posturas; tales como *Klage und Urteil, Demanda y juicio*, de 1903 [21], o *Ueber das Verhältnis der Rechtsprechung zum Gesetzesrecht, Sobre las relaciones de la administración de justicia con el derecho legislado*, de 1906 [22], en instantes en que ya alboreaba la hora cenital de la escuela del Derecho libre.

La orientación de Oskar Bülow va a ser compartida por numerosos autores en la última década del siglo XIX, muchos de los cuales formarán luego en las filas del movimiento del Derecho libre. El primero en la valía así como por la omnipresente curiosidad intelectual con la que abordó todas las más variadas cuestiones del saber jurídico, Josef Kohler (1849-1919), en sus escritos *Ueber die Interpretation der Gesetzen, Sobre la interpretación de las leyes* [23] y *Die schöpferische Kraft der Jurisprudenz, La fuerza creadora de la jurisprudencia* [24]. Donde defiende la posibilidad de la aparición de un derecho novedoso, en el cual las decisiones judiciales escapan al rigor estrecho de las temáticas legales para dar entrada a hechos antes no presentados a la consideración de los juristas [25]. Lo que sucede es que en esos escritos iniciales Josef Kohler tolera, sí, la ampliación de las facultades de los jueces, pero dentro del marco de la aplicación de la ley, por más que aflore una aplicación de despejados horizontes; pero sin salir todo lo más de las posibilidades permitidas por los procedimientos de la analogía, cual declara adrede en *La interpretación de las leyes* [26], negando en modo rotundo esté autorizado el juez para prescindir de las directrices señaladas por la ley [27]. Lo cual no obsta para que en cartas de vejez, dirigidas a Ernst Fuchs en 22 de octubre de 1914 y en 12 de marzo de 1919, Kohler proclame haber mantenido los puntos de mira de la tendencia del Derecho libre durante más de veinte años [28]. Es que en realidad Josef Kohler participó en todos los movimientos culturales de su tiempo merced a aquella su incomparable y siempre insatisfecha curiosidad intelectual, por más que, de ser algo, habría de adscribírsele a los epígonos del hegelismo.

Pareja actitud a la asumida por Josef Kohler en la novena década del siglo XIX es la tomada por P. Klöppel en *Staat und Gesellschaft, Estado y sociedad* [29] y en *Gesetz und Obrigkeit, Ley y autoridad* [30]; por J. Schein en *Unsere Rechtsphilosophie und Jurisprudenz. Eine kritische Studie, Nuestra filosofía jurídica y nuestra jurisprudencia. Un estudio crítico* [31]; o por los inicios de la jurisprudencia de intereses, luego estudiada en la glosa 28 de la lección 5, cuyo confrontamiento con la doctrina del Derecho libre dará lugar a encontronzados polémicos a los que se alude más abajo.

Tal vez el precedente más señero sea el del francés François Gény (1861-1958), bien que antecedente asaz somero como señaló George White-

21. En la *Zeitschrift für das Zivilprocessrecht*, XXI (1903), 263-270.
22. En *Das Recht*, X (1906), 769-780.
23. En la *Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht*, editada por GRÜNHUT. XIII (1886), 1-61. Sobre todo en las págs. 48-51.
24. En el *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht* de IHERING. XXV (1887), 262-297.
25. JOSEF KOHLER: *Die schöpferische Kraft der Jurisprudenz*, 295-297. Todo el apartado VI.
26. J. KOHLER: *Ueber die Interpretation der Gesetzen*, 48.
27. J. KOHLER: *Ueber die Interpretation der Gesetzen*, 57.
28. Citadas por ALBERT S. FOULKES en las páginas 397-398 de *On the German Free Law School (Freirechtsschule)*. En el *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, LV (1969), 367-414.
29. Gotha, F. A. Perthes, 1887.
30. Leipzig, Hirschfeld, 1887.
31. Berlín, C. Heymann, 1889.

cross Paton en *Un manual de jurisprudencia* [32]. Por sus repercusiones y por la magnitud de sus esfuerzos Gény es sin duda alguna el máximo antecesor del movimiento del Derecho libre, por más que toda su novedad se reduzca, cual precisa François Terré en *En relisant Gény, Releyendo a Gény,* en referir los textos legales a las nuevas coyunturas de la sociedad moderna [33]; sin subir a saberes filosóficos de derecho natural, por más que los presienta, en la aguda calificación de Michel Villey en *François Gény et la renaissance du droit naturel, Francisco Gény y el renacimiento del derecho natural* [34]. Lo que en Gény cuenta es la reacción contra el positivismo formalista estudiado en la glosa 27 de la lección 5; apenas si en esa reacción se acerca a la escuela del Derecho libre en la medida en que admita que para sus sentencias puedan tomar inspiración los jueces más allá del marco cerrado de las leyes; que es todo lo más que le concede Günter Less en *Von Wesen und Wert des Richterrechts, De la esencia y valor del derecho de los jueces* [35].

Los dos volúmenes del *Méthode d'interpretation et sources en droit privé positif, Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo* [36], y los cuatro de *Science et technique en droit privé positif, Ciencia y técnica en derecho privado positivo* [37], combaten en dos frentes: uno negador, crítico del legalismo imperante en la doctrina francesa de finales del siglo XIX; otro afirmador, enhebrando una construcción que permitiera superar el anquilosamiento a que el legalismo intransigente había reducido la ciencia jurídica francesa.

En la crítica contra el legalismo francés coetáneo triunfó por completo. Demostró como toda operación lógica con el Derecho requiere remontarse a principios superiores al estricto texto legal, ayudándose casi siempre de la intuición, con la carga de subjetividades con que la intuición se apoya en lo que él denomina, con resabor de decires jheringianos, «l'instinct juridique et la tradition» [38]. Una vez conseguido ese principio más allá del texto, es dable utilizar la lógica en los razonamientos del Derecho [39]. Ateniéndose con exclusividad a la letra de la ley, el pensamiento jurídico se estancaría, rígido en la «manque de plasticité» que haga posible su acomodación a las nuevas situaciones de cada día [40].

Asoma la dificultad cuando el jurista ha de caminar entre dos abismos. De un lado, la necesidad de rechazar las concepciones que identifican al Derecho con la ley; de otra parte, evitar que la indagación subjetiva carezca de apoyos objetivos [41]. En el primer caso el Derecho se endurecería a extremosidades de anquilosamiento. En la segunda posibilidad, el mal sería todavía más grave, porque despeñaríase en indeseable arbitrariedad de los jueces.

La repugnancia a la posible arbitrariedad de los jueces es lo que excluye considerar a François Gény comulgando en teorías parejas a lo que luego será el movimiento del Derecho libre. Aquí ha escrito páginas tan documen-

32. G. W. PATON: *A text-book of Jurisprudence,* 174.
33. En los *Archives de philosophie du droit,* VI (1961), 128.
34. En los *Archives de philosophie du droit,* VIII (1963), 197-211.
35. Erlangen, Palm und Enke, 1954, pág. 13.
36. Cito por la segunda edición. París, Librairie géneral de droit et de jurisprudence, 1954.
37. Paris, Recueil Sirey, cuatro volúmenes.
38. F. GENY: *Méthode,* I, 45.
39. F. GENY: *Méthode,* I, 52.
40. F. GENY: *Méthode,* I, 66.
41. F. GENY: *Méthode,* I, 203.

tadas cuanto durísimas. A su vez la libre decisión de los jueces impediría toda previsión para los casos futuros, de suerte que el peligro del ultraje a los derechos de los individuos será la secuela de la imposibilidad de asentar criterios de seguridad jurídica [42]. La aseveración del leguleyo Bertrand en el discurso de apertura de los tribunales del 16 de octubre de 1888, de que el juez participa en la ley civil [43], suscítale condenas contundentes: «Mais, ainsi, ne tombons-nous pas dans l'abîme de l'arbitraire individual? N'allons nous pas, de gaieté de coeur, nous exposer à tous les dangers des jugements empiriques ou d'occasion, et sacrifier par là ce besoin primordial, absolu, indiscutible, la certitude du droit, d'où la securité même de la vie sociale?» [44]. Antes de soportar la arbitrariedad de los jueces, a la que se expondría de haber hecho suyos los anteriores criterios del derecho libre, prefiere la cerrazón de la ley: «Même, je confesserai volontiers qu'il vaut mieux parfois renoncer à certain raffinement de justice concrète, pour maintenir la suprématie de la règle générale, placée à l'écart des opinions individuelles, connues de tous, la même pour tous» [45]. Tan ajeno estuvo al espíritu que animará la escuela del Derecho libre que el temor de dejar en manos de los jueces la definición del Derecho llévale a dar de lado a aquellas sus robustas argumentaciones contra el legalismo, prefiriendo antes el anquilosamiento de la norma que la libertad en los sentenciadores. Entre ambos extremos, elude la salida de la escuela del Derecho libre y antes de que naciera la repudiará; su vía es el término medio que evite tanto la rigidez legal cuanto la subjetividad de los tribunales. Observando que ahí radica la clave de los saberes jurídicos: «Au fond, toute la question est là», son sus palabras [46].

¿Cómo lograrlo? Estableciendo la objetividad de lo justo, que el Derecho haya de ser justo bajo pena de cesar de ser Derecho [47]. Mas, con resabios positivistas, rehuyendo por completo las soluciones filosóficas del derecho natural, cuyo contenido era a sus ojos el residuo vano y caduco de esfuerzos trasnochados [48]. Seducido por la sociología, heredera de aquellas mismas perspectivas positivistas que no obstante se empeñaba en combatir, buscará la objetividad del Derecho en las realidades sociales del momento, en «la plus simple observation de la vie sociale» [49]. Es la realidad sociológica, aunque yerre al confundirla con la noción misma de la naturaleza de la cosa. Es positivismo sociológico a lo Augusto Comte el que alienta en la palpable confusión con la cual arguye que «il y a bien de dégager, du fond commun de la nature des choses, les règles objectives, qui la guideront et la garantiront contre le subjectivisme de ses jugements» [50]. Naturaleza de la cosa que, en esta versión positivista, se concreta en los dos principios de la justicia y de la utilidad social, «seuls eléments objectifs capables, d'en suggerer les règles, fondées sur la nature des choses et adaptées aux exigences de la vie» [51].

Estos datos son la «donnée», lo que revela la naturaleza social, «ce que

42. F. GENY: *Méthode*, I, 188.
43. Puede verse en el número de *Le droit* del 17 de octubre de 1888, pág. 981.
44. F. GENY: *Méthode*, I, 215.
45. F. GENY: *Méthode*, I, 216-217.
46. F. GENY: *Méthode*, II, 225.
47. F. GENY: *Science*, II (1915), 366.
48. F. GENY: *Science*, II, 11.
49. F. GENY: *Science*, II, 364.
50. F. GENY: *Méthode*, I, 221.
51. F. GENY: *Méthode*, I, 188. También en la pág. 207.

révèle la nature sociale» [52]. Los cuales pueden ser naturales, condiciones de hecho, morales o físicas; históricos o coyunturas del tiempo; racionales, atenidos al derecho romano y a las reflexiones del pensamiento moderno; e ideales, las aspiraciones en las que la dinámica positivista veía el motor del progreso, o sea las que brotan «en vue du progrès incesant du droit positif» [53].

La averiguación de la «donnée» es la misión de la ciencia, interrogando a los factores sociales para deducir de ellos el Derecho [54]; pues el Derecho mana del hecho social y nada más, la ciencia ha de «prendre le droit, tel qu'il s'offre à nous dans les faits» [55]. De suerte que lo que la ciencia topa es la materia del Derecho, toscamente percibida: «la règle du droit, telle qu'elle ressort de la nature des choses et, autant que possible, à l'état brut» [56].

En cuyas condiciones la ciencia del Derecho, así en estado bruto, no puede insertarse en la vida. Parece precisa una labor ulterior de acepillamiento en que sea esculpido el pétreo bloque arrancado de la cantera de la vida social. Es la labor del técnico del Derecho, quien trabaja el «construit» tallando leyes y sentencias. Técnica calificada de «oeuvre artificielle», obra artificial [57]; de manejo de artificios y de trucos, «trucs» que son «le côte artificiel» del Derecho [58]. La función de la técnica es adaptar a los casos reales aquellos preceptos generales a los que la ciencia advino, echando mano de criterios de utilidad, «pour s'inserer utilement au milieu de la fluidité mouvante et multiforme de la vie» [59].

Aunque ambas sean, ciencia y técnica, patrimonio de los juristas, lo son bajo reservas de matices. Mientras que la labor del científico es más intelectual, la del técnico, sea legislador o sea juez, es más volitiva, «oeuvre de la volonté plutôt que de l'intelligence» [60]. Al no ser científico el juez no puede conocer la «donnée», ciñéndose a los perfilamientos de lo «construit»; punto de negar saber científico a los jueces que es la segunda nota que aleja a François Gény de lo que después sería el movimiento del Derecho libre. La durísima crítica formulada contra el juez Magnaud es contundente prueba a este respecto. Cuando en «Une passade de jurisprudence: el phénomène Magnaud», en el tomo II de la segunda edición del *Método de interpretación y fuentes del derecho positivo* [61] expresamente niega a los jueces capacidades para la labor científica por discutir sean aptos para estatuir las «données» fundamentadoras de la técnica, opónese a las tesis posteriores de la escuela del Derecho libre en el corazón mismo de ellas. Permitir sospechar siquiera que los jueces sean capaces de descubrir o de modificar las reglas de la conducta social patrimonio del saber científico daría en la anarquía más completa, en la subversión del Derecho [62]; pues en tal caso el juez «devienne, à bref délai, impossible de l'arrêter sur la pente de l'arbitraire» [63]. Para François Gény, como muy bien ha visto Jean Dabin en *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé, La técnica de la elabo-*

52. F. GENY: *Science,* I (1912), 97.
53. F. GENY: *Science,* II, 385.
54. F. GENY: *Méthode,* II, 223.
55. F. GENY: *Science,* I, 16.
56. F. GENY: *Science,* I, 97.
57. F. GENY: *Science,* III (1921), 17.
58. F. GENY: *Science* III, 18.
59. F. GENY: *Science,* III, 34.
60. F. GENY: *Science,* IV (1924), 148.
61. F. GENY: *Méthode,* II, 287-307.
62. F. GENY: *Méthode,* II, 288.
63. Ibídem.

ración del derecho positivo, especialmente del derecho privado, toca a políticos y a legisladores fijar la «donnée» científica, mientras que al juez o al jurista técnico no compete otra función que la de perfilar el «construit» técnico, de ser simple «technicien de la réglamentation» moldeándola inexorablemente sobre las «données» científicas [64]. Bien entendido que la fuente de la «donnée» es la sociología, no el saber filosófico del Derecho; nótese como, a tenor de su constante positivista, Gény hablará de una «philosophie de la sciencie juridique» en vez de referirse a una «véritable philosophie du droit» [65].

Ha sido preciso detenerse en el pensamiento de François Gény por dar en la expresión más representativa de la reacción contra el dogmatismo legalista y, a la escueta proporción en que así es, en antecedente de la escuela del Derecho libre, de la cual le separan sin embargo su concepción subordinada del juez y la eliminación de la ciencia entre los saberes judiciales. Pero el teatro del combate ideológico estaba en Alemania más que en Francia y es en Alemania donde, apenas doblado el recodo del 1900, la tensión generada por la promulgación del Código civil va a provocar discusiones de las que nacerá la escuela del Derecho libre.

La ocasión vino de reverdecer con urgencia la vieja discusión en torno a la plenitud o no del ordenamiento jurídico, esto es si las normas que lo integran eran suficientes para resolver los problemas planteados por la vida real del Derecho o si hay algunas extrañas a las temáticas previstas por el sistema normativo. Ya había tocado el asunto en profundidad en 1888 Eugen Ehrlich en *Über Lücken im Rechte, Sobre las lagunas en el derecho* [66]. Asegura Ehrlich la existencia de las lagunas jurídicas de manera terminante negando tenga el Derecho solución pronta para la totalidad de los casos posibles [67]. Lagunas que no se llenan apelando al derecho natural, pues eso supondría una convicción cierta, por la experiencia demostrada irrealizable [68]. Tampoco supone salida bastante acudir a la naturaleza de la cosa, porque ésta es noción que hace referencia a relaciones económicas privadas, no a las de la economía nacional, amén de que el contenido de la naturaleza de la cosa varía según las realidades económicas de los diversos pueblos y regímenes [69]. Lo que Ehrlich reclama es seguir el ejemplo del pretor romano y del canciller inglés, los cuales iban resolviendo cada caso particular con arreglo a sus convicciones personales [70], preveyendo en lo más un «case-law» aplicable a los sistemas jurídicos continentales europeos [71]. La gran novedad aportada por Eugen Ehrlich en aquel juvenil trabajo primerizo fue la de otorgar al juez categoría de científico del Derecho, pensando que sentencia «als wissenschaftlich gebildeter Jurist» [72], cual jurista formado científicamente; rasgo en el que esboza la radical confusión que años después caracterizará a la escuela del Derecho libre, trocándola en madre de irremediables anarquías intelectuales.

64. Bruxelles-Paris, Emile Bruylant, Recueil Sirey, 1935, pág. 37.
65. F. GENY: *Science,* II, 15.
66. En las *Juristische Blätter* de 1888, págs. 447-630. Cito por su reimpresión en las págs. 80-169 del volumen *Recht und Leben.* Berlín, Duncker und Humblot, 1967.
67. EUGEN EHRLICH: *Über Lücken im Rechte,* 81.
68. E. EHRLICH: *Über Lücken im Rechte,* 82-83.
69. E. EHRLICH: *Über Lücken im Rechte,* 137-140.
70. E. EHRLICH: *Über Lücken im Rechte,* 86-87.
71. E. EHRLICH: *Über Lücken im Rechte,* 168-169.
72. E. EHRLICH: *Über Lücken im Rechte,* 165.

Reitera idénticas posturas en 1893 en la monografía *Die stillschweigende Willenserklärung, La declaración tácita de voluntad,* en donde aplica esas fórmulas para la que estima es una laguna en el seno del sistema jurídico germano [73]; preparando con tales escritos la vía para la aparición del libro que desencadenará la oleada de cuestiones: el discurso rectoral de apertura de curso pronunciado en la Universidad de Bonn por Ernst Zittelmann el 18 de octubre de 1902 bajo el título, al par enjundioso y polémico, de *Lücken im Recht, Las lagunas en el derecho,* obra que ha llegado en dar por uno de los clásicos de la literatura jurídica alemana [74].

No eran las pretensiones de Ernst Zittelmann levantar las sentencias contra las leyes, y por ello tuvo razón Theodor Sternberg en la *Einführung in die Rechtswissenschaft, Introducción a la ciencia del derecho,* en diputarle extraño al movimiento del Derecho libre [75]; limitóse a probar la existencia de lagunas reacias a ser llenadas por las normas legales escritas [76], para atender a los procedimientos que suplan los vacíos dejados por las leyes, que para él serán hacederos apelando a los valores vigentes en la sociedad [77], los cuales han de ser determinados por el juez [78]. En resumen, Zittelmann discierne dos especies de lagunas jurídicas: las que afectan a cuestiones no reguladas expresamente por normas, pero que son susceptibles de ser resueltas echando mano de la analogía, las cuales a su entender no son lagunas verdaderas [79]; y los huecos que es imposible rellenar con la intrepretación, ni siquiera con la analogía más ancha, los cuales han de ser cubiertos por los jueces [80].

Postura compartida en el mismo año 1903 por otros juristas, algunos tan eminentes como Rudolf Stammler (1856-1938) en la conferencia dada el 27 de febrero en la Unión para el progreso de la ciencia política, en Berlín [81]; S. Schlossmann en el libro *Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Persona und der Sache nach BGB, El error sobre propiedades esenciales de la persona y de la cosa en el Código civil alemán* [82]; o el mencionado Eugen Ehrlich en la conferencia pronunciada en la Sociedad jurídica de Viena el 4 de marzo bajo el epígrafe de *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, Búsqueda libre del derecho y ciencia libre del derecho* [83].

Este último trabajo delata por entero las directrices de lo que va a ser el movimiento del Derecho libre. Aquí salta en definición bien clara cómo se trata de exponer un derecho de jueces en lugar de un derecho de juristas. Quien hace derecho es el juez, no porque lo cree, sí porque goza de capacidades para reconocerlo al par o más que los legisladores; el juez es de esta guisa fuente y no mero testimonio del Derecho [84]. Las condiciones del juez para transformar ese derecho que encuentra en derecho imperado a través de sus sentencias resultan de que dentro de la máquina del Estado se

73. Berlín, Carl Heymanns Verlag, 1893, pág. 291.
74. Leipzig, Duncker und Humblot, 1903.
75. Segunda edición. Leipzig, Göschen, 1912, pág. 147, nota 2.
76. E. ZITTELMANN: *Lücken im Recht,* 9-10.
77. E. ZITTELMANN: *Lücken im Recht,* 33.
78. E. ZITTELMANN: *Lücken im Recht,* 37.
79. E. ZITTELMANN: *Lücken im Recht,* 10-27.
80. E. ZITTELMANN: *Lücken im Recht,* 33.
81. Recogida, bajo reseña de BRÜCKMANN, en la *Deutsche Juristen-Zeitung,* VIII (1903), 192-194.
82. Jena, G. Fischer, 1903. Sobre todo en las págs. 25 y 35.
83. Leipzig, C. L. Hirschfeld, 1903. Cito por el volumen *Recht und Leben* aludido en la nota 66, donde ocupa las págs. 170-202.
84. E. EHRLICH: *Freie Rechtsfindung und frei Rechtswissenschaft,* 173.

halla en igualdad con los legisladores, dado que las decisiones de ambos están respaldadas por el aparato institucional de la fuerza estatal, sin otra diferencia que el ámbito de sus voluntades: general en el legislador, para casos concretos en el juez; mas en ambas coyunturas tratándose de un «staatliche Befehl», de un imperativo estatal [85].

Es el juez un científico, mucho más que un técnico [86], y la ciencia del Derecho equivale a las decisiones judiciales creadoras, a la «schöpferische Rechtsprechung» [87]. Es la ley meramente indicadora, una entre las fuerzas reales o «wirkliche Kräften» a tener en cuenta por el juez al establecer el Derecho, pero no la única; «aber es ist nicht die einzige» recalcará Eugen Ehrlich [88]. En la conferencia de Ehrlich están ya acuñadas todas las tesis del movimiento del Derecho libre: la equiparación en la función de jueces y legisladores, que el juez está apoyado por el Estado, que los jueces son científicos del Derecho, que auténtico Derecho es el aplicado por los jueces, pues la ley no pasa de simple indicación carente de imperatividad para quienes administran justicia llevando el Derecho a los casos particulares. En 1903 Eugen Ehrlich tenía ya cabalmente elaborada la temática del movimiento del Derecho libre.

Aunque la resonancia suprema, lo que marca la alzada del estandarte doctrinal es el folleto publicado en 1906 por Hermann Kantorowicz (1887-1940) bajo el seudónimo de Gnaeus Flavius, titulado *Der Kampf um die Rechtswissenschaft, La lucha por la ciencia del derecho* [89]. Más que escrito estrechamente científico trátase de una auténtico manifiesto de pelea ideológica, desde las primeras palabras proclamadoras del nacimiento de un movimiento renovador de los saberes jurídicos: «In die Rechtswissenschaft ist eine neue Bewegung gekommen» [90]. Movimiento enarbolador de una nueva concepción del Derecho nada menos, derribador del postrer bastión de la escolástica en el decir del propio Kantorowicz [91], entendiendo por escolástica el dogmatismo legalista mantenedor de la exclusividad de la ley por fuente del Derecho, o sea el positivismo decimonónico. Contra él yergue Kantorowicz el estandarte de la existencia de un derecho distinto del estatuido por el Estado, en cierto modo el restablecimiento del viejo derecho natural [92], bien que con notable e importante diferencia: la de que el Derecho postulado por la escuela libre no será redactado por los filósofos que fijaban al antiguo derecho natural, sino por los juristas, los cuales ostentan mayores presunciones de acierto porque se hacen cargo de las realidades del momento en vez de apoyarse únicamente en los principios abstractos que hacían errar a los filósofos jusnaturalistas [93]. De donde proviene que el planteamiento jurídico no tenga nada que ver con la moral [94]; preludio de la derivación sociológica a que la escuela del Derecho libre acabará reduciendo la entera problemática jurídica.

Si son inservibles el derecho natural o la contemplación de la naturaleza de la cosa, resta un solo medio para colmar los vacíos de las lagunas del De-

85. E. EHRLICH: *Freie Rechtsfindung und frei Rechtswissenschaft*, 174-178.
86. E. EHRLICH: *Freie Rechtsfindung und frei Rechtswissenschaft*, 197.
87. E. EHRLICH: *Freie Rechtsfindung und frei Rechtswissenschaft*, 200.
88. E. EHRLICH: *Freie Rechtsfindung und frei Rechtswissenschaft*, 198.
89. Heidelberg, C. Winter, 1906.
90. HERMANN KANTOROWICZ: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 5.
91. Ibídem.
92. H. KANTOROWICZ: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 10.
93. H. KANTOROWICZ: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 10-11.
94. H. KANTOROWICZ: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 11-12.

recho: la acción decisoria sin trabas del juez que establece el último definitivo Derecho, el de los casos singulares. Solamente la escuela del Derecho libre está capacitada para resolver el problema de las lagunas jurídicas. «Nur freies Recht, mit der Spontaneität seiner Entscheidungen und der gefühlsmassigen Deutlichkeit seiner Inhalte angesichts des einzelnen Rechtsfalles, kann diese Ausfüllung bringen und hat sie in der Tat stets gebracht» [95].

Es la ciencia, por lo cual para Hermann Kantorowicz el juez es científico del Derecho. Las decisiones judiciales encarnan la ciencia jurídica, la «freie Rechtsfindung» o indagación libre coincide con la «freie Rechtsschöpfung» o creación libre del Derecho [96]. Lo cual por lo demás encaja difícilmente con la apreciación inmediata, ya avanzada en verdad por François Gény, de que los jueces actúan por voluntad, de que el Derecho es la voluntad del juez, «wie das Recht selbst muss sie Wille sein» [97]. Remedando a Schopenhauer, Kantorowicz eleva la voluntad a palanca de la verdad [98]. Lo cual genera que el Derecho libremente determinado por el juez, si bien requiera ser debidamente motivado [99], sea producto que porta el sello de su personalidad, en una objetividad que raramente podrá ser objetiva [100].

Semejante voluntarismo jurídico, que es la conclusión que cierra *La lucha por la ciencia del derecho* [101], traza el Derecho tal como el juez sea. Y en especial exige por parte de los jueces el conocimiento de las realidades sociales, en una palabra que sean sociólogos más que juristas. Quiere jueces que, apoyados en las realidades sociales de las experiencias propias, sepan decidir con pleno conocimiento de las funciones en la sociedad de cada norma jurídica y de los efectos de sus decisiones: «und Richter wollen wir, die, auf sie und die eigene Erfahrung gestützt, in voller Kenntnis der sozialen Funktionen jedes Rechtssatzes und der sozialen Wirkungen ihrer Entscheidung zu urteilen wissen» [102]. No podía suceder de otra guisa después de haber eliminado la más mínima manera del saber filosófico del Derecho, de negar al derecho natural o a la visión de la naturaleza de la cosa, de haber suplantado a los filósofos por los que Kantorowicz llamó juristas, pero que en realidad no son juristas sino sociólogos. Si confiere a los jueces categoría científica, no es porque los estime científicos del Derecho, es porque opina deberán ser peritos en sociología.

Con este saber sociológico los jueces podrán crear este Derecho que para los secuaces del movimiento del Derecho libre es mera sociología. Detrás de la escuela del Derecho libre lo que de veras hay es la negación del saber jurídico en tanto saber peculiar aparte, es la reducción del Derecho a la sociología, es la canonización del saber sociológico como saber primordial jurídico. Cuando Hermann Kantorowicz escriba que de la cultura de los jueces pende en último término todo el progreso del desarrollo del Derecho, que «von der Kultur des Richters hängt im letzten Gründe aller Fortschritt der Rechtsentwicklung ab» [103], por más que pretenda dignificar su tesis memorando a los ejemplos insignes de los derechos de Roma o de Inglaterra [104], lo que

95. H. KANTOROWICZ: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 15.
96. H. KANTOROWICZ: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 19-20.
97. H. KANTOROWICZ: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 20.
98. Ibídem.
99. H. KANTOROWICZ: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 42.
100. H. KANTOROWICZ: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 43.
101. H. KANTOROWICZ: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 49.
102. H. KANTOROWICZ: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 46.
103. H. KANTOROWICZ: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 48.
104. H. KANTOROWICZ: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 42, 48.

hace es magnificar a los jueces alemanes contemporáneos a causa de atribuirles saberes sociológicos más que jurídicos. Su fe en el triunfo de la escuela del Derecho libre reside en la competencia sociológica de los jueces tudescos, en que nuestra judicatura está ahora lo bastante madura», en que «unser Richterstand aber ist jetzt wohl reif genug» [105]. No en balde del movimiento del Derecho libre nace la sociología jurídica por mano de Eugen Ehrlich en el *Fundamento de la filosofía del derecho, Grundlegung der Sociologie des Rechts* [106].

El extremoso voluntarismo excluyente de la ley y de la lógica en la fijación judicial del Derecho, dado que para Hermann Kantorowicz mana «nicht das Gesetz und die Logik, sondern das freie Recht und der Wille» [107], es la réplica luterana al armonicismo intelectualista del tomismo. El propio Kantorowicz ejemplariza su airón de rebeldía aludiendo a la teología nueva que en aquellos tiempos iba socavando los cimientos de la Iglesia católica. Para él la teología ortodoxa es el contrapié de la dogmática jurídica, encastillada en su sistema de dogmas cerrados e intangibles, en que los juristas son sacerdotes teologizantes del Derecho [108], en un conglomerado en donde coloca por iguales a Moisés con Augusto y a Santo Tomás de Aquino con Von Bismarck [109]; al paso que el movimiento del Derecho libre, con su rebeldía airada, con su negación de los dogmas del Derecho, con el desgarrado voluntarismo de los jueces, reproduce las actividades de Lutero y está imbuído del espíritu de la reforma protestante. «Wohl spricht deutlich aus den Idealen unserer Bewegung der Geist der deutschen Reformation, die den Rechtstaben überwand, das Individuum befreite, dem Gefühl sein Recht zu geben begann und auf die innere Stimme des Gewissens lauschen lehrte; aber vergebens harrte bisher die Jurisprudenz des Mannes, der die Kraft in sich fühlte, ihn Luther zu werden» [110].

El Lutero, ya que no un hombre solo, será el movimiento entero. E. Stampe, que en ya en 1891 en *Die Lehre von der Abtretung der Vindication, La teoría del abandono de la vindicación* [111], había avanzado la apreciación libre por el juez de los intereses en conflicto, afirma en los estudios recogidos en *Unsere Rechts- und Begriffsbildung, Nuestra formación de los conceptos del derecho* [112], la primacía del juzgador sobre la norma. En el estudio *Rechtsfindung durch Konstruktion, El hallazgo del derecho por la construcción,* separa al Derecho del ordenamiento jurídico, subrayando las notas sociales a las que es capaz de llegar el juez, mas a las que no alcanza la ley [113]; que en otro artículo del mismo año, el titulado *Rechtsfindung durch Interessenerwägung, El hallazgo del derecho por la consideración de los intereses,* desenvuelve desde el ángulo de la jurisprudencia de intereses [114]; mas que otro estudio del noviembre del mismo 1905, tres meses posterior a esta exégesis, desarrolla en el afán de la escuela del Derecho libre. Es el *Gesetz und Richtermacht, Ley y potestad judicial,* donde confiere al juez la capacidad para completar la ley con poderes ilimitados, e incluso para apartarse de ella

105. H. KANTOROWICZ: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft,* 48.
106. En 1913. Cito por la tercera edición estampada en Berlín por Duncker und Humblot, 1967.
107. H. KANTOROWICZ: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft,* 24.
108. H. KANTOROWICZ: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft,* 35.
109. H. KANTOROWICZ: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft,* 36.
110. H. KANTOROWICZ: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft,* 38.
111. En el *Archiv für civilistische Praxis,* LXXX (1893), 305-427.
112. Greifswald, J. Abel, 1907.
113. En la *Deutsche Juristen-Zeitung,* X (1905), 417-422. Sobre todo en la pág. 119.
114. En la *Deutsche Juristen-Zeitung,* X (1905), 713-714. En 1 de agosto de 1905.

en las circunstancias, bien que sí subrayadas por excepcionales, en las que la norma no se compadezca con la realidad de la vida social [115]. En sus palabras «wenn dieses (la ley) das Interesse der Allgemeinheit so schwer verletzt, dass eine Abänderung unumgänglich nottut» [116].

Desde el ángulo de la magistratura Max Rumpf incide en parecidas conclusiones en su monografía *Gesetz und Richter. Versuch einer Methodik der Rechtsanwendung, Ley y juez. Ensayo de una metódica de la aplicación del derecho* [117]. Desde su oficio de juzgador, Rumpf antepone el derecho practicado en los tribunales al propuesto a los jueces por los legisladores, apuntando que en la catalogación de las fuentes jurídicas «die Praxis müsse vielmehr die Erkenntniss gewinnen» [118]. Poseído de la convicción de que la ley no resuelve la totalidad de los casos presentados a consideración, por tratarse de un pensamiento formalista, de «ein Denken dar nur ein Interesse an der formalen Richtigkeit seiner eigenen Operationen kennt» [119], asigna al juez la misión de llenar de contenido con valores y sentimientos el crudo huero formalismo legalista [120]; de suerte que acaba identificando al Derecho con la decisión judicial [121], prescindiendo si es preciso de la ley abstracta, la cual todo lo más vale por escueto factor indicativo para la auténtica creación del Derecho [122]. Con lo cual el Derecho deseable está sujeto a la adecuada formación de los jueces, tesis en la que insiste como postrera conclusión de su obra [123].

De otro lado Ernst Fuchs (1859-1929) exaspera las tesis a extremidades radicales manteniendo la necesidad de un método sociológico para el hallazgo del Derecho en numerosos escritos [124], tendencia que apunta a desembocar en la sociología jurídica. Al par que Gustav Radbruch (1878-1949) simpatizaba con las nuevas corrientes según ha probado Albert S. Foulkes en *Gustav Radbruch in den ersten Jahrzehnten der Freiheitsbewegung, Gustavo Radbruch en los primeros decenios del movimiento del derecho libre* [125], a causa sobre todo de la amistad personal con los militantes, ante todo con Hermann Kantorowicz; bien que sin despeñarse en excesos y contentándose con afirmar la función completadora del juez respecto a la ley en el estudio de 1906 *Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung. Ein Beitrag zum juristischen Methodenstreit, Ciencia del derecho como creación del derecho. Una contribución a la contienda en torno al método jurídico* [126]; postura moderada que mantendrá siempre a tenor de su ecuánime temperamento; hasta al referirse a la escuela del Derecho libre en los años maduros en la *Vorschule der Rechsphilosotphie, Introducción a la filosofía del derecho*, negando siempre al juez otra tarea que no sea la de completar las lagunas de las leyes, mas sin osar apartarse

115. En la *Deutsche Juristen-Zeitung*, X (1905), 1017-1022. En 1 de noviembre de 1905.
116. E. STAMPE: *Gesetz und Richteramt*. 1020.
117. Berlín, O. Liebmann, 1906.
118. M. RUMPF: *Gesetz und Richter*, 129.
119. M. RUMPF: *Gesetz und Richter*, 104.
120. M. RUMPF: *Gesetz und Richter*, 77-78.
121. M. RUMPF: *Gesetz und Richter*, 1.
122. M. RUMPF: *Gesetz und Richter*, 28.
123. M. RUMPF: *Gesetz und Richter*, 196-199.
124. Para no extender esta glosa en demasía, puede verse ALBERT S. FOULKES: *On the German Free Law School*, 379-411, donde reconstruye las teorías de la escuela siguiendo la pauta de los escritos de Fuchs.
125. En el volumen *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*. Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1968, págs. 231-241.
126. En el *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, XXII (1906), 355-370.

ni mucho menos oponerse a ellas [127]. La expansión de la orientación de la escuela del Derecho libre, dentro de estas pautas moderadas y sin los extravíos iconoclastas de Kantorowicz o de Fuchs manifiéstase en la penetración en tratados de la magnitud del *Lehrbuch des deutschen Zivilprocessrechts, Manual de derecho procesal civil alemán*, de Konrad Hellwig, con la admisión de la posible elaboración del Derecho por vía judicial [128].

Mas tales ecos benevolentes en Radbruch o en Hellwig no embotaron acerbas censuras. El voluntarismo que desmedra la condición primordialmente intelectual de la sentencia judicial suscitó duras frases en la crítica formulada por Josef Unger a *La lucha por la ciencia del derecho* de Hermann Kantorowicz, reprochándole abrir la puerta a la arbitrariedad de los jueces [129]; mientras que Andreas von Thur en *La parte general del derecho civil alemán, Allgemeine Theil des deutschen bürgerlichen Rechts*, coloca el peso de su reconocida autoridad en la condena de los subjetivismos que las nuevas corrientes entrañaban [130].

Los apóstoles de la jurisprudencia de intereses no dejaron tampoco de matizar sus divergencias delante de las anárquicas exageraciones del movimiento en pro del Derecho libre, con tanta mayor premura cuanto había ciertos parecidos y cuando anduvieron cronológicamente caminos paralelos. Ya que la jurisprudencia de intereses postula más que la creación del Derecho por los jueces la exigencia de un juicio realista de los valores implicados en los intereses en pugna. En 1905 Philip Heck en *Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue, Jurisprudencia de intereses y fidelidad a la ley*, asústase delante del subjetivismo exagerado de las tendencias nuevas [131], en actitud hostil constante que todavía en 1932 en *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Formación de conceptos y jurisprudencia de intereses*, manifiéstase en parangonar a la escuela del Derecho libre con la dogmática jurídica para declarar los dos frentes de combate en los que pelean los adscritos a la corriente de la jurisprudencia de intereses [132]; y en 1935 con ocasión de analizar *La nueva teoría metodológica de Müller-Erzbach, Die neue Methodenlehre Müller-Erzbachs* [133], álzase contra el desafuero de negar los cumplimientos de los imperativos legales, cual quería la escuela del Derecho libre, en contraposición con «die gesetzestreue Interesenjurisprudenz», que mantiene firmemente la fidelidad a las normas legales. Siendo otro motivo de contraste la estimación del saber de los jueces, que era científico para la escuela del Derecho libre, pero sencillamente técnico para los portavoces de la jurisprudencia de intereses, cual declara expresamente Philip Heck en *Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz, die wir bekämpfen? ¿Cuál es la jurisprudencia de intereses por la que nosotros combatimos?* [134]. Pues para Heck el aprendizaje científico del Derecho tiene lugar en las aulas universitarias por el riguroso método que exige, rigurosidad inasequible de lograr a través de la práctica de los tribunales [135]. Es que media una contraposición de métodos, porque la jurisprudencia de intereses distingue y jerarquiza al saber científico con el técnico, mientras que el movimiento del

127. Heidelberg, Scherer, 1947, pág. 77.
128. Leipzig, A. Deichert, dos tomos. Cita al II (1907), 166-172.
129. En la *Deutsche Juristen-Zeitung*, XI (1906), 784-787.
130. Leipzig, Duncker und Humblot. I (1910), págs. IX-XIII.
131. En la *Deutsche Juristen-Zeitung*, X (1905), 1140-1142.
132. Bad Homburg von der Höhe, Max Gehlen, 1968, pág. 145.
133. En el *Archiv für civilistische Praxis*, CXL (1935), 257-295. En la pág. 272.
134. En la *Deutsche Juristen-Zeitung*, XIV (1909), 1457-1461. Cita a la pág. 1457.
135. PHILIP HECK: *Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz, die wir bekämpfen?*, 1461.

Derecho libre los confunde. Bien lo declara Hermann Isay en *Die Methode der Interesenjurisprudenz. Eine kritische Betrachtung, El método de la jurisprudencia de intereses. Una observación crítica* [136]. La tajante diferencia entre las dos corrientes es que la jurisprudencia de intereses, realista mas medida, no admitirá jamás la anarquía bárbara que supone el endiosamiento de los jueces por parte de la escuela del Derecho libre. Heinrich Stoll en *Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, Concepto y construcción en la teoría de la jurisprudencia de intereses,* resumió en dos rasgos los que oponen ambas direcciones del pensamiento jurídico: primero, en la aceptación de la historia por los de la jurisprudencia de intereses, como factor de objetividad completador de la ley y con el que evita quedarse en la desnuda sociología a palo seco en que acaba la escuela del Derecho libre: segundo, en excluir los de la jurisprudencia de intereses la subjetividad de la investigación de lo jurídico como sentimiento del juez, esto es, la asoladora destrucción de la objetividad del Derecho que es la destrucción misma del Derecho [137].

Tan graves fueron los ataques ante los evidentes peligros que acarrearía esa soberanía desmelenada de los jueces como fautores del Derecho que los portavoces del movimiento del Derecho libre hubieron de replegarse bajando a denegar la misma formación del Derecho en contra de la ley que antes había sido una de sus banderas ideológicas. En 1911 Hermann Kantorowicz mismo se verá obligado a repudiar como patrimonio del grupo la opinión que los jueces establezcan derecho en contra de las leyes en su artículo *Die contra-legem Fabel, La fábula de la contra-ley* [138]; en postura reiterada en el discurso rectoral en Friburgo del 26 de junio de 1925 *Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre, De la prehistoria de la teoría del derecho libre* [139]; en una contradicción que no ha escapado a la observación de Klaus Riebschläger en *Die Freirechtsbewegung. Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule, El movimiento del derecho libre. Para el desarrollo de una escuela sociológica del derecho* [140]. Pero no cabía otra opción desde que hasta en campos remotos a la especialidad jurídica llovían las censuras: recuérdese que personajes como Benedetto Croce se desencadenaron, en sus apartadas lejanías de filósofo, contra la abominable barbarie del señorío absoluto e ilimitado de los jueces, desde las páginas de *La crítica* en 1908 [141].

Con el correr de los años las posturas van dulcificándose, sin mengua de seguir enhiestas las directrices del movimiento del Derecho libre. Así Eugen Ehrlich en *Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes, La determinación judicial del derecho sobre el fundamento de la regla jurídica,* si bien sigue diputando a la sentencia como el manantial del Derecho [142] y sosteniendo ser el Derecho obra del juez, no del legislador [143], admitirá dos correcciones: la de que el juez actúa así, no en virtud de decisiones subjetivas personales, pero por representar a la sociedad que es la que en defini-

136. En el *Archiv für civilistische Praxis,* CXXXVII (1933), 33-46. Cita a la pág. 36.
137. En la *Festgabe für Philip Heck, Max Rümelin und Arthur Benno Schmidt,* editada por HEINRICH STOLL, como «Beiheft» al *Archiv für civilistische Praxis,* CXXXIII (1931), 60-117. Cita a las págs. 71-72.
138. En la *Deutsche Juristen-Zeitung,* III (1911), 258-263. Corresponde al 15 de abril de 1911.
139. H. KANTOROWICZ: *Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre,* 4.
140. Berlín, Duncker und Humblot, 1968, pág. 105.
141. En *La crítica,* VI (1908), 199-201.
142. En el *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts,* LXVIII (1917), 1-80. Cito por la edición en *Recht und Leben,* págs. 203-252. Cita a las págs. 215-216.
143. E. EHRLICH: *Die richterliche Rechtsfindung,* 251.

tiva crea al Derecho [144], con remota, pero tácita reasunción de las líneas de la escuela histórica en retroceso a los planteamientos de Oskar Bülow, antes vistos; y aseverando ya en el título como el juez ha de apoyarse o completar a la norma legislada, sin osar contradecirla. Replanteamiento que es repliegue de las dos exacerbadas posturas alzadas en pugna diez años atrás. Y así también Hermann Kantorowicz en la última etapa de su existencia lima las antiguas radicales asperezas para recortar la intervención judicial en la determinación del Derecho a que las normas sean lo que él llama justiciables, esto es, susceptibles de ser alegadas delante de los tribunales de justicia; es la definición del Derecho como cuerpo de normas ordenadoras del comportamiento externo y consideradas como aplicables por los jueces; así en *Die Rechtswissenschaft. Eine kurze Zusammenfassung ihrer Methodologie, La ciencia del derecho. Una breve síntesis de su metodología*: «Unter dem Wort Recht verstehen wir die Gesamtheit der Regeln des äusseren Verhaltens, die geeignet sind, von einem Richter angewandt su werden» [145]; así en *The definition of law, La definición del derecho*: «a body of rules prescribing external conduct and considered justiciable» [146]. Correcciones gravísimas que tronchan los radicales temas de los momentos iniciales de la escuela.

Tiempo era de efectuar tales remiendos, porque la doctrina se había vuelto contra sus primeros y más cálidos sustentadores desde que la hizo suya el nacionalsocialismo que empujara a emigrar de Alemania tanto a Ehrlich como a Kantorowicz. Si era solamente metodología cual opina Jürgen Brüggemann en *Die richterliche Rechtsfindung, La indagación judicial del derecho* [147], el método se revolvía contra hebreos como Kantorowicz, Ehrlich o Fuchs desde el juez concebido por voluntad, a tenor del voluntarismo tan defendido por la escuela del Derecho libre, al servicio de los intereses del pueblo alemán ario. El nacionalsocialismo hizo suyas las teorías de la escuela del Derecho libre en su más radical expresión, incluidas las decisiones judiciales contra la ley, cual recuerda con dolorido acento el socialista perseguido por el hitlerismo Gustav Radbruch en la *Vorschule der Rechtsphilosophie, Introducción a la filosofía del derecho* [148]. Hasta tan poco sospechosos autores como Karl Engisch en *Die Einheit der Rechtsordnung, La unidad del ordenamiento jurídico*, subordinaban el Derecho entero a la sola meta de la alteza y robustez de la comunidad del pueblo ario alemán, a la que lo jurídico habría de servir con alma y vida, con cuerpo y alma: «zum Ziele der Kraft und der Höhe der Gemeinschaft des deutschen Volkes, der wir uns mit Leib und Seele verpflichtet wissen» [149]; a cuyo servicio encontraba justificado transformar a la interpretación en hontanar creador de un Derecho nuevo orientado a tales fines [150].

Bien entendido que la derrota de los criterios de la escuela del Derecho libre en la doctrina, a causa de la reacción contra el nacionalsocialismo, no fue acompañada de su destierro de la práctica de los tribunales. Doctrinalmente es ahora teoría fenecida. En 1956 en la *Introducción al pensamiento jurídico* Karl Engisch declara que ya carece de importancia y que su interés pre-

144. E. EHRLICH: *Die richterliche Rechtsfindung*, 211-212.
145. Cito por el volumen *Rechswissenschaft und Soziologie*. Karlsruhe, C. F. Müller, 1962, páginas 83-99. Cita a la pág. 89.
146. Cambridge, at the University press, 1958, pág. 21.
147. Berlín, Duncker und Humblot, 1971, págs. 72-73.
148. G. RADBRUCH: *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 79.
149. Heidelberg, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1935, pág. 94.
150. K. ENGISCH: *Die Einheit der Rechtsordnung*, 89.

sente es meramente histórico [151]; en 1970, Jürgen Baumann en la *Einführung in die Rechtswissenschaft, Introducción a la ciencia del derecho*, repite que a la hora actual no tiene ningún valedor que la propugne [152]. El vendabal que derrumbó al nacionalsocialismo aniquiló estas teorías inventadas por judíos para que luego el hitlerismo les persiguiera apoyándose en ellas. Mas en la práctica subsiste la tendencia a que los jueces, amén de completar los vacíos rellenando las lagunas de la ley, dicten sentencias en contra de los preceptos de las leyes. En *El derecho a través de la jurisprudencia. Su aplicación y creación*, Gustav Boehmer ha consagrado un capítulo entero, el IV de la obra, a relatar ejemplos manifiestos [153].

Todo es posible porque el vocablo alemán que designa el hallazgo del Derecho, la «Rechtsfindung», ha sido interpretado en manera que valga para justificar cualquier postura, haciendo posible la confusión metódica en el empleo del término señalada por Josef Esser en *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Principio y norma en la elaboración judicial del derecho privado* [154]. Si agregamos que a ello acude por su parte la hostilidad a la cerrazón del positivismo legalista será hacedero comprender como otras corrientes vuelven a incidir en conclusiones parecidas, aunque partiendo de posiciones harto diversas e incluso opuestas a las de la escuela del Derecho libre. Así René Marcic ha escrito un voluminoso libro titulado *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, Del Estado de la ley al Estado de los jueces*, para apuntar caminamos desde el régimen legalista a otro en el que los jueces determinarán qué sea Derecho por encima de legisladores y teóricos, época intermedia o «Zwischenreich» cuyo final acabaría en canonizar las ideas de la escuela del Derecho libre [155]. Claro es que no para tornar a la subjetividad arbitraria de los jueces, sino en cuanto éstos podrán aplicar los preceptos del derecho natural saltándose las normas positivas. Tras acumular ejemplos de que así acontece ya en los tribunales de Austria y de Alemania [156], eleva la condición del juez a filósofo del Derecho al atribuirle en su *Rechtsphilosophie, Filosofía del derecho*, saber bastante como para captar los principios y formas finales, la «Ur- und Endform» de la comunidad, de suerte que serán diestros en el conocimiento de aquel esquema que por encima de las normas legisladas constituye la esencia radical del Derecho, lo que llama «das Urschema des Rechts» [157]; la tarea que en otro libro suyo, en *Mensch-Recht-Kosmos, Hombre-derecho-mundo*, definió como la de sacar al Derecho del Derecho [158]. Desde que repudia la opinión de que el juez es un simple empleado o funcionario estatal [159], el juez sube a intérprete del saber filosófico-jurídico. René Marcic lo sitúa incluso por poseedor de saberes más que científicos, de saberes filosóficos. Verdad es que en algún momento en *Del Estado de leyes al Estado de jueces* [160], declara hacer suya la opinión expresada por Max Müller en *Sein und Geist. Systematische Untersuchungen über Grundproble-*

151. Versión castellana. Madrid, Guadarrama, 1967, pág. 169.
152. München, C. H. Beck, 1970, pág. 74.
153. Versión castellana. Barcelona, Bosch, 1959, págs. 377-456.
154. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1964, pág. 120.
155. Wien, Springer-Verlag, 1957, pág. 241.
156. R. MARCIC: *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, 197-212.
157. Freiburg, Verlag Rombach, 1969, pág. 225.
158. Wien, Europa Verlag, 1965, págs. 58-60.
159. R. MARCIC: *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, 258.
160. R. MARCIC: *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, 218.

me und Aufbau mittelalterlicher Ontologie, Ser y espíritu. Indagación sistemática sobre el problema fundamental y la temática de la ontología medieval, de que las decisiones judiciales no son bastantes para alcanzar el saber de la ultimidad ontológica de lo jurídico [161], otorga al juez saberes filosóficos superiores a sus capacidades técnicas e incluso a las posibles dimensiones científicas. Y lo curioso es que se empecina en presentarse por discípulo de santo Tomás de Aquino, siendo así que el Aquinate sustenta cabalmente lo contrario según veremos en seguida.

Ni que decir tiene que los magistrados han sustentado parejas tesis con alegre cuanto comprensible denuedo. Así la juez Marie Luise Hilger en *Überlegungen zum Richterrecht, Reflexiones acerca del derecho de los jueces,* reclama una libertad judicial que no envidia a la propugnada por los antiguos atletas de la escuela del Derecho libre [162]; no de otra guisa tampoco describe la misión del juez Rüdiger Lautmann en *Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz, La sociología ante las puertas de la jurisprudencia* [163]; así otro magistrado, Günter Less, en *Vom Wesen und Wert des Richterrechts, De la esencia y valor del derecho de los jueces,* búscale justificaciones políticas [164], retornando a sostener que las sentencias pueden desviarse de los preceptos legales [165]. Los teóricos procedentes de los estrados yerguen soberbia la aspiración a la hegemonía jurídica de los jueces, volviendo a acercarse, bien que no en iguales términos, a las premisas sentadas por la escuela del Derecho libre, con inmutable pretensión orgullosa de poseer saberes científicos y filosóficos.

Claro es que no han faltado voces atentas a denunciar el dilettantismo superficial que impregna tan desmedidas ambiciones; aguda y pertinentemente, por ejemplo, Hans Wüstendörfer en *Zur Methode soziologischer Rechtsfindung, Para el método de la indagación sociológica del derecho* [166]; Otto Brusiin en un libro que es joya de la ciencia contemporánea, *Über die Objektivität der Rechtsprechung, Sobre la objetividad de la doctrina judicial,* si bien prolonga el lugar común de confundir lamentablemente a la jurisprudencia con la doctrina legal [167], ha demostrado cumplidamente la inanidad de semejantes pretensiones al establecer que «eine vollständig objektive Rechtsprechung ist aus psychologischen Gründen prinzipiell unerreichbar», que por razones psicológicas es inalcanzable una completa objetividad en las decisiones de los jueces [168]; Jürgen Brüggemann en *Die richterliche Begründungspflicht, El deber judicial de la fundamentación,* ha delimitado nítidamente pese a sus esfuerzos lo imposible de la objetividad en las sentencias [169]. Los alucinados ensueños de quienes vuelven a los temas de la escuela libre del Derecho se estrellan contra la roca firme de los excesos que en la política vendrían de aplicarlas. Pues cara al dogmatismo legalista de la jurisprudencia dogmática lo que aparece es ese otro dogmatismo judicial de que habla Ulrich Meyer-Cording en *Kann der Ju-*

161. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1940, págs. 36-38.
162. En la *Festschrift für Karl Larenz.* München, C. H. Beck, 1973, págs. 109-123. Sobre todo en las págs. 122-123.
163. Stuttgart, W. Kohlhammer, 1971, págs. 46-51.
164. Erlange, Palm und Enke, 1954, pág. 84.
165. G. Less: *Von Wesen und Wert des Richterrechts,* 69.
166. Berlín, Duncker und Humblot, 1971, pág. 129.
167. Helsinki, J. Simelousen Perillisten Kirjapaino Oy, 1949, pág. 17.
168. O. Brusiin: *Über die Objektivität der Rechtsprechung,* 27.
169. Berlín, Duncker und Humblot, 1971.

rist heute noch Dogmatiker sein?, ¿Puede hoy el jurista todavía ser dogmático? [170].

Es que, en resumidas cuentas, la escuela del Derecho libre y sus vergonzantes sucedáneos actuales termina por consagrar el voluntarismo que perennemente corroe al Derecho en el curso de los siglos. Por encima de cuantas reglas pudieran crear con su voluntad los jueces y a tenor de esas tendencias, la norma jurídica es siempre dictado de la razón so pena de excesos de arbitrariedades. Valdría la pena recordar la vieja opinión de validez inextinguible formulada por Paulo y recogida en el *Digesto* L, 17, 1: «Non est regula ius sumatur, sed ex iure quod ex regula fiat». Un hacer del Derecho que pende de la razón, nunca de la voluntad de unos jueces, por muy rectos que estos hombres supongan ser.

Una vez más la sabiduría de Santo Tomás de Aquino refuta desvaríos modernos con la permanente exactitud de sus verdades. Más allá de todas las teorías adelantadas sobre el saber privado de los jueces catalogadas por Friedrich Stein en *El conocimiento privado del juez* [171], campea la precisa delimitación de sus capacidades detallada por Santo Tomás en la *Summa theologica*, secunda secundae, LXVII, artículos 2 y 4, con clara luminosidad que excluye las desvariadas y retorcidas elucubraciones de hoy. Contra las leyes no caben pruebas, dirá Santo Tomás en el artículo 2, respondeo; porque en el juez conviven dos personas: la privada de hombre y la pública de juzgador, sin que sea lícito confundirlas. En el mismo artículo 2, ad quartum, dirá en consecuencia que el saber de los jueces en cuanto personas públicas ha de atenerse a las pruebas que como persona pública conoce, no pudiendo jamás elevar sus criterios de persona privada a sus actuaciones como persona pública: «quod homo in his quae ad propriam personam pertinent, debet informare conscientiam suam ex propria scientia; sed in his quae pertinent ad publicam potestatem, debet informare conscientiam suam secundum ea quae in publico iuditio sciri possunt». De donde también la cerrada sujeción a las leyes, según la cuestión LXVI, 2, respondeo: «in communi quidem, per leges publicas, vel divinas vel humanas: contra quae nullas probationes admittere debet».

No es que Santo Tomás caiga en el dogmatismo de la llamada jurisprudencia dogmática atenida estrictamente a los textos legales, porque coloca a las leyes divinas por criterio de los jueces, refutando seis siglos antes las donosas cuanto ridículas apreciaciones de Hermann Kantorowicz en *La lucha por la ciencia del derecho*, sin duda motivadas por la ignorancia de que Kantorowicz adolecía; pero tampoco santo Tomás concede a los jueces saberes filosóficos, según demuestra que en el artículo 4 les niegue la facultad de condonar arbitrariamente o ni siquiera acortar ni disminuir las penas previstas por las leyes. Para Santo Tomás el juez es un técnico aplicador de las normas positivas y nada más, carente de saberes filosóficos. Cuando René Marcic pretende apoyar en Santo Tomás la existencia de un derecho de jueces frente a un derecho construido en sistema de normas legales ignora como Santo Tomás puntualizó en la secunda secundae LXVII, 2, respondeo, que el juez ha de obedecer a las leyes divinas sin más, huyendo de aplicar un derecho natural cuyo ámbito es muy distinto a aquello que las leyes divinas prescriben. Si los doctos alemanes o austríacos hubieran leído mejor a Santo Tomás no hubieran escrito cosas semejantes.

170. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1973, págs. 48-49.
171. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1973, págs. 101-106.

Ni que decir tiene que estas tesis arbitrariamente absurdas y anárquicamente demoledoras de la debida jerarquía de los saberes jurídicos, pugnan por supuesto con las de los clásicos de las Españas. Hace medio siglo que el agustino Jerónimo Montes cosechó en su estudio *El arbitrio judicial. Precedentes doctrinales y crítica*, numerosos pasajes en que los grandes juristas de las Españas clásicas condenaban rotundamente las desviaciones que después trajeran la escuela del Derecho libre y sus vergonzantes epígonos de hoy, con tamaña riqueza de noticias que su lectura es indispensable completamiento de la presente glosa [172]. Busque allá el lector curioso argumentos a manos llenas para repudiar abusos de los jueces de todos los tiempos, con cobertura doctrinal o no, que se daban incluso en los días de aquel Felipe II que en las Españas implantó la más perfecta justicia judicial que haya existido entre nosotros; los que declaraba Gerónimo Castillo de Bovadilla en su *Política* con palabras que no han perdido dolorosa actualidad ni quizá, en méritos a la imperfección humana, no lograrán perderla nunca: «El día de oy es mucho de dolor y de exclamar, lo mucho que se vsa el aluedrío de los juezes, contra o fuera de la disposición de las leyes», agregando que «en especial en las causas criminales» [173]. También nuestros clásicos, pisando las huellas de Santo Tomás de Aquino, refutaron de antemano los peligrosos errores de la que siglos más tarde sería la escuela del Derecho libre, pues adjudican perentoriamente a los jueces las exclusivas funciones técnicas que les competen, sin ensanchadas pretensiones de injustificados saberes ni científicos ni filosóficos.

172. En la *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, IX (1926), 145-174.
173. G. Castillo de Bovadilla: *Política*, I, 560 a - b.

GLOSA QUINTA

LA CIBERNETICA JURIDICA

Las circunstancias del tiempo que corremos en la segunda mitad del siglo XX han sugerido la posibilidad de un nuevo tipo de saberes en la Juscibernética o cibernética jurídica, integrado por el conjunto de conclusiones cada día en forja de la aplicación al conocimiento del Derecho de la tendencia característica de nuestra hora: el desenvolvimiento de las máquinas en todos los ramos de la cultura y de la vida. Más que de edad novísima o cósmica la época que se abre con las dos guerras mundiales de nuestro siglo es la edad de la cibernética, ya que tan sólo gracias a este nuevo tipo de conocimientos han sido posibles los avances descomunales a los que mi generación ha asistido, desde poner planta humana en la luna hasta la ruptura portentosa del átomo o la reproducción de las cadenas moleculares del ácido desóxidorribonucleico. Los prodigios que hemos visto y los que aún veremos todavía antes del año 2000, si por ventura la humanidad no se autodestruye primero usando mal de tan descomunales descubrimientos científicos, o sea, si las ciencias se encabritan como corceles nerviosos rebeldes al puño de la filosofía, cífranse en la cibernética, ciencia nueva, última muestra, quizá definitiva, nacida del talento de los hombres. Aunque apenas si nos interesa en lo que al Derecho se refiere, dada la novedad de sus contenidos y la proximidad de sus trayectorias, parece conveniente orientar a los lectores con breve previa alusión a lo que la cibernética sea y a los senderos andados hasta arribar a su vigencia universal presente.

La más allegada definición la sitúa más en los horizontes de la técnica que en los ámbitos de la ciencia, habida cuenta de que la nota peculiar que la distingue es la de la eficacia. Así Louis Couffignal en *La cybernétique, La cibernética,* dice es el arte de tornar eficaz la acción [1]. Mas esta cualidad refiérese a los efectos, es una definición exterior que no roza a la substancia de la nueva disciplina, esto es a sus contenidos; habla de los resultados técnicos, pero no de la ordenación de los conocimientos en el específico tipo de sistema característico de este nuevo modelo de ciencia. El cual consiste en la determinación de los métodos de la transmisión de los mensajes en las distintas estructuras, sean vivas, sean mecánicas; con lo cual sería ciencia colocada en el cruce de todos los caminos de las demás, desde la mecánica a la sociología, desde la biología a la psicología, desde la física al Derecho.

Ambos rasgos, eficacia y análisis de la transmisión de nociones o imperativos, van conjuntados en otras definiciones. Por ejemplo, la de Mario G. Losano en el *Corso di informatica giuridica, Curso de informática jurídica,* para quien trátase de la ciencia que estudia los sistemas abstractos

1. Paris, Presses universitaires de France, 1966, pág. 23.

surgidos de la generalización de ciertas sistemáticas dinámicas reales, o bien puestos como posibles modelos teóricos de sistemas dinámicos [2]; definición no exenta de cierto tufillo estructuralista. O también la de Aurel David en *La cybernétique et l'humain, La cibernética y lo humano*, que, en expresión más sencilla, califícala de «reflexión forcenée sur la façon de faire» [3], definición donde van conjugadas con destreza la reflexión extremosa que a la ciencia toca con el modo de hacer que a la técnica corresponde. Tanto más certera cuando que en el hondón de la entera problemática de la cibernética lo que anida es la contemplación de la máquina como instrumento proporcionador, si ya es que no creador, de saberes; bien entendido que de unas máquinas que no tienen por qué ser construidas de materiales muertos, mas que pueden ser cuerpos vivos; porque la cibernética trata por igual a los objetos vivos o muertos siempre que posean dos requisitos: el primero, funcionar con miras a una finalidad determinada; el segundo, funcionar en cadenas autoreguladas de «feed-back», de «recyclage authomátique», de «Rückkoppelungen». Yo diría que la cibernética es la ciencia que investiga los sistemas autónomos reales, superando la distinción secular trazada entre la mecánica, la biología y la sociología, entre los orbes de los objetos físicos, de los seres vivos y de las agrupaciones de seres vivos.

La amplitud de la definición por mí propuesta explica la antigüedad de sus orígenes, que se remontan nada menos que a los escritos del cuerpo medicinal de Hipócrates, según puntualiza K. Lesniak en *Filodemosa «Traktat o indukcij»*, *El «Tratado sobre la inducción» de Filodemos* [4], apreciación de los procesos fisiológicos parigual a los de la biología cibernética de nuestro siglo. En la centuria decimoséptima prejuzga la cibernética en el terreno de la mecánica Blas Pascal (1623-1662) al inventar una máquina capaz de verificar operaciones matemáticas con objeto de socorrer las molestias de su padre, empleado en el cobro de tributos en la Alta Normandía en 1645; la que describe en la *Lettre dédicatoire à monseigneur le Chancellier sur le sujet de la machine nouvellement inventée par le sieur B. P. pour faire toutes sortes d'opérations d'arithmétique par un mouvement réglé sans plume ni jetons. Avec un avis nécessaire à ceux qui auront curiosité de voir ladite machine et s'en servir, Carta dedicatoria al señor canciller sobre el asunto de la máquina recién inventada por el señor B. P. para hacer toda clase de operaciones aritméticas por un movimiento regulado sin pluma ni fichas. Con una noticia necesaria para aquéllos que sientan curiosidad de ver dicha máquina y utilizarla* [5]; por más que se trate de máquina calculadora ajena a la sustancia de la cibernética en cuanto sistema autorregulador, ya que el propio Pascal manifiesta haberla fabricado «suivant la méthode des geomètres» [6]; manera de geómetras asaz dispar de los criterios de la cibernética contemporánea; aunque por tratarse de máquina que realiza trabajos atañentes a los de la inteligencia humana merece ser habida por precedente insigne. Por su rigor de máquina que lleva a cabo lo que los antiguos realizaban por el procedimiento del ábaco, todavía tan de uso entre chinos y japoneses, el cual ábaco es auxiliar sin condición de máquina.

2. Milano, CUEM, 1971, pág. 32.
3. Paris, Gallimard, 1965, pág. 14.
4. En los *Studia logica*. Warczawa, II (1957), 77-111.
5. En *Oeuvres complètes*. Paris, Gallimard, 1954, págs. 349-358.
6. BLAS PASCAL: *Avis*, 353.

El procedimiento del empleo de las tarjetas perforadas fue hallazgo de otro francés, de Joseph Jacquard, en el telar que para tejer brocados fabricó en 1802. La máquina analítica que, tras veinte años en ensayos, construye el inglés Charles Babbage en 1883 es ya un artefacto de secuencia independiente apto para funcionar por sí solo sin necesidad de continuada intervención humana, pues constaba de dos partes: almacén de datos y prensa realizadora de las operaciones matemáticas; criterios merced a los cuales ha de ser diputada por la primera obra verdaderamente cibernética, aunque esta palabra todavía no era aplicada en la acepción en que es considerada aquí a tenor de la nomenclatura científica presente.

Vocablo griego, que en la Grecia clásica era la κυβερνητική τέχνη con la que era conocido el arte de pilotar una nave, así Platón en el *Gorgias*, 511 d, dícela el arte de la navegación. De donde pasó al arte de gobernar en el otro diálogo, dudosamente platónico, *Clitofón*, 408 d. Sin ninguna conexión con la cibernética actual, como tampoco asimismo lo ofrece el uso del vocablo por André Marie Ampère (1775-1836) en el *Essai sur la philosophie des sciences ou exposition analytique d'une classification naturelle de toutes les connaissances humaines, Ensayo sobre la filosofía de las ciencias o exposición analítica de una clasificación natural de la totalidad de los conocimientos humanos;* conocimientos clasificados en 84 ciencias, siendo la penúltima y que lleva el número 83 la cibernética, definida lo mismo que por Platón como el arte de gobernar primero los navíos y luego, por semejanza, a los hombres, o sea, lo que llama «l'art de gouverner en général» [7].

Ya se aproxima a la significación reciente el escocés James Clerk Maxwell (1831-1879) en ocasión de analizar el mecanismo de la válvula de vapor de Watt en el artículo *On governors*, en que llama con raíz griega de esta guisa a los mecanismos de retroacción [8]; padre al menos en el vocabulario de la cibernética de hoy, bien que el indiscutible fundador sea Norbert Wiener (1894-1964) al dar a luz en 1948 su famoso libro *Cybernetics or control and communication in the animal and the machine, Cibernética o autodominio y comunicación en el animal y en la máquina* [9], completado luego con su otro volumen *The Human use of the Human beings, El uso humano de los seres humanos*, en 1950 [10].

Momento oportuno para bautizar una rama de saberes cuyo progreso en los últimos treinta años es ciertamente asombroso. Entre 1939 y 1944 un grupo de estudiosos de la Universidad de Harvard, capitaneados por Howard Aiken y partiendo de los logros de Charles Babage sesenta años atrás, construyen el artefacto Mark I, con la perfección de hacerlo funcionar por fichas perforadas en lugar de tarjetas, apto así para llevar a cabo operaciones matemáticas en menos de un tercio de segundo. En 1946 el ENIAC o Electrical Numerical Integrator And Computer de J. P. Eckert y J. W. Mouchly mejora la marca en lograrla en cinco milésimas de segundo merced a ser aparato totalmente electrónico. Faltaba conseguir dotar de memoria a los computadores, cosa que consigue John von Neumann en 1945 con el EDUAC o Electronic Discrete Variable Automatic Computer.

Eran ensayos de laboratorio, pero poco después, en 1951, va a ser posible fabricar en serie el UNIVAC, entrando las máquinas cibernéticas en el co-

7. Paris, Bachelier, II (1843), 140.
8. En los *Proceedings of the Royal Society of London*, XVI (1868), 270-283.
9. New York, Massachutsett Institut of Technology, 1948.
10. New York, Doubleday and Co., 1954.

mercio hasta venir a dar su uso en signo del progreso de los pueblos. En Alemania, país donde en 1950 eran desconocidos, existía un centenar en 1960, cerca de seis mil en 1970 y se calcula serán más de treinta mil en 1980. Cual razona Pierre Naville en *Vers l'automatisme social? Problèmes du travail et de l'automation, ¿Hacia el automatismo social? Problemas del trabajo y de la automatización,* hay cuatro zonas en las cuales los computadores resultan imprescindibles: en la producción de energía, en las industrias químicas y petroquímicas, en los medios de transporte y comunicación y en las operaciones correspondientes a las funciones cerebrales del cálculo y de la combinación [11].

Dando de lado a tales aspectos, extraños a lo que aquí interesa, la cuestión que importa es la de la capacidad de los computadores en las tareas del pensamiento. Lo cual es posible desde el momento en que aplícase en ellos el álgebra inventada por George Boole (1815-1864) en 1854 en las *Investigations of the laws of thought, Investigaciones sobre las leyes del pensamiento* [12], porque permiten reducir los problemas a dos cadenas de símbolos indicadoras de valores cuales lo verdadero o lo falso, lo justo o lo injusto, lo bello o lo feo. R. E. Staebler en *An aplication of Boolean algebra to switching circuit desing, Una aplicación del álgebra booleana al cambio de corriente* [13], así como S. M. Weinstein y A. Keim en *Fundamentals of digital computers, Bases de las computaciones digitales* [14], han puesto de relieve las posibilidades inmensas que el empleo de las series duales de Boole promete en el manejo de los computadores para la verificación de operaciones análogas a las de la mente humana.

Pues si bien resta siempre por indiscutible que la información proporcionada por los computadores es mera información, cual ya aclaró Norbert Wiener en su *Cibernética* [15], también es cierto, según el mismo Wiener subraya, que la comunicación varía en el individuo como tal respecto del individuo en cuanto miembro de la especie o del grupo, sin que exista coherencia entre la información que respectivamente el individuo y el grupo tengan [16]; de suerte que las máquinas pueden suplir las limitaciones de las informaciones del grupo o del individuo actuando a manera de amplificadores de la inteligencia de los sujetos, por repetir la feliz expresión de J. L. Massey en *Información, máquinas y hombres* [17]. La teoría de la comunicación matemática elaborada por W. Weamer en *Recent contributions to the Mathematical theory of communication, Aportaciones recientes a la teoría matemática de la comunicación* [18], confirman las posibilidades de las máquinas para el robustecimiento, la aclaración y la precisión de los mensajes en que en definitiva halla fundamento la vida de sociedad entre los hombres a fuer de seres dotados de cierta limitada capacidad de saberes y de comprensiones, los cuales bien pueden ser completados y verificados por las máquinas.

---

11. Versión castellana. México, Fondo de cultura económica, 1965, págs. 33-34.
12. London, Walton, 1854.
13. En *The Bell system Technical journal*, XXXI (1952), 280-295.
14. Versión castellana. Barcelona, Labor, 1968, págs., 119-148.
15. Cito por la versión castellana. Madrid, Guadiana de publicaciones, 1960, pág. 216.
16. N. WIENER: *Cibernética*, 250-251.
17. En el volumen *Philosophy and Cibernetics*. Traducción castellana. México, Fondo de cultura económica, 1971, pág. 57.
18. En el volumen *Mathemathical theory of communication*. Urbana, University of Illinois press, 1963, pág. 102.

Tanto más que el esquema cibernético de los artefactos fabricados en los últimos treinta años es idéntico al esquema de la vida. Si las máquinas operan cibernéticamente en un proceso o conjunto de procesos de «feedback» conexionados entre sí, la vida es igualmente un manojo de procesos de autorregulación conexionados biológicamente entre ellos. Baste leer el clarísimo libro de Andrée Goudot-Perrot *Cybernétique et biologie, Cibernética y biología* [19], para que no resten sombras de dudas al respecto, desarrollando las agudas consideraciones propuestas por el polaco M. Choynowski en *Zalozenia cybernetyki a zagadnienia biologii, Los principios cibernéticos y la orientación de la biología* [20]. Las máquinas computadoras están labradas con arreglo a las mismas directrices que los seres vivos; ya lo adivinó el novelista inglés Samuel Butler (1835-1902) en *Erewhon* al atribuir a las máquinas una «future mechanical life», una futura vida mecánica [21], máquinas niños que han de evolucionar porque son respecto a las máquinas futuras lo que los saurios del terciario fueron para los hombres actuales, destinados a poseer siglos adelante conciencia e inteligencia [22]; esto es, formas de vida nueva a cuyos primeros balbuceos asistimos ahora.

El meollo de la cuestión está en si son o no capaces de pensar, entendiendo por pensar el desenvolvimiento de funciones parejas a las que realiza el hombre con su inteligencia. Todo dependerá de lo que por inteligencia digamos. Si con ella queremos indicar un conjunto de funciones unitarias en las que va ínsita la captación del esquema del mundo, ciertamente que no; pero si disgregamos el conjunto de esas funciones mentales en sectores no fundidos, es evidente que las máquinas llevan a cabo algunas de esas funciones con más feliz resultado y mejor que los humanos; suman o restan, calculan o miden con precisión que al hombre escapa. Más que hablar de tareas inteligentes habría que hablar de conciencia; pueden las máquinas «pensar» problemas aislados y «razonar» cuestiones concretas dentro de límites fijos, de modo que no es exagerado hablar de «pensamiento cibernético» tal como lo hace Louis Couffignal en *La cibernética* [23]; lo que les falta es unificar esas funciones, reducirlas a un eje único de referencias, o sea, la conciencia patrimonio exclusivo y cabal del ser vivo, en el hombre conciencia racional unidora de todas las informaciones o razonamientos en un yo que es término inteligente de imputación en sus relaciones con los demás seres del universo.

Cierto es que las máquinas deciden en el sentido de que son capaces de elección; pero esta función se da sin previa consciencia muchas veces, porque depende de los planteamientos que se brinden. En la misma vida animal las elecciones son condicionadas y pueden predecirse los resultados de antemano en lo que presenta todas las apariencias de elección libre. En *Elección, decisión y el origen de la información* recuerda K. M. Sayre la coyuntura con que puede preveerse que un gato elegirá el trozo de pescado que se le ofrezca como alternativa a una zanahoria [24]. Cabría, pues, hablar de máquinas que eligen en la misma dimensión en que estén colocadas entre términos que no sean indiferentes ni planteados de manera neutra delante de ellos. La inteligencia y la voluntad de las máquinas son con-

19. Paris, Presses universitaires de France, 1967.
20. En *Postepy Wiedzy Medycznej*, III (1957), 227-239.
21. London, Penguin books, 1936, pág. 194.
22. S. BUTTLER: *Erewhon*, 205.
23. L. COUFFIGNAL: *La cybernétique*, 76-77.
24. En el volumen *Filosofía y cibernética*, 73-74.

ceptos a estimar en el marco de sus circunstancias, nunca en el marco de la conciencia racional, libre y unitaria de los hombres. Los excesos como los defectos expuestos por numerosos autores provienen de no haber tenido en cuenta que son hechura de los hombres y por tanto sujetas al tenor de los modelos que al fabricarlas los hombres racionales y libres han puesto en ellas. Lo que media entre las cadenas de «feed-back» autorreguladoras de las máquinas y las de los seres vivos es la unidad última definidora del individuo entre los animales y establecedora de la personalidad del hombre.

Bien lo prueba la índole de sus aplicaciones, por amplia que sea y por mucho más que pueda serlo en el porvenir. Pues la difusión y los resultados admirables de los computadores son motivos de asombro. Los vamos a considerar desde el ángulo que interesa a los juristas; después de las precedentes consideraciones generales sobre la cibernética, me recortaré a hablar de la cibernética aplicada al Derecho, de la Jurismetría o Juscibernética.

El primero de esos nombres fue propuesto por el norteamericano Lee Loevinger en 1949 en su estudio *Jurismetrics. The next step forward, Jurismetría. El nuevo paso adelante* [25], manteniéndolo en sucesivos trabajos como *Jurismetrics. Science and prediction in the field of law, Jurismetría. Ciencia y predicción en el campo del derecho* [26] y en *Jurismetrics: the methodology of legal inquiry, Jurismetría: la metodología de la indagación legal* [27]. Tal como Lee Loevinger la propone sería la jurismetría disciplina empírica, cuyo contenido dependería de la actividad de sus cultivadores a tenor del ritmo de los resultados de los experimentos que se vayan efectuando [28]; o sea, que se referiría a los análisis del comportamiento judicial con miras a calcular el Derecho en el sentido de Oliver Wendell Holmes: en el de aplicar el cálculo de probabilidades a las sentencias de los jueces. No tendría, en consecuencia, nada que ver con la «Jurisprudence» o teoría general del Derecho para los anglosajones, la cual conservaría sus problemas sobre el origen del Derecho, la determinación de las fuentes, los fines y los valores jurídicos, así como el estudio de los conceptos jurídicos fundamentales, cuales la propiedad, el contrato o la familia. La «Jurisprudence» conservaría sus temáticas; la jurismetría aplicaría los medios electrónicos a la consideración del Derecho como consta en las decisiones de los tribunales, sin mezclarse con aquélla en modo alguno. La divisoria estaría en los métodos: de razonamiento lógico general en la jurisprudencia a lo anglosajón, de los procedimientos exactos de la matemática en la jurismetría. Sería un planteamiento típicamente anglosajón, a tenor de los modos de conocer el Derecho en aquellos pueblos, ya indicados en la glosa segunda de esta lección.

La definición europea de la juscibernética va más allá del recortado horizonte de la jurismetría de Loevinger, porque se extiende a toda aplicación de la cibernética al Derecho. Bien lo muestra que quien ha propuesto el vocablo, Mario G. Losano en *Giuscibernetica. Macchine e modelli cibernetici nel diritto, Cibernética jurídica. Máquinas y modelos cibernéticos en el derecho,* estime a la jurismetría como un estudio previo para

25. En la *Minnesota Law review*, XXXIII (1949), 455-458.
26. En la *Minnesota Law review*, XLVI (1961), 255-256.
27. En el volumen *Jurimetrics*, editado por HANS W. BAADE. New York-London, Basic books, 1963, págs. 5-55.
28. L. LOEVINGER: *The methodology of Legal inquiry*, 8.

ella [29], y por tanto superado. Trátase aquí de ciencia nueva, que para Alain Chouraqui en *L'informatique au service du droit, La informática al servicio del derecho,* se ocupará de la ciencia y de las técnicas para el tratamiento lógico y automático de la información jurídica [30]; que a los ojos de Fritjof Haft en *Elektronische Datenverarbeitung im Recht, La reelaboración electrónica de los datos en el derecho,* es la ordenación y verificación según conocimientos generales de los diversos datos útiles para lo jurídico [31]; y que para Adalbert Podlech en *Rechtskybernetik. Eine juristische Disziplin der Zukunft, Cibernética del derecho, Una disciplina jurídica del futuro,* es la «Lehre von der normativen Regelung der sozialen Prozesse», la teoría de la regulación normativa del proceso social [32], o sea con mucho más dilatado horizonte de posibilidades temáticas. Por ser disciplina aún agitada en los balbuceos de la cuna los mojones no están todavía claramente perfilados.

Las aplicaciones de la cibernética al Derecho son evidentes, dado que la cibernética se ocupa de la comunicación social y el Derecho es uno de los modos de relacionarse los hombres en la sociedad, cual ya sabían los latinos desde el ciceroniano «ubi societas, ibi ius»; lo indicó el fundador Norbert Wiener en *El uso humano de los seres humanos* [33]. Pero el meollo de la discusión salta al preguntarse si la aplicación ha de tener lugar en el plano científico o en el técnico, de una parte; y de otra si la aplicación ha de limitarse a la mera aportación de datos o servirá para una elaboración más construida de los conceptos. Es en torno a esas dos preguntas de donde se sacará lo que la cibernética es o sea.

En la primera demanda son posibles las dos respuestas. A la contestación científica parece inclinarse entre nosotros Miguel Sánchez Mazas al indagar sobre el *Cálculo de las normas* postulando un sistema deóntico formalizado aritméticamente [34], en formalización aritmética cuyo desarrollo encuentra realización insuperable en la ayuda del manejo de los computadores, puesto que el lenguaje jurídico a emplear con rigurosidad científica está sujeto a la aritmetización característica de los ordenadores electrónicos, como él mismo resuelve en *L'arithmetisation du langage juridique et le fonctionnement d'un ordinateur, La aritmetización del lenguaje jurídico y el funcionamiento de un ordenador* [35]. A la solución de ver en la cibernética simple instrumento técnico parece inclinarse la mayoría de los autores, que pudiéramos cifrar para no alargar la presente glosa en la actitud de Aurel David en *Premiers pas sur la lune, Primeros pasos sobre la luna,* cuando tras ponderar que solamente gracias a la cibernética el hombre ha conseguido la ingente hazaña de llegar a nuestro satélite, agrega que el carácter finalista de los hechos e instituciones jurídicas, por ejemplo el contrato, pueden encontrar auxilios grandes en el empleo de la cibernética sin que el Derecho se sujete a la técnica de ésta, ni pierda su condición propia, del mismo modo que un texto de derecho administrativo

29. Torino, Giulio Einaudi, 1969, pág. 106.
30. Paris, Presses universitaires de France, 1974, pág. 24.
31. Berlín, J. Schweitzer Verlag, 1970, pág. 95.
32. En el *Juristen-Jahrbuch*, Köln-Marienburg. X (1969-1970), 163.
33. Cito por la traducción italiana de D. PUSIANI, bajo el título de *Introduzione alla cibernetica.* Torino, Boringhieri, 1953, pág. 135.
34. Barcelona, Ariel, 1973.
35. En los *Archives de philosophie du droit,* XIX (1974), 291-313.

no se transforma en aritmética porque el legislador o quien lo aplique eche mano de la regla de tres o de la tabla de multiplicación [36].

La segunda pregunta depende del contenido que se la asigne en cuanto disciplina nueva. Mario G. Losano en la *Giuscibernetica* ha trazado el cuadro de sus aplicaciones en consonancia con la cibernética general. Si ésta tiene por misión las cuatro grandes zonas de la teoría general de los sistemas, de la regulación, de la información y del engranaje o «juegos» de los conceptos, la cibernética jurídica tendrá esos mismos cuatro temas, agrupados en dos sectores: el de la modelística y el de la informática. La modelística jurídica comprendería en primer término las conexiones del sistema jurídico con el sistema social visto a través de un modelo cibernético; y en segundo lugar el análisis de la estructura interna del sistema jurídico, para aquilatar la estructura cibernética con que están ligados los elementos que la componen con arreglo a la relación de autorregulación propia de un sistema independiente capaz de funcionar por sí solo. A la informática jurídica tocarían otras dos partes: la primera, el estudio de los modos de formalizar el lenguaje jurídico para hacer asequible el uso de las máquinas en una aplicación novedosa de la lógica formal al Derecho; el segundo, ya más recortadamente técnico, la averiguación de los procedimientos que permitan la utilización de los ordenadores para la resolución de problemas concretos del Derecho [37].

A mi ver en realidad se trata de dos opciones: la utilidad de la cibernética como hontanar de información, como banco de datos sacados de la realidad empleando los ordenadores electrónicos, lo que garantiza una amplitud de noticias muy superior a las que el individuo pueda adquirir con sus medios biológicos, dada la amplificación de la inteligencia humana que los ordenadores traen consigo; y la aplicación de los ordenadores para tareas constructivas en elaboración de conceptos doctrinales nuevos o de decisiones del tipo de las sentencias judiciales. A la primera yo la llamaría cibernética jurídica auxiliar o más sencillamente informática; a la segunda la diría cibernética jurídica constructiva. La diferencia entre ambas está en que en la cibernética jurídica auxiliar los ordenadores ayudan a perfeccionar las tareas acometidas por los hombres en el Derecho; mientras que en la cibernética jurídica constructiva, amén de auxiliar a los procesos del razonamiento o de la decisión humana, las máquinas son capaces de sustituir la actividad de los hombres en el Derecho. La primera se agota en la información, la segunda aspira a incidir en la elaboración del Derecho.

Entre nosotros el venezolano A. E. Serrano en *Computadores y derecho. Una introducción a la informática jurídica*, designa respectivamente a ambas parcelas como modelística en abstracto y modelística en concreto [38]. El polaco Andrzej Kisza en *Modell cybernetyczny powstawania i dzialania prawa, El modelo cibernético del origen y realización del derecho*, habla del conocimiento de la realidad y de la reducción de las normas jurídicas a categorías cibernéticas [39], con un planteamiento diferente pero sensiblemente análogo, al pretender de antemano la reducción del Derecho a la cibernética en una postura que para mí es con notoriedad exagerada y susceptible de trágicas consecuencias en el futuro.

36. En los *Archives de philosophie du droit*, XV (1970), 233.
37. MARIO G. LOZANO: *Giuscibernética*, 108, 111, 186.
38. Maracaibo, Universidad de Zulia, 1975, pág. 15.
39. Cito por la traducción tudesca. Berlín, J. Schweitzer, 1975, pág. 9.

Creo que la valoración de la cibernética jurídica ha de plantearse, a fin de evitar estos inconvenientes, discerniendo sus posibilidades en los dos aspectos de la informática que ayuda y de la cibernética constructiva que suple o elimina la necesidad del actuar humano trasladándolo a las máquinas.

Al referirse a la informática hay que excluir desde el umbral una temática que nada tiene que ver con la cibernética jurídica, porque forma parte del derecho administrativo: la legislación reguladora de la información proporcionada por los computadores, la que pudiera llamarse derecho administrativo de la informática jurídica. En algunos países la cuestión ha saltado ya, provocando serias dificultades. Sirva de ejemplo, por citar un caso apenas, Francia, donde el artículo 7, apartado 3, de la ley del 2 de enero de 1968 sobre las patentes de invención descarta expresamente de su ámbito a «los programas o series de instrucciones para el desenvolvimiento de las operaciones de una máquina calculadora». Porque será labor de los especialistas en derecho administrativo y no de los tratadistas de cibernética jurídica aclarar las incidencias de ese precepto en la fijación de los límites de la propiedad literaria o artística, si las patentes tienen o no consideración de propiedad industrial, si merecerán persecuciones penales la concurrencia desleal o la reproducción de los ordenadores electrónicos, así como la transmisión de las informaciones conseguidas. Cuestiones ajenas a la cibernética jurídica, que parece conveniente excluir de nuestras consideraciones.

Pues tarea distinta es la de la informática como saber del tratamiento por ordenadores, esto es a un tiempo lógico y automático, de la información, lo que los alemanes vienen a llamar en palabras no comprometedoras en la calificación de si se trata de saberes científicos o técnicos, la «Rechtsinformatik», la informática jurídica; así el grupo de investigadores de Munich y Ratisbona en el libro *Gesetzsesplanung. Beiträge zur Rechtsinformatik, La planificación de la legislación. Contribución a la informática jurídica* [40]. Pues la informática es una técnica, ligada pero distinta de las ciencias de la información, según razona E. Lutterbeck en *Ist alles Informatik? Versuch einer Abgrenzung zwischen Informationswissenschaften und Informatik, ¿Es todo informática? Ensayo de un amojonamiento entre ciencias de la información e informática;* pues la informática es saber puramente matemático con alcance estrictamente técnico, al paso que las ciencias de la información entran en el cuadro de las disciplinas sociológicas, con implicaciones jurídicas [41]. Dirá lo bastante el que el término «informática» no ha sido acuñado por ningún teórico, porque quien primero lo empleó en 1967 fue la empresa Standard Eléctrica en el proyecto para acudir a un concurso abierto por el ministerio federal alemán de Educación y Ciencia a fin de proporcionar aparatos ordenadores de datos al servicio de las oficinas del ministerio.

El problema de la informática sería cuestión de lenguaje, de la adaptación del lenguaje jurídico a la nomenclatura simbólica de los computadores. S. Valsesia ha podido trazar las etapas de esta adaptación en un libro especialmente consagrado al tema, el titulado *Evoluzione dei linguaggi degli elaboratori elettronici, Evolución de los lenguajes de los operadores*

40. Berlín, J. Schweitzer, 1972.
41. En el volumen *Systemanalyse als Hilfsmitel für den Entwurf von Informations›ystem.* Berlín, J. Schweitzer Verlag, 1973, págs. 115-132. Sobre todo en las págs. 126-127.

electrónicos [42]; claro es que la utilización de semejantes vocabularios ha de hacerse siguiendo pautas lógicas según él mismo indica [43]; de una lógica simbólica como la de la logística moderna, porque a estos efectos la lógica clásica posee mero interés histórico, señala Ilmar Tammelo en *Law, logic and human communication, Derecho, lógica y comunicación humana* [44].

Siendo limitadas las aplicaciones de la lógica al lenguaje cibernético, dada la contada cantidad de fórmulas lógico-matemáticas aprovechables. El checo Viktor Knapp ha demostrado hasta donde llegan tales limitaciones en dos excelentes estudios, titulados *Ueber die Möglichkeit der Anwendung kybernesticher Methoden in Gesetzgebung und Rechtsanwendung, Sobre la posibilidad de la aplicación de los métodos cibernéticos en la legislación y en la aplicación del derecho* [45] y *Ueber die Möglichkeit Anwendung kybernesticher Methoden in Recht, Sobre la posibilidad de la aplicación de los métodos cibernéticos al derecho* [46]; de donde se concluye que el lenguaje de los computadores no podrá ser estrechamente jurídico, como lo son los términos de una sentencia o del artículo de una ley; será idioma de vocablos de valor formal y simbólico, considerables en el plano gramatical o sintáctico, con implicaciones jurídicas por supuesto, mas nunca igual al que puede llamarse con propiedad lenguaje del Derecho. A lo más que podría advenirse es a una conciliación entre ambas maneras de expresión, mas nunca a una equiparación; los ordenadores en la informática jurídica precisan siempre de unos traductores y de traductores bien documentados en la lógica simbólica moderna. La lógica del Derecho que teoriza el finlandés Georg Henrik von Wright en su *Norm and action. A logical inquiry, Norma y acción. Una investigación lógica* [47] por ejemplo, sería utilizable en la medida de la capacidad de esos traductores especialistas. Porque hay un cambio de signos de información desde el «input» o entrada de datos en la pregunta al «output» o salida de la respuesta. Verdad que las máquinas proceden según los principios de la lógica simbólica, pero quien pregunta ha de conocer la adecuación del vocabulario que enlaza a lo que se demanda y a lo que se contesta. El estudio de A. E. Serrano en *Computadoras y derecho* [48] acerca de las maneras de la formalización del lenguaje lógico sirve de agudo excelente modelo para comprender las dificultades del problema. Tanto más que el único idioma apto para los computadores, —dado es lengua dotada de exactitud matemática, la «exakte symbolische Sprache» de que habla Ota Weinberger en *Studien zur Normenlogik und Rechtsinformatik, Estudios acerca de la lógica normativa y de la informática jurídica* [49]—, tiene por fuerza carácter abstracto, siendo así que el Derecho se refiere siempre a casos concretos, además expresados en las lenguas de los diferentes pueblos. El salto de lo concreto del «input» o pregunta a lo abstracto del proceso con que las máquinas operan y que se proyecta en el «output» o respuesta, reclama no ya solamente el traslado de lo particular a lo general simbólico, sino además exige tomar en cuenta las peculiaridades atañentes a los vocabularios especializados del

42. Torino, Boringhieri, 1965.
43. S. VALSESIA: *Evoluzione dei linguaggi degli elaboratori elettronici*, 97.
44. En el *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, L (1964), 331-364. Especialmente en las páginas 339-347.
45. En el *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, XLIX (1963), 45-46.
46. En *Staat und Recht*, XII (1963), 613-633.
47. London, Routledge and Kegan, 1963.
48. A. E. SERRANO: *Computadoras y derecho*, 25-51.
49. Berlín, J. Schweitzer Verlag, 1974, pág. 335.

Derecho en las diversas fórmulas idiomáticas existentes en las respectivas terminologías jurídicas de las lenguas en que venga formulada la pregunta y sobre las cuales ha de ser vertida luego la contestación. De suerte que los traductores que manejan los artefactos electrónicos han de conocer, amén de las reglas expresivas inherentes a la lógica simbólica, las especiales significaciones del vocabulario jurídico particular de los idiomas diversos a emplear. La tarea de la informática jurídica, por muy rica que sea la gama de sus posibilidades, presenta como se ve extraordinarias dificultades en el manejo de ellas en materias de Derecho.

Cierto es que las máquinas estudiadas por la cibernética jurídica andan en mantillas y que los progresivos mejoramientos han de ir limando las actuales asperezas y superando las evidentes dificultades de hoy. Ya la posibilidad del almacenamiento de datos asegura la exactitud en las respuestas, como anota Ottmar Ballweg en *Science, prudence et philosophie du droit, Ciencia, prudencia y filosofía del derecho*[50]. Porque por otra parte solamente las máquinas pueden proporcionar la información completa que los juristas necesitan, ya de por sí excesiva para la capacidad de los humanos abandonados a sus medios habituales naturales. En la biblioteca del Congreso de Washington hay ahora más de un millón de libros sobre materias jurídicas catalogadas y cada año entran más de treínta mil nuevos. Y no digamos del cúmulo de sentencias en aumento subyugante. Miguel López-Muñiz Goñi en sus dos estudios *La electrónica al servicio del derecho*[51] y *El derecho y la electrónica*[52] refiere que entre nosotros se ven ante los tribunales un cuarto de millón de causas anualmente, con diez mil sentencias de apelación dictadas por las audiencias; siendo de notar el aumento, pues las mil quinientas sentencias elaboradas por el Tribunal supremo en 1941 subían a tres mil quinientas en 1953 y a seis mil quinientas en 1970. Ejemplos en lo bibliográfico y en lo judicial que por sí mismos arguyen la perentoria necesidad de la utilización de los aparatos cibernéticos para la información de los juristas, información que sin ellos sería sencillamente imposible.

De ahí sean imprescindibles como fuentes de documentación en todas las actividades relacionadas con el Derecho. En cuanto informática auxiliar la cibernética se ha afianzado y cada día será más absolutamente ineludible. K. H. Meyer-Unlentied en *Systemanalyse und Entwurf von Informationssystemen demonstriert am Beispiel des Informationssystems für den deutsche Bundestag, Análisis sistemático y bosquejo de los sistemas de información, demostrado con el sistema de información para el parlamento alemán*[53], prueba como sin el auxilio de las máquinas no funcionaría la cámara de faltar el acopio de noticias que los aparatos cibernéticos proporcionan, al par que describe un ejemplo a imitar en las cámaras legislativas de los demás países. Y según testifica Colin Tapper en *Computers and the law, Los computadores y el derecho*, en Estados Unidos de Norteamérica están en servicio a esos efectos más de cinco mil computadores, que realizan el trabajo que pudieran llevar a cabo ciento cincuenta mil años de trabajo-hombre al coste de más de dos billones de dólares[54].

50. En el *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, LI (1965), 553.
51. Madrid, Revista de Derecho judicial, 1971, pág. 1.
52. Madrid, Revista de Derecho judicial, 1971, pág. 1.
53. En el volumen *Systemanalyse als Hilfsmittel für den Entwurf von Informationssystem*. 1-60.
54. London, Weidenfeld and Nicholson, 1973, págs. 104-105.

Si tal acontece en el trabajo, siempre de menor volumen, de los parlamentos, no hay que exagerar nada por mucho que se diga en las tareas de la administración pública. En *La machine administrative, La máquina administrativa,* Mignot y D'Orsay estiman que hoy la comprobación o «control» fuera inconcebible faltando los ordenadores electrónicos [55], que por lo demás es lo único que permite la existencia de administraciones centralizadas al estilo de la francesa dadas las complejidades del aparato estatal contemporáneo. Ha llegado a ser una rama aparte dentro del derecho administrativo, con materia suficiente como para dar lugar a la composición de libros cuales los de I. Corti *I cervelli elettronici e l'amministrazione della giustizia, Los cerebros electrónicos y la administración de la justicia* [56], de Alberto Predieri *Gli elaboratori elettronici nell'amministrazione dello Stato, Los operadores electrónicos en la administración del Estado* [57], de Adalbert Podlech *Datenschutz im Bereich der öffentlichen Verwaltung, La protección de los datos en el campo de la administración pública* [58], de Lucien Mehl en los cuatro artículos agrupados bajo el enunciado genérico de *La cybernétique et l'administration, La cibernética y la administración* [59]; por mencionar a algunos comentaristas en la inagotable bibliografía al respecto.

En lo que concierne a la administración de justicia la presencia de la informática científica, ya analizada por Corti en el libro acabado de mencionar, parece primordial en dos extremos: en el suministro de datos a los jueces que hayan de resolver los casos sometidos a los tribunales y en el estudio sociológico del comportamiento de los juzgadores; el segundo sobre todo de excepcional transcendencia en los países anglosajones atendidas las maneras de sus concepciones del Derecho. La «massimazione» en la consideración de los precedentes a tener en cuenta, por seguir la terminología propuesta por Giuseppe di Federico en *La giustizia come organizzazione. La corte di cassazione, La justicia como organización* [60], necesita para servir de algún provecho el auxilio de las máquinas cibernéticas. No bastan las colecciones de doctrina judicial, prueban con acompañamiento de argumentos y datos irrefutables Jean Delahodde y mademoiselle Mignot en *Le traitement de l'information juridique, El uso de la información jurídica* [61].

Hasta para completar la técnica en la redacción de las actas notariales o en las anotaciones de los registros de la propiedad inmobiliaria úsanse hoy recursos electrónicos. Un notario de París, Henri Claude Pessina, ha redactado monografía exhaustiva al respecto bajo el encabezamiento de *Informatique et fichiers publiques. Registre foncier, état civil, etc., Informática y ficheros públicos. Registro de la propiedad, estado civil, etc.* [62], acompañado de veintinueve figuras o formularios cuyo empleo será muy pronto necesario a notarios y registradores del mundo entero. En Italia, A. Gallizia y E. Maretti han propuesto la redacción automática por computadoras de las actas notariales en *Proposte metodologiche per l'uso del calcolatore elettronico come strumento di processo nell'operare giuridico, Propuestas metodológicas para el uso del calculador electrónico como instru-*

55. Paris, Editions Le Seuil, 1971, pág. 84.
56. Milano, F. Angeli, 1970.
57. Bologna, Il Mulino, 1970.
58. Berlín, J. Schweitzer, 1973.
59. En *La revue administrative,* X (1957), 410-419; XI (1958), 539-545; y XII (1959), 201-207 y 531-544.
60. Bari, Laterza, 1969, págs. 247-254.
61. Paris, Librairies techniques, 1968, pág. 25-28.
62. Paris, Librairies techniques, 1968.

mento para proceder en el actuar jurídico [63]. La utilización en los registros de la propiedad territorial es aún más vasta. Whalen lo ha razonado en *Electronic computer technology and the Torres system* [64], seguido por Cook en *A modern system of land records, Un sistema moderno de registro inmobiliario* [65]; con repercusiones en Nueva Zelanda, según lo indica el estudio de Newhook *Computerizing the New Zealand Land register Office, La automatización de la oficina del registro de la propiedad territorial en Nueva Zelanda* [66].

Asimismo son utilizados para la enseñanza del Derecho. Así se hace en Francia, según cuenta Alain Chouraqui en *La informática al servicio del derecho,* sea para la redacción de modelos de textos en el aprendizaje o bien en las pruebras de los exámenes [67]; habiendo podido hablar Louis Couffignal en *La Cibernética* de un tipo especial de «connaissance cybernétique», conocimiento cibernético orientado a la mejor clasificación de los problemas de la enseñanza en una exposición calcada sobre las ayudas de los calculadores [68]. Sistema desenvuelto con amplitud por el polaco Henrik Rot en *System prawa. Model cybernetyczny, El sistema del derecho. Modelo cibernético* [69] y en *Niektóre przeslanki stosowalnosci maszyn cybernetyszynyh w dziedzinie prawa, Algunos argumentos para la utilización de las máquinas cibernéticas en el ámbito del derecho* [70]. La efectividad práctica de los aparatos cibernéticos para la enseñanza del Derecho, sin embargo, exige requisitos especiales a tono con las dificultades del lenguaje de los computadores llevados al Derecho, ya que la enseñanza es diálogo y la traducción de la terminología simbólica propia de los aparatos electrónicos requiere especial preparación del enseñante para adecuar al lenguaje didáctico aquella terminología; el estudio conjunto de Walter Popp, Bernhard Schlink, Hasnwalter Schramm, Dieter Suhr, Klaus Hopt y Jan Th. M. Palstra, titulado *Computer als juristischer-Gesprächs partner, El computador como dialogante jurídico* [71], expone esas dificultades junto con los medios para resolverlas, habiendo de ser muy tenido en cuenta por los profesores que pretendan apelar a la cibernética para la enseñanza del Derecho en las universidades. Aunque también han de ser útiles los cursos que ya existen en Alemania para los especialistas en informática jurídica. El Centro alemán de contabilidad organizó que yo sepa en Darmstadt curso monográfico en 1970; y desde 1970 existe en la Universidad de Regensburg cátedra especializada en informática jurídica, la desempeñada por el profesor Wilhelm Steinmüller.

Los establecimientos informativos pululan hoy por todas partes. Son de notar en Estados Unidos de Norteamérica por su importancia y perfección la sección o «división» anti-trust del ministerio de Justicia en Washington, el «Point of law approach» de la Universidad de Oklahoma, el dirigido por John F. Horty en la de Pittsburgh, la Southwestern legal foundation de Dallas, el Instituto de la Universidad de Washington en Seat-

63. En la *Rivista internazionale di filosofia del diritto,* LI (1974), 46-71. Sobre todo en las páginas 62-71.
64. En *American Law journal,* XL (1967), 413.
65. En la *University of Cincinnati Law review,* XXXVIII (1969), 385.
66. En la *Auckland University Law review,* I (1971), 1.
67. A. CHOURAQUI: *L'informatique au service du droit,* 179-205.
68. L. COUFFIGNAL: *La cybernétique,* 124-125.
69. En *Panstwo i Prawo,* XX (1965), 21-26.
70. En *Panstwo i Prawo,* XXI (1966), 47-56.
71. Berlín, J. Schweitzer, 1970.

tle, los centros de documentación de la Western Reserve University de Cleveland, los varios de la American Bar Association para servicio de sus miembros, el Law Research service de Nueva York. En Inglaterra los servicios del departamento jurídico de la Escuela de economía y ciencia política de Londres o los catálogos de las Universidades de Nottingham y Cambridge, sin contar los trabajos de Colin Tapper en Oxford. En Francia, el CRIDON o Centro de información y documentación notarial de Lyon, el Centro para la información jurídica que desde 1964 funciona en la Universidad de Montpeller, los institutos universitarios de Grenoble y de Aix-en-Provence, el «Bureau Informatique» del Consejo de Estado en París, en París también el CEDIJ o Centro de investigación y desarrollo de la informática jurídica. En Alemania federal el GOLEM de la casa Siemens, el JURADAT de la de este nombre, el INFAR I de la Universidad de Heidelberg, entre tantos otros. En Alemania oriental los elementos adscritos a la cátedra de Problemas cibernéticos en la ciencia del Derecho y del Estado, creada por la Academia en Postdam-Babelsberg en 1967. En Bélgica el CREDOC como centro privado de documentación jurídica para abogados y notarios, el INTERDOC, ampliación del anterior, el COMPU-MARK, de organización privada. En Holanda el «Adviesraad Automatiseding Juristische Documentarie». En Checoslovaquia los materiales existentes en la Academia checoslovaca de las ciencias, de donde salen los cuadernos de *Kibernetika i pravo, Cibernética y derecho*, bajo la égida de Viktor Knapp. En Polonia el Instituto de la universidad de Breslau. En Suiza el Centro de documentación de la Organización mundial del trabajo en Ginebra y el novísimo dirigido en Zurich por Julius Vischer. En Italia el Centro para la documentación automática de Milán y el «Massimario» de la Corte suprema de casación. En Suecia la Oficina de información jurídica desde 1968. En Canadá el Centro de la Universidad de Manitoba y el «Quick-Law» existente en la Queen's University de Kingston (Ontario). En Israel el «Responsa» del Instituto Weizmann dirigido por Aviesri S. Fraenkel. En Venezuela el Centro electrónico instalado en la Universidad de Zulia en Maracaibo. En España lo que salga del decreto del 12 de septiembre de 1970, que creó una comisión central y un servicio de informática, con alcances que han sido tasados exhaustivamente por Antonio Enrique Pérez Luño en *La jusciberné-tica en España*[72], amén del sistema erigido en el Tribunal supremo y descrito consumadamente por Miguel López-Muñiz Goñi en *El derecho y la electrónica*[73].

Estas noticias, que pudieran acrecentarse en grado sumo, bastan para relatar la transcendencia de la informática jurídica como base para la documentación conveniente a los legisladores, jueces o abogados y notarios. Cualquier consideración más huelga, tanto más que cuanto pudiera añadirse ha sido ya diligentemente descrito por Antonio Enrique Pérez Luño en *Juscibernética y metodología jurídica*[74]. No creo ponga nadie en dudas la afirmación de las conveniencias de la información cibernética para el jurista.

Cuestión aparte, ciertamente asaz más espinosa, es la de la cibernética jurídica constructiva, esto es la capacidad de las máquinas que pudiéramos con algún forzamiento de los términos llamar pensantes, cuando de auxi-

72. Separata de la *Revista de Cataluña* de 1971, págs. 58-61.
73. M. López-Muñiz Goñi: *El derecho y la electrónica*, 119-150.
74. Separata de la *Revista jurídica de Cataluña* de 1970, págs. 779-813.

liares del quehacer humano pasan a aspirar a sustituirlo en la forja del Derecho. En este sentido han sido variamente utilizadas. En Alemania federal úsanse para fijar automática y exactamente los alimentos debidos a los hijos, como detalla extensamente Ota Weinberger en sus citados *Estudios para la lógica de las normas y la informática jurídica* [75]. Lo mismo acontece con la determinación de los alquileres de las viviendas [76]. En los Estados Unidos de América utilízanse además para funciones dentro de la marcha del proceso, cual para la selección de los miembros llamados a componer los jurados, como refiere Wagner en *Jury selection by computer, La selección del jurado por computador* [77]; o para la valoración de las pruebas, de creer a Hensley en *Punched cards produced progress in probate courts, Las cartas perforadas causan mejoras en los procesos* [78].

Amén de lo cual atribúyeseles tarea aún más importante si se la considera en relación con la concepción anglosajona del Derecho: la de indagar la conducta y las reacciones de los jueces; tema analizado por Glendon Schubert en *Judicial attitudes and voting behaviour, Las actitudes judiciales y la conducta en las votaciones* [79]. Lo cual es fijar al Derecho, si el Derecho equivale a la predicción de la conducta de los jueces en la tesis de Oliver Wendell Holmes anotada en la segunda glosa de esta misma lección. Tanto más que para los americanos trátase de operación matemática cuantitativa sin estimación de los valores jurídicos implicados en ella, como advierte S. S. Ulmer en *Quantitative analysis of Judicial process: some practical and theoretical implications, Análisis cuantitativo del proceso judicial: algunas secuelas prácticas y teóricas* [80].

En términos continentales europeos el planteamiento sería diferente, pero sensiblemente análogo y conduciría a transformar a los computadores en exégetas de las leyes. No ha faltado quien se haya atrevido a ello y así lo razona al detalle Andrzej Kisza en su *Modelo cibernético del origen y realización del derecho* [81], ensanchando las opiniones ya extremas de Viktor Knapp en *Aspekte automatischer Rechtsfindung, Aspectos de la indagación automática del derecho* [82]; incluso en el gobierno del territorio de la ciudad de Bremen ha sido introducido este procedimiento en 1962 para la formulación de las leyes dictadas por el senado regional del «Land» [83].

Mas en ningún caso el resultado ha salido satisfactorio. No lo es en la exégesis de las leyes porque en definitiva las conclusiones son mecánicas y dependen de las preguntas formuladas; por lo cual no exceden al papel de auxiliar la ordenación de los conocimientos, esto es, quedan dentro de la informática jurídica. No lo es en la predicción del Derecho que para los anglo-americanos está encarnado en la profetización de las sentencias judiciales, ya que es casi imposible someter a estima de los computadores la totalidad del conjunto de los datos que infieren en los resultados. Ya Haines

75. O. WEINBERGER: *Studien*, 336-343.
76. O. WEINBERGER: *Studien*, 354-373.
77. En *Law and computer technology*, VI (1969), 2.
78. En el *American Bar Association journal*, XLVIII (1962), 138.
79. En *Jurismetrics* de 1963, págs. 100-107.
80. En *Jurismetrics* de 1963, páginas 164-168.
81. A. KISZA: *Kybernetisches-Modell der Entstehung und der Wirkung des Rechtes*, 100-109.
82. Exposición de las tesis de Viktor Knapp por FRITJOH HAFT en las págs. 71-78 de *Elektronische Datenverarbeitung im Recht*, antes citado.
83. A este respecto las noticias consignadas en *Ausschuss für wirtschaftliche Verwaltung* de febrero de 1963, pág. 10.

lo puso de relieve en líneas generales hace medio siglo en sus *General observations on the effects of personal, political and economic influences on the decisions of the judges, Observaciones generales sobre los efectos de las influencias personales, políticas y económicas en las decisiones de los jueces* [84]. En el caso concreto de los computadores las previsiones chocan con los obstáculos que resalta S. Sidney Ulmer al analizar las sentencias laborales emitidas por el Tribunal del Estado de Michigan en 1962 [85]. Hasta el presente y a reserva de lo que perfeccionamientos futuros adelantar mejoras puedan, las máquinas no sirven para sustituir al hombre en la determinación del Derecho ni siquiera en los límites de profecía cuantitativa característicos de las concepciones jurídicas anglosajonas.

Si es cierto que las decisiones judiciales brotan al término de un proceso de técnica rutinaria los computadores confirman y no eluden tal rutina; Carl F. Stover lo ha reflejado en *Technology and law. A lock ahead* [86]. Es que la función de los computadores es técnica y la técnica no pasa de ayudadora, sin montar a las cimas de la creación jurídica. El Derecho que Vittorio Frosini denomina en *Cibernética, derecho y sociedad* derecho artificial [87], no solamente es incapaz de sustituir al derecho natural en la fundamentación filosófica del Derecho, pero es además imposible en sí mismo como tal asumido por manifestación del derecho positivo. En lo que concierne al Derecho la cibernética constructiva lo máximo que podrá aportar son modelos al estilo de los descritos por Jerzy Wróblewski en *Prawo a cibernetika. Zarys problémow, Derecho y cibernética. Cuadro de problemas* [88].

Fuera del plano de la normatividad jurídica sí puede ser útil para el bosquejo de una teoría totalitaria del Estado al gusto de las construcciones socialistas, planificadora de las actividades del individuo y de los grupos con aniquilamiento de la libertad. En *Cibernética sin matemáticas*, Henryk Greniewski ha hecho patente sí resulta hacedero planificar la economía desde los modelos de los computadores [89]. Lo ha intentando Eberhard Lang en *Staat und Kybernetik. Prolegomena zu einer Lehre vom Staat als Regelkreis, Estado y cibernética. Prolegómenos para una teoría del Estado como círculo de reglas*, reglas que rigen en función de la interacción automática del valor que es o «Ist-Wert» con el «Soll-Wert» o valor que debe ser. Interacción que garantiza la estabilidad del orden social, concebido como contrapeso contra las decisiones ideológicas o tácticamente elegidas de los determinadores del poder político, «als Gegenwicht gegen ideologische oder nur wahltaktische Entscheidungen der politischen Mächtrager» [90]. El contenido técnico asoma en el desequilibrio entre el valor que es con el que debe ser; Lang trae el ejemplo del número de estudiantes que según la ley austríaca debe haber en cada clase, que son treinta y dos, en relación con los que de hecho haya [91]. La técnica de los ordenadores aclara el desequilibrio entre el modelo legal que debe ser y lo que efectivamente acontezca.

84. En la *Illinois Law review*, XVII (1922), 98-102.
85. En el *Journal of Public Law*, XI (1962), 352-358.
86. En *Modern uses of logic in law* (antecesor del *Jurismetrics journal*) de marzo de 1963, páginas 1-8.
87. V. FROSINI: *Cibernética, diritto e società*, 12-13.
88. En *Panstwo i Prawo*, XX (1965), 21-26.
89. Traducción castellana. México, Fondo de cultura económica, 1965, págs. 211-214.
90. Salzburg-München, Anton Pustet, 1966, pág. 98.
91. E. LANG: *Staat und Kybernetik*, 93.

Ese planteamiento, que responde a una visión occidentalista de signo democrático, endurécese en los países marxistizados del Este europeo hasta cuajar en una concepción plena del Estado totalitario. Es lo que en la Alemania oriental dícese «Leitungswissenschaft» o teoría de la dirección. Desde el momento en que el Derecho da en superestructura de la economía, las relaciones jurídicas deben de corresponderse con las estructuras económicas, siendo además un arma en manos de los gobernantes para reglar y orientar las relaciones de la economía. Puesto que el «control» intervencionista de la vida económica es misión cardinal e irrenunciable de los Estados socialistas, las relaciones automatizadas entre modelo y realidad establecidas por el austríaco Eberhard Lang serán mucho más sólidas y rígidas, de una rigidez en la que la acción política empleará la precisión derivada del uso de los computadores para la más efectiva conducción de las actividades económicas. Será imprescindible echar mano de la aplicación del cálculo de los ordenadores si tal intervención estatal quiere ser eficaz, es la conclusión a que advienen Günther Grundmann, Henry Hutschenreuter y Gerhard Woeke en *Gedanken zur künftigen Entwicklung des sozialistischen Rechts unter den Bedingungen der wissenschaftlich-technischen Revolution, Ideas para el desarrollo futuro del derecho socialista bajo las condiciones de la revolución técnico-científica* [92]. Endulza la tajante postura de los tres autores citados Karl Heinz Kannegiesser, en *Das gesellschaftliche System. Seine Struktur, Funktion und Organisation, El sistema social. Su estructura, función y organización,* pues recorta la intervención de la cibernética dentro de los linderos de la información jurídica [93]; pero la corriente general es la de la asunción de los computadores para tornar eficaz la dirección de la economía por los gobernantes mediante la regulación del Derecho; el estudio de Michael Benjamin, *Kybernetik und staatliche Führung, Cibernética y conducción estatal* [94], es índice de hasta qué extremos la mentalidad marxista entiende a la cibernética jurídica por instrumento para la imposición de criterios políticos desde el Estado a los componentes de la sociedad. Sucediendo lo mismo en los otros países comunistas. Entre las fuentes que manejo pudiera mencionar el estudio de W. Lang, *Struktura kontroli prawnej panstwowych Polskiej Rzeczpospolitej Ludowej. Studium analityczne z zakresu ogólnej teorii kontroli prawnej, Estructura del control jurídico de los órganos estatales de la República popular polaca. Estudio analítico en el cuadro del control del derecho* [95], quien repite más o menos en Polonia las posturas de Michael Benjamin en la Alemania oriental.

Lo que quiere decir que la aplicación de la cibernética jurídica constructiva sería perniciosa para el hombre porque lo esclaviza a la máquina y, a través de la máquina, al tirano que a la máquina manejase. Sería, ni más ni menos, que un instrumento de la tiranía. Lo han visto mentalidades tan lejanas como Herbert Marcuse, en *One-dimensional man. Studies in the ideology of avanced industrial society, El hombre unidimensional. Estudios sobre la ideología de la sociedad industrial adelantada,* al definir a la racionalización tecnológica inherente a la cibernética jurídica como el

92. En *Staat und Recht,* XVI (1967), 1425-1440. Cita a la pág. 1440.
93. En *Staat und Recht,* XVII (1969), 37.
94. En *Staat und Recht,* XVI (1967), 1230-1239.
95. Kraków, Zeszyty Naukowe Universytetu Jagiellonskiego, 1965.
En prensa ya el *Tratado* llégame el libro de B. P. Kirschenmann *Information and reflection. On some problems of Cybernetics and how contemporary dialectical materialism cupes with them.* Dordrecht, D. Reidel, 1970, que remacha las conclusiones del texto.

gran instrumento de la mayor dominación creadora de un mundo verdaderamente totalitario, «the great vehicle of better domination, creating a truly totalitariam universe» [96]; hasta Juan Vallet de Goytisolo, en *Sociedad de masas y derecho* [97]; sea en *Ideología, praxis y mito de la tecnocracia*, donde amonesta agudamente los peligros de la mecanización atenta sólo a la eficacia [98]. Pretender topar con la justicia en una máquina hállase más allá de toda posibilidad humana, arguye Carlos Sánchez del Río en *De los conceptos de justicia greco-romano y hebreo, del mundo antiguo, a la justicia probabilística del porvenir* [99]. Lo que eruditamente ha remachado Antonio Enrique Pérez Luño al apuntar cómo la cibernética jurídica constructiva equivaldría al retorno puro y simple al positivismo que en el siglo pasado teorizara un Bergbohm [100].

No creo yo, por el contrario, tenga razón el propio Pérez Luño al escribir que la cibernética podría llevar a la armonía del jusnaturalismo con el positivismo jurídico [101]. Quizá no lo entienda yo por dureza de mis entendederas, pero las palabras finales de sus conclusiones parécenme inseguras, equilibristas e incompatibles con sus diestras observaciones precedentes. El derecho natural responde a un concepto de la naturaleza humana esclarecido por una filosofía milenaria y definido nítidamente en la concepción cristiana del universo, dentro de la especulación católica en la idea del hombre falleciente dialogador con el Creador del universo, en una realidad que las máquinas no podrán alcanzar ni siquiera turbar salvo logren el perfeccionamiento de una personificación, a todas luces imposible. Al contrario, creo que la cibernética jurídica es técnica y vale apenas como técnica. De los dos planteamientos posibles de la cibernética jurídica, el de la auxiliar informática y el de la construcción sustituidora, únicamente parece admisible el primero. Afortunadamente, porque de ser factible el segundo conduciría a la destrucción de las sociedades libres nacidas al hálito del cristianismo, pues la máquina daría en factor trágico de opresiones tiránicas. Por ventura la máquina no suplanta al quehacer humano, ni es persona responsable, término de imputación aparte. Los saberes jurídicos proporcionados por la cibernética son exactamente técnicos, no ascienden a científicos ni mucho menos a filosóficos. Para que abordaran el derecho natural, como parece indicar Pérez Luño, fuera necesario que las máquinas actuaran como personas libres y responsables en un diálogo con Dios que Dios reservó para las criaturas por El creadas y no para las fabricadas por el hombre. De ahí que las máquinas sean ineptas para coordinar jamás al derecho natural con el derecho positivo; porque ni alcanzan siquiera a calibrar aquél ni aisladas en sí mismas son capaces de formular a éste; ayudan a que el hombre formule y aplique el derecho positivo, pero nada más. Gracias a Dios las máquinas, al moverse en la rigidez de automatismos expresables en lenguaje matemático, reproducen en su quehacer la verdad patente de que las matemáticas no sirven para indicar los valores que refieren el lenguaje de las almas. Porque los hombres poseen almas, pero las máquinas no. La vida de las computadoras no es tal vida, mas es puro y simple remedo del artificio de la vida.

96. London, Routledge and Kegan, 1964, pág. 18.
97. Madrid, Taurus, 1969, pág. 80.
98. Madrid, Editorial Montecorvo, 1975, pág. 181.
99. En *Estudios jurídico-sociales. Homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra.* Santiago de Compostela, Universidad, dos tomos. Cita al I (1960), 347.
100. A. E. PÉREZ LUÑO: *Juscibernética y metodología jurídica*, 805.
101. A. E. PÉREZ LUÑO: *Juscibernética y metodología jurídica*, 811.

LECCION QUINTA

LOS SABERES SUPERIORES DEL DERECHO: CIENTIFICOS Y FILOSOFICOS

1. El saber científico del Derecho.—2. Las ciencias jurídicas.—3. Derecho público y Derecho privado.—4. Tabla presente de las ciencias jurídicas.—5. El saber filosófico del Derecho.—6. Relaciones entre los saberes científicos y filosóficos.—7. Contenido de la Filosofía del Derecho.—8. La filosofía jurírica cristiana.

1. Saber científico del Derecho es el saber de alguna rama jurídica particular, con pretensiones de conocimiento seguro, universal y sistemático.

Sus características son:

a) La seguridad de lo que se sabe, por lo cual sus conclusiones han de ser claras y apoyadas en suficiente aparato de pruebas.

b) La universalidad de la validez de lo que se sabe, o sea, su aplicación en todos los tiempos y bajo condiciones idénticas.

c) La ordenación sistemática, coordenada y jerarquizada de los conocimientos.

d) La reducción de los conocimientos a principios generales, capaces de proporcionar al sistema justificación explicadora, base argumental y criterios valorativos de cada parcela de la realidad considerada.

e) Delimitación de la materia, ya que cada ciencia se refiere a un campo determinado de la realidad jurídica.

f) El encadenamiento al saber filosófico, que procura la explicación de la realidad entera; sin mengua de la autonomía de cada ciencia con arreglo a su ámbito de estudio.

2. El campo del saber científico del Derecho es el de las ramas particulares del conocimiento jurídico. Por tanto, el número de ciencias jurídicas es variable, cambiando a medida que se van descubriendo nuevos territorios del saber del Derecho o que van perdiendo importancia otros que antes ocuparon lugares de primer plano en la realidad jurídica. Por lo común, el número de las ciencias del Derecho depende de dos factores: la aparición de nuevas facetas de la actividad humana en la convivencia con otros hombres o el hallazgo de nuevas temáticas o perspectivas filosóficas.

El saber científico nace siempre a través de un proceso de racionalización de un saber técnico; o sea, mediante la operación

racional de fijar principios en los que recoger y ordenar sistemáticamente los resultados de la experiencia jurídica. Por eso cuando cambia el contenido del arsenal de las experiencias cambia el esquema de las ciencias.

Lo científico del Derecho es el saber seguro y sistemático acerca de una parcela de la realidad. Como en cada época esa realidad varía, muda la cantidad de ciencias o la importancia de ellas. Durante muchos siglos en Occidente los saberes científicos del Derecho estuvieron centrados en el estudio de dos ramas científicas: el Derecho romano y el Derecho canónico. El fortalecimiento de las peculiaridades de los reinos primero y de las naciones posteriormente, dio lugar a la aparición autónoma, cada vez más robusta, de las ciencias atañentes a la problemática jurídica de cada pueblo; es la etapa de los llamados Derechos nacionales, cuyo apogeo culmina en el siglo XIX. No de otro modo tampoco las circunstancias del siglo XX han traído la aparición de nuevas ramas, antes desconocidas o apenas esbozadas: las que estudian las conexiones internacionales, cuales el Derecho supraestatal de organismos como la Sociedad de las Naciones o la Organización de las Naciones unidas, tras de cada una de las guerras mundiales de 1914 y 1939; así los comienzos de un Derecho de navegación aérea con el creciente desarrollo de las máquinas voladoras creadas por el ingenio humano; así el incipiente Derecho espacial, recentísimamente nacido con la posibilidad de la presencia del hombre en sitios colocados más allá de la órbita del espacio terráqueo.

Las mudanzas en el número y calidad de las ciencias del Derecho pueden tener origen de dos maneras: extensiva o intensivamente. De modo extensivo cuando se abren nuevos campos de la realidad jurídica antes no tomados en consideración; de esta suerte nació la Sociología especializada del Derecho penal, civil o administrativo; de esta manera surgieron los Derechos de alcance universal, al estilo del Derecho internacional económico, consecuencia de la universalización de los transportes que enlazan los diversos sectores económicos del planeta.

De manera intrínseca, cuando alguna de esas formas de la actividad humana en la convivencia decae o por el contrario reafirma su autonomía. Así hay partes del Derecho que gradualmente van transformándose en realidades pasadas, por perder importancia en la estima presente; el Derecho romano carece de la preeminencia que tuviera siglos atrás, el Derecho canónico de la Iglesia Católica mengua su consideración en épocas profundamente laicizadas como la actual, los Derechos de los pueblos bantúes ceden terreno delante del proceso de occidentalización a que se hallan sometidas las

culturas primitivas, los Derechos reguladores del tráfico económico en los países de estructura comunista eliminan enteras temáticas de las ciencias del Derecho civil, mercantil o penal tal como eran formuladas con anterioridad a la revolución soviética de 1917. Por el contrario, la historia conoce con frecuencia la aparición de nuevas disciplinas científicas; el Derecho constitucional se independiza del anterior Derecho público general cuando los documentos políticos fundamentales apellidados Constituciones pasan a ser cimientos de los ordenamientos jurídicos nacionales después de las revoluciones burguesas de 1776 y 1789 en Estados Unidos de Norteamérica y en Francia; el Derecho mercantil se desliga del Derecho civil con el establecimiento de los códigos especializados; el Derecho del trabajo se disocia del Derecho civil cuando cobra importancia la regulación de los contratos laborales en las sociedades industriales de nuestro siglo; el Derecho procesal va ganando cada día mayor rigor científico en las temáticas doctrinales contemporáneas, dejando atrás el mero tecnicismo a que reducíase hace apenas cien años. Todos estos derechos eran antes partes de otra rama del saber jurídico; pero el crecimiento de sus esferas o el cultivo más intenso de sus problemáticas, los han ido desgajando paulatinamente de la ciencia matriz en que se hallaban insertos hasta proporcionarles plena autonomía, trocándoles en ciencias jurídicas perfectamente independientes.

Dadas las mudanzas en el número de las ciencias jurídicas, solamente pueden ser catalogadas en un determinado momento de la historia del pensamiento humano, puesto que varían en cada coyuntura del tiempo, disminuyendo la importancia de unas, desapareciendo otras, naciendo o perfilándose el afianzamiento de algunas en el futuro. Por lo cual la división fundamental es la que se da entre ciencias jurídicas históricas y ciencias cuya materia de estudio corresponde a la realidad presente. Las ciencias históricas estudian lo que fue el Derecho en el pasado; las ciencias del presente estudian la realidad jurídica de hoy. Aunque deba tenerse en cuenta siempre que en la realidad del Derecho actual repercuten las realidades jurídicas del pasado, por lo cual la separación no es jamás rotundamente tajante. Así el Derecho romano, que es un Derecho histórico, ha sido padre de la mayoría de los conceptos fundamentales que sirven de base al Derecho civil actual, el cual a su vez es la madre de numerosas ciencias jurídicas modernas; en tanto grado que todavía es estudiado por ciencia aparte en los planes de enseñanza de varios pueblos, sobre todo latinos, entre ellos en España.

3. Las ciencias jurídicas fueron clasificadas por los romanos según su contenido en dos grupos: Derecho público y Derecho privado. En las *Institutiones* compiladas por orden del emperador Justiniano (483-565), dícese que el Derecho público es el que pertenece al gobierno de la república romana, el Derecho privado el que afecta a la utilidad de los particulares. «Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est, quod ad statum rei romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet» (I, 1, 4).

Texto que depende de otro del jurista Ulpiano (170-228), recogido en el *Digesto* I, I, 1, 2, en donde el Derecho público es el que toca al culto, a las cosas divinas, a la paz y a la guerra, al establecimiento de las leyes, a los privilegios, a la imposición de los tributos y a la acuñación de la moneda, al castigo de los delitos, al ejercicio de la justicia y a la designación de los magistrados. El resto sería materia del Derecho privado.

Parece ser que el origen de esta distinción está en la clasificación de la justicia consignada por Aristóteles en el libro V de su *Etica a Nicómaco*, entre justicia política, que regula las conexiones del sujeto libre en la comunidad de la que forma parte; y justicia particular, fijadora de las reglas para las relaciones de los individuos entre sí, sea asumidos en proporción aritmética en la justicia conmutativa, sea tomados en proporción geométrica de méritos en la justicia distributiva.

Mas esta división no fue ni clara ni constante, como ha puesto de relieve A. H. J. Greednidge en su *Roman public life* (London, MacMillan and Co., 1930, pág. 62). Tal vez por ello, tal diferenciación coexistió con la de achacar al Derecho público las normas del «ius cogens» o derecho en el cual los preceptos vienen impuestos coercitivamente; y Derecho privado, aquél cuyas disposiciones eran establecidas por la voluntad de los individuos. Pero ni aun así resultó hacedero dar a esta distinción importancia mayor fuera de las escuelas donde Derecho se estudiaba.

Si tal diferenciación ya pareció imposible en la vida jurídica de Roma, mucho menos lo es hoy, en tiempos en los que la intervención de los gobernantes en las esferas privadas de los individuos se ha incrementado enormemente, y acrecienta más y más. Todavía pudo servir de criterio genérico en el siglo XIX, no obstante sus inexactitudes de límites; especialmente entre los romanistas, para quienes era asequible comprender sin mayores esfuerzos por el simple título los contenidos de libros del tipo del famoso *Compendio de derecho público romano* de Teodor Mommsen (traducido al castellano por

Pedro Dorado Montero. Madrid, La España Moderna, S. A.). Puede tolerarse como rasgo para polarizar dos esferas de la vida jurídica en el pueblo romano antiguo y, por analogía, en los sistemas jurídicos anteriores al siglo XX. Pero en los días de hoy la diferenciación carece de sentido doctrinal, conservando apenas si alcances pedagógicos. Las corrientes de socialización, predominantes hasta en los bastiones de los sistemas jurídicos cimentados en la ideal guía liberal, por un lado; de otro, la intervención reguladora del poder estatal incluso en las esferas más impensadas e íntimas de la conducta individual, hacen ver asistimos a un proceso de lo que pudiéramos denominar con palabra por fuerza rebuscada publicización del Derecho.

Así el Derecho administrativo, heredero de aquel Derecho de Policía todavía expresivo de la actividad de las autoridades de gobierno en el siglo XVIII, ha ampliado de tal manera su ámbito que excede en importancia al propio Derecho civil, otrora eje de los estudios jurídicos, cuyos linderos están siendo cada instante más recortados. Así el Derecho de trabajo ha conquistado sectores enteros arrancados al propio Derecho civil, desde que el Estado fija las reglas de las contrataciones laborales y hace suya la defensa de los intereses de los trabajadores manuales.

Todo lo que pueda quedar de esta distinción clásica, reiterada durante siglos pese a sus dificultades, es servir de punto de mira en la propedéutica de los estudios jurídicos; si se la recuerda ahora es porque sigue formando parte del vocabulario jurídico usual, tanto en las expresiones vulgares cuanto en los mismos ambientes de juristas. Parece ser mucho más conveniente clasificar las ciencias jurídicas en atención a su importancia actual, dado que la tendencia dominante en todas es el ensanchamiento de la intervención estatal en la vida de los ciudadanos y la socialización de las relaciones entre los individuos, directrices a las que no escapan ninguna de las disciplinas científicas del Derecho.

4. La tabla de las ciencias jurídicas en la segunda mitad del siglo XX pudiera ser en líneas generales:

A) Históricas.

a) Sin repercusión directa en el presente: Historia del Derecho, Historia de la legislación, Historia de las instituciones, Derecho feudal, Derecho griego, Derecho de los pueblos orientales, etc.

b) Con repercusión en el presente: Derecho romano, Derecho germano, Derecho eslavo, Derecho de Policía (en el Derecho admi-

nistrativo), Derecho del Príncipe o de la Cámara del Príncipe (en el Derecho político y en el Derecho constitucional), etc.

c) En vías de desaparición: Derechos bantúes, Derecho del «Adat» malayo, etc.

B) Actuales

a) En crisis: Derecho canónico (se va al Derecho eclesiástico).

b) Declinantes en su ámbito, pero vivas en su contenido: Derechos civil, mercantil, parlamentario, etc. Suelen coincidir con las del antes llamado Derecho privado.

c) Crecientes en su ámbito: Derechos constitucional, administrativo, tributario, hacendístico o fiscal; Derecho de las instituciones internacionales, etc. Pueden coincidir con las del antes llamado Derecho público.

d) De contenido constante: Derechos penal, procesal, internacional privado, notarial, etc.

e) De reciente aparición: Derechos del trabajo, económico, aéreo, del espacio, etc.

Insistiendo en que su número, ámbito y contenido varía a tenor de las alteraciones de la realidad jurídica y de los altibajos de las corrientes ideológicas.

5. Saber filosófico del Derecho es el conocimiento de los principios últimos, permanentes, invariables, seguros, universales y sistematizados en que se fundamenta el Derecho, en cuanto instauración de la justicia en la ordenada vida de convivencia entre los hombres.

Sus características son:

a) Las que tiene de común con el saber científico; a saber: seguridad de lo que se sabe; universalidad de la validez de lo que se sabe; y ordenación sistemática, jerarquizada y coordinada de los conocimientos.

b) Asentarse en la naturaleza humana, de acuerdo con el puesto que el hombre ocupa en el universo.

c) Comprender principios últimos, capaces de explicar y de justificar el contenido, la esencia y las manifestaciones del Derecho.

d) La invariabilidad de tales principios últimos, dado que corresponden a la radical esencia del hombre, independientemente de sus conductas concretas en las diversas etapas del acaecer histórico.

e) Fundamentar, delimitar, orientar y definir el contenido de los saberes científicos particulares.

f) Ser el saber supremo e inapelable del Derecho.

6. Los saberes jurídicos superiores, tanto científicos como filosóficos, tienden a la misma meta: racionalizar los saberes del Derecho para conseguir sistemáticas coherentes, seguras y universales. Bajo este aspecto, las temáticas de las ciencias coinciden con las de la Filosofía del Derecho.

Pero se diferencian en cuatro puntos:

a) Por su ámbito.

Las ciencias consideran parcelas delimitadas de la realidad jurídica, mientras que la filosofía abarca los principios de todas y cada una de ellas. Es que la filosofía estudia al Derecho como tal, en su esencia, características y criterios axiológicos; mientras que las ciencias estudian al Derecho en alguna de sus facetas: el castigo de los delitos y faltas en el Derecho penal; las relaciones laborales en el Derecho del trabajo; el ordenamiento procesal que asegura la aplicación de las normas substantivas en el Derecho procesal; las relaciones particulares entre los sujetos en el Derecho internacional privado; las relaciones de los órganos públicos con los particulares en el Derecho administrativo; etc.

b) Por su origen.

Las ciencias jurídicas nacieron de la racionalización de las técnicas jurídicas. El Derecho administrativo es el conjunto de reglas surgidas del análisis de las actividades del Estado respecto a los ciudadanos en asuntos extraños a la actividad política de éstos; el Derecho mercantil resulta del análisis de la actividad de los mercaderes, en lo que éste tenía de específico y separado de las normas generales del Derecho civil; el Derecho procesal ha sido ciencia desde que en tiempos harto recientes brotaron teorías explicativas de las instituciones de la administración de justicia, del proceso, de sus partes y de la fundamentación doctrinal de las actividades judiciales.

Por el contrario, la Filosofía del Derecho arranca de la contemplación de la naturaleza humana, desligándola de los marcos religiosos en que primeramente se movía con exclusividad. Si la filosofía general nace en Grecia de la racionalización de los mitos, la Filosofía del Derecho parte de los intentos de explicar qué sea el elemento subyacente a las instituciones y a las leyes, aclarándolo con arreglo a principios de justicia deducidos del análisis de la na-

turaleza humana y del puesto que el hombre ocupa en el conjunto de los seres. Bien entendido que esa racionalización de lo jurídico es el descubrimiento de las esencias y de los esquemas de una realidad mediante el empleo de la razón; mas sin que ello suponga excluir en los razonamientos la aceptación de las raíces religiosas de lo justo. Es la intelección racional de lo justo en la convivencia humana, sin negar los cimientos religiosos de la justicia ni que ésta fuera instituida por un Ser o seres superiores a los hombres.

De ahí que las ciencias posean el mismo ámbito limitado que las técnicas de las que brotaron, racionalizándolas; al paso que la filosofía conserva la capacidad de explicación total de lo jurídico, tal como la religión de donde procede quería explicar la totalidad de los problemas cosmológicos, antropológicos y éticos.

c) Por su contenido.

La Filosofía explica qué sea el Derecho como tal, sin adjetivos; en las ciencias el estudio está sujeto siempre a la temática del adjetivo que la caracteriza, referido a algún sector de la realidad jurídica: Derecho penal, Derecho tributario, Derecho romano. Pudiera escribirse sin temor a yerro que el único verdadero estudio del Derecho es el filosófico, porque es la sola consideración de lo jurídico válida por sí misma, sin necesidad de apoyos exteriores. Para contestar a la pregunta de qué sea el Derecho, entendida en su auténtica acepción de que sea lo justo en la convivencia segura de los hombres, no es preciso ir a buscar apoyos en los saberes técnicos ni aún en los científicos; puede sin más darse la respuesta por la razón, a través de la depuración aquilatadora y completadora del saber común o vulgar que todo ser humano posee merced a su racionalidad. En cambio, la construcción doctrinal de los saberes científicos es imposible si se carece de los principios filosóficos fundamentales, objeto de la Filosofía del Derecho. Puede saberse qué sea el Derecho sin conocer qué sea el robo estudiado por el derecho penal o qué sea la letra de cambio estudiada por el derecho mercantil; pero no puede saberse ningún tema del derecho penal o del derecho mercantil si antes ignoramos la adecuada contestación a la pregunta de qué sea el Derecho.

d) Por ser saberes jerarquizados.

De lo dicho se deduce la jerarquización que subordina las ciencias a la filosofía en el estudio del Derecho. Los saberes filosóficos señalan los principios supremos de lo jurídico, de los cuales dependen los principios más elevados que sirven de base a las ciencias jurídicas particulares. La filosofía proporciona el saber total del Derecho, las ciencias saberes de unos campos concretos de lo jurídico.

La filosofía es así superior a las ciencias jurídicas en el doble aspecto de la universalidad y de la fundamentación. Puede haber filosofía del Derecho aunque falte alguna de las ciencias diversas del Derecho; y efectivamente la ha habido y la habrá por más que cambie la enciclopedia de las ciencias jurídicas. Pero no podrá existir ciencia jurídica ninguna si falta la Filosofía del Derecho que la sirva de fundamento. La Filosofía del Derecho es siempre necesaria, el saber filosófico del Derecho es imprescindible; las ciencias del Derecho no son necesarias, antes nacen o perecen al giro de la circunstancia histórica, sin que ninguna de ellas como tal sea imprescindible para el estudio de la realidad jurídica.

7. Los saberes filosóficos del Derecho pueden entenderse de dos modos: saberes filosóficos propios y saberes históricos. Los saberes filosóficos propiamente tales son el sistema de la Filosofía del Derecho; los saberes históricos son el estudio de los diversos sistemas filosóficos formulados acerca del Derecho en el curso de los tiempos.

Los saberes filosóficos del Derecho propiamente tales han de responder a las preguntas siguientes: *a)* Qué es el ser jurídico; constituye la Ontología jurídica. *b)* Cómo el Derecho se manifiesta en la realidad de la convivencia humana; es la Sociología jurídica. *c)* Cómo se enlazan racionalmente las manifestaciones del Derecho entre sí y respecto al ser jurídico; es la Lógica jurídica. *d)* Qué criterios existen para valorar jurídicamente a las realidades sociales; es la Axiología jurídica.

El estudio de la Filosofía del Derecho no puede eludir ninguna de tales preguntas ni por ende prescindir de ninguna de esas partes, bajo pena de quedar incompleta y de no ser en consecuencia tal Filosofía, por definición omnicomprensiva y omniexplicadora. Aunque a lo largo de la especulación humana hayan predominado algunas partes sobre otras. Así el Derecho natural tuvo en cuenta sobre todo la Ontología y la Axiología jurídicas. Así en el siglo XIX la llamada Teoría general del Derecho, sucedáneo positivista del Derecho natural, mezcló preferentemente la Axiología y la Lógica jurídica. Así el influjo de las ciencias naturales colocó la Sociología en primer plano entre numerosos tratadistas. Así para bastantes autores modernos lo que importa del Derecho es más que nada el estudio lógico de las proposiciones junto con su encadenamiento coherente. Pero no cabe una Filosofía del Derecho digna de tal nombre si prescinde de alguna de esas partes ineludiblemente constitutivas del saber filosófico-jurídico.

Tabla de los saberes filosóficos del Derecho

Pudieran reducirse al siguiente cuadro:

- Saber filosófico del Derecho ... ...
  - Histórico: los sistemas filosófico-jurídicos a lo largo de la historia.
  - Sistemático o propiamente filosófico.
    - Ontología: el ser jurídico.
    - Sociología: manifestación del ser jurídico en la realidad social.
    - Lógica: encadenamiento racional de esas manifestaciones entre sí y respecto al ser del Derecho.
    - Axiología: criterios para valorar jurídicamente las realidades sociales.

8. La Filosofía del Derecho ocúpase de averiguar qué sea el ser jurídico, lo cual presupone el conocimiento del ser. En consecuencia, la Filosofía del Derecho está subordinada a la filosofía primera, que trata precisamente del conocimiento del ser. Los saberes de la Filosofía del Derecho son la transposición al ser jurídico de lo que definamos por ser en metafísica.

Por eso históricamente hay tantas filosofías del derecho como metafísicas hayan existido. La historia de los sistemas filosófico-jurídicos es el despliegue de las concepciones del Derecho, repercusión en el terreno jurídico de los diversos sistemas generales aparecidos al correr de los tiempos. En cuanto ciencia primera o metafísica, la filosofía indaga la realidad entera, al estudiar al ser en cuanto ser; dejando a las otras partes de la filosofía el conocimiento de los modos del ser en la realidad. En la Filosofía del Derecho el ser jurídico, que es uno de esos modos de la realidad del ser.

La multiplicidad de sistemas tiene lugar porque son la expresión de los tanteos de la inteligencia racional del hombre en su constante afán apasionado por la averiguación de la verdad. Dado que la razón humana es limitada e imperfecta, los sistemas filosóficos no alcanzan más que visiones imperfectas de la realidad, explican al universo y al hombre sujetos al error de las limitaciones características de la razón humana.

La verdad absoluta puede venir cuando las limitaciones de la naturaleza racional del hombre sean completadas por la gracia. Los antiguos apelaron a las simbologías poéticas de los mitos fabulosos; Platón inventó nuevos mitos para instrumentos del raciocinio; Aristóteles intentó encontrar la verdad de lo absoluto debajo de la realidad diversa de los seres, al dar sentido unitario a todos ellos en su teología racional o natural fundada en la necesidad de un primer motor inmóvil. Fue la expresión más acabada de hasta donde la razón humana, poderosa, pero sin ayudas, era capaz de alcanzar el conocimiento de la verdad absoluta, cifrado en Dios.

Fue precisa la revelación de la verdad absoluta traída por nuestro Señor Jesucristo para que las imperfecciones de la razón humana quedasen perfeccionadas y completas. No es que lo absoluto fuera inasequible para la razón, sino que la teología natural del Dios concebido por la razón era saber obscuro, sea en la manera del mito, sea como el conjunto de las ideas incorruptibles y perfectas, sea porque el motor inmóvil concebido por Aristóteles daba en suposición de Dios más que en conocimiento de Dios. El orden de la gracia, traído por Cristo, no va a anular el orden de los saberes racionales; pues que la gracia es perfección de la naturaleza, nunca su aniquilación. Como Santo Tomás escribió comentando a Boecio, «dona gratiarum hoc modo naturae adduntur: quod ea non tollunt sed magis perficiunt; unde lumen fidei quod nobis gratia infunditur non destruit lumen naturalis cognitionis nobis naturaliter inditum» (*In Boetium de Trinitate* II, 2 c).

La consecución de la verdad absoluta es el resultado de la conjunción del esfuerzo racional humano con la revelación divina. Se conoce, naturalmente, con la razón humana y su resultado es la filosofía, con seguridad en los saberes adecuada a la seguridad del acierto de la razón imperfecta. Se conoce sobrenaturalmente gracias a la fe, con una verdad cuya seguridad radica en la revelación que de Dios procede. Sin contradicción entre ambos saberes, porque los dos provienen de Dios; la razón por la vía indirecta de la creación, dentro de la cual el hombre es racional y libre; la revelación, por una enseñanza directa de Dios.

Para el cristiano la cuestión está en atemperar la seguridad de la certeza de los dos órdenes del conocimiento: el filosófico, incluyendo en él la teología racional, que es lo que sabemos de Dios usando de nuestra razón; y el dogma revelado. De la utilización exclusiva de la razón nacen los diversos sistemas filosóficos, hijuelas de la tenaz y siempre insaciable pasión humana de la curiosidad en búsqueda de la verdad; de completar a la razón imperfecta con la

revelación resulta la única posibilidad de llegar a la posesión de la verdad, antes obscurecida por defectos de nuestro entendimiento, «propter defectum intellectus nostri» (*Summa theologica* Prima, I, 6, ad secundum).

Al suplir las imperfecciones de su saber racional con la ayuda de la revelación traída por Jesucristo, el cristiano supera el relativismo de las verdades de los dispares sistemas filosóficos en la verdad perfecta que se apoya en Dios. Por tener en cuenta, además de los datos de la razón, los datos de la revelación, el cristiano está en condiciones de razonar sobre bases más seguras. Si luego no descubre en el campo del Derecho qué sea lo auténticamente justo en la convivencia social, será porque la razón sigue razonando imperfectamente, a tenor de las limitaciones de su naturaleza, apasionada por la verdad mas sujeta siempre a tropezar en errores. De este modo, con el auxilio de la revelación, resulta hacedero para el cristiano vislumbrar entre las verdades racionales propugnadas por los distintos sistemas filosóficos, una verdad absoluta: la de una concepción del Derecho en la cual lo concluido por la razón pueda verse confirmado por las enseñanzas directamente recibidas en la revelación de Dios.

La verdad no se alcanza en la Tierra; pero la aproximación a la verdad es mayor para el cristiano, porque agrega los saberes revelados a la luz de sus saberes racionales. La Filosofía cristiana del Derecho, aunque sometida a las quiebras de la razón falible, discurre por unos cauces más seguros que los de los sistemas estrictamente racionales, atenidos exclusivamente a los posibles yerros de la razón falible de los hombres.

La sujeción de la Filosofía cristiana del Derecho a los dogmas revelados no implica subordinación a las indagaciones acerca de los dogmas revelados en lo concerniente a Dios, que es la materia correspondiente a la teología. Ambas al par, teología y filosofía, están para el cristiano incardinadas al dogma, pero separadas entre sí por razón de la materia: la Filosofía cristiana contempla al mundo desde el dogma cristiano, la teología estudia a Dios desde el dogma revelado. Por eso hay una Filosofía del Derecho, pero no una Teología del derecho. Sería tan absurdo hablar de una teología del Derecho como hablar, cual hoy confusamente suele hacerse, de una teología de la revolución o de una teología del sexo. Derecho, revolución o sexo pueden tener su filosofía y, desde el dogma cristiano, cabe una Filosofía cristiana del Derecho, una filosofía cristiana de la revolución o una filosofía cristiana del sexo. Pero no una teología de la revolución, ni una teología del sexo ni una teología del derecho; porque Dios no convive con los hombres en conviven-

cia terrena, ni realiza actos carnales ni baja a enardecer revoluciones. Este es otro más entre los confusionismos causados por malhadadas interpretaciones del Concilio Vaticano Segundo.

de lado cuanto no sea el pensamiento brahmánico. Por lo cual no tomaremos en consideración ni al budismo ni al jainismo, las dos poderosas concepciones del mundo y de la vida que recogen, a la vera de ecos del brahmanismo, influencias de las civilizaciones prearias extendidas entre el Himalaya y el golfo de Bengala, cuando asoman al doblar el año 500 antes de nuestra era. Tampoco tendremos en cuenta las repercusiones del Islam, aunque presente tinte islamizado gran parte del Derecho practicado desde los siglos XV al XIX bajo los grandes Mogoles, en especial en lo que afecta al derecho penal. Ni menos, según antes se dijo, el que pudiéramos apellidar Derecho nuevo, sea bajo el dominio inglés en el período que corre desde 1857 hasta 1947, sea después de la independencia en el 15 de agosto de este último año.

En el brahmanismo existe, aunque con dudas, una filosofía del Derecho, es cierta una técnica paralela al Derecho, pero no hay cabida para una ciencia del Derecho. A causa de que hay una ética y una política autónomas, aunadas en una filosofía de constante raíz religiosa en la cual los ingredientes ético y político del Derecho, la justicia y la seguridad en la convivencia, pueden juntarse en cierta mentalidad fatalista de la vida terrenal, empero sin fundirse nunca. Pues la ética y la política en el brahmanismo se mezclan sin integrarse; el punto de enlace es religioso, estrictamente religioso.

Es el brahmanismo la herencia de la tradición védica, esto es de la concepción del mundo traída a la India por los invasores arios de hace cuatro mil años, viva hasta nuestros días con tan robustos vigores que sigue siendo la fe profesada por la mayoría de las gentes del subcontinente, mientras es evidente han ido debilitándose siempre las demás tendencias; por más que algunas parecieran gozar de hegemonía durante algún período, como el budismo bajo el emperador Asoka en el siglo III antes de nuestra era; hegemonías transitorias, pues a la postre el brahmanismo recuperó el favor mayoritario de los indios.

Tal como ha llegado hasta nosotros, la tradición védica está consignada en los *Veda*, colección tardía de textos sagrados, transmitidos oralmente a lo largo de muchas generaciones entre los miembros de la casta sacerdotal o brahmanes. Los *Veda* son cuatro: el *Rgveda*, formado por 1.028 «sukta» o himnos, agrupados en diez círculos o «mandala»; el *Samaveda*, constituido por melodías cantadas en los sacrificios por el «udgatar» o brahman oficiante en ellos; el *Yayurveda*, en sus dos redacciones del *Yayurveda blanco* y del *Yayurveda negro*, colección de fórmulas rituales que eran las sagradas estrofas recitadas en los actos del culto o «yayu» por el «advardyu» o exorcista; y el *Atharvaveda*, probablemente el más antiguo de todos ellos en razón de su vocabulario de palabras existentes también en el prepersa primitivísimo, debió ser el conjunto de admoniciones usadas por los sacerdotes del culto del fuego o «atharvan», hermanos de los «atarssh» o sacerdotes avésticos de las comarcas del suelo iraniano originario, verdadero amasijo de incitaciones mágicas en todos los aspectos de la magia; como lo prueba ser su nombre completo el de *Atharvangirasah, Los atharvas y los angiras,*

7. Para el significado de los *Vedas* en general, HEINRICH ZIMMER: *Filosofías de la India*. Traducción castellana. Buenos Aires, Eudeba, 1965, págs. 265-281.

8. A este respecto, WILLIAM DWIGHT WHITNEY: *A sanskrit grammar, including both the classical language, and the other dialects, of Veda and Brahmana*. Tercera edición. Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1896, págs. 1-2.

los magos que recitan respectivamente imprecaciones benévolas y los que recitan maldiciones.

Las palabras de los *Vedas* no son reveladas; pero su valer es mayor, porque es eterno, más allá de ninguna revelación. Hay en sánscrito —el idioma sagrado llamado literalmente «devanagari» o lenguaje de los dioses, incluidos los divinos brahmanes— una palabra especial para designar los textos de los *Vedas*: «çruti», intraducible a ninguna otra lengua, porque significa tanto autoridad sagrada como fuerza suprema, tan suprema que tiene poder para domeñar a los mismos dioses, los cuales han de escucharla forzosamente [9].

Ello se debe a que el sacrificio a los dioses posee en el hinduismo significación distinta al que supone en las demás religiones. Generalmente en las religiones de todos los tiempos, el sacrificio es acto de culto hacia un dios a quien se busca propiciar, moviendo la voluntad divina para que conceda beneficios o evite males al que ejecuta el acto devoto. En el hinduismo, por el contrario, al igual que en muchos ritos mágicos de los pueblos primitivos, en el sacrificio védico, o sea el que tiene lugar empleando las palabras de los textos védicos, se ordena y no se impetra a los dioses. Lo que trae consigo que los dioses hayan de obedecer a los sacrificios; no es el de los dioses acto de benevolencia generosa hacia quien les implora, sino obligación de ejecutar aquello que en el rito védico se les ordenó. Cual ha subrayado Surendranath Dasgupta en *Indian Idealism, El idealismo indio*, para los creyentes en el brahmanismo los sacrificios eran más poderosos que los dioses, los cuales están forzados a cumplir lo que en los sacrificios se les manda con tal que los actos rituales sean debidamente realizados con palabras védicas e independientemente de que les guste o no les guste obedecer; tanto es el poder de los sagrados textos [10]. La fuerza está en la mágica energía de las palabras, no en la voluntad divina. De ahí que los sacrificios realizados con arreglo al rito védico sean más importantes que los dioses.

Por encima de los dioses y de los hombres está el orden del mundo, un orden que solamente consta en las palabras de los *Vedas*. Orden que abarca todos los aspectos del ser: «rta» tanto vale en sáscrito por orden como por derecho o por justicia. Es que el «yajña» o sacrificio es una realidad absoluta, una fuerza suprema, la «çruti» que los dioses «oyen». Más que una teología, el hinduismo construye sobre los *Vedas* una metafísica; pero una metafísica activa, de hechos, hechos que son los ritos en los *Vedas* consignados. Sabio es el «rsi», el que lee los textos y en su lectura «empuja» a los dioses para que a su vez ordenen el universo [11]. O el «pathaka», que significa sencillamente el lector o el recitador.

La realización de lo requerido en los ritos dícese en los textos védicos el «dharma»; en escritos posteriores cambiará desde expresar el exacto cumplimiento de los ritos significar el cumplimiento de los deberes dentro del orden del mundo; transición fácil, ya que el orden objetivo del mundo está escrito en los textos védicos, por encima de la voluntad de los hombres y de los dioses. Si «dharma» ha sido traducido por algunos grandes indólogos, como Paul Deussen en su *Die nachvedische Philosophie der*

9. De ahí su raíz: çru, oír, escuchar.
10. Cambridge, University Press, 1962, pág. 1.
11. De la raíz rs, empujar, mover, poner en movimiento.

Inder, La filosofía postvédica de la India[12], todavía en los *Vedas* es el mero resultado del sacrificio, el cumplimiento de lo que el sacrificio imponía a los dioses[13]. Es la efectividad de la fuerza mágica que no puede ser vista con los ojos de la carne, la que dícese en sánscrito la «adrsta», lo invisible, la potencia misteriosa ordenadora del mundo.

Por ello el orden inviolable de las cosas, el «rta», tal como se halla expresado en los textos védicos, se halla por encima de los dioses. La parte de ese orden que corresponde a cada ser dentro del orden universo será la segunda acepción del «dharma». Pues por su raíz «dha» o poner, «dharma» es lo puesto, lo establecido, la manera de ser, lo que corresponde a la naturaleza de cada ser.

No se trata de una norma moral, sino de una realidad natural. El sujeto es perfecto si cumple con su «dharma», si actúa de acuerdo con su naturaleza; es imperfecto si no lo cumple, si no obra de acuerdo con su naturaleza. La idea de la virtud o del pecado carece en el hinduismo del sentido ético de referencia a lo bueno o a lo malo que tiene en la especulación occidental. Es bueno quien obra a tenor de su «dharma», aunque cause males o ejecute actos que aparezcan moralmente dañosos. La distinción entre actos blancos o virtuosos, «çukla», y negros o pecaminosos, «krsna», dependen de que respondan a la naturaleza de quien los hace. El renacimiento en otra vida o activo «karma» está sujeto a que en la vida presente se actúe de modo natural, puntualiza Surendranath Dasgupta en su *A history of Indian philosophy, Historia de la filosofía india*[14]. Porque, tal como se le concibe en Occidente, el punto de vista moral no existe en la India, concluye René Guénon en su *Introducción al estudio de las doctrinas hindúes*[15]. Es que la acción o «karma» sigue a la naturaleza o «dharma», sea cualquiera el sentido, bueno o malo, recto o torcido, de la condición de esta naturaleza peculiar.

Entre los seres humanos el «dharma» varía según la casta, «varna» o color. Los brahmanes o sacerdotes, los ksatriyas o guerreros, los vasiyas o comerciantes y artesanos, los sudras o servidores son las cuatro castas, a cada una de las cuales corresponde un «dharma» respectivo. En los tratados llamados *Enseñanzas secretas* o *Upanisad*[16], lo mismo que en sus parejos las *Reflexiones del bosque* o *Aranyaka*, que son las construcciones incipientes de la filosofía hinduista compuestos como comentarios a los *Vedas* por gentes extrañas a la casta de los brahmanes, ya el «dharma» aparece como lo necesario a cada casta, como la virtud obtenida por obrar de acuerdo con la naturaleza. Es cuando el «dharma» cobra plenamente el sentido filosófico de su etimología, el que está en la raíz «dhr», sostener, poner, llevar. Desligado del texto védico, «dharma» ahora es lo que mantiene al mundo.

Ello se debe a que en los *Upanisad* el camino del rito o «karma-marga» de los *Vedas* viene poco a poco sustituido por la vía de la meditación o del conocimiento, por la «jñana-marga». Los ritos diluyen su contenido absoluto a medida que van siendo analizados con la razón, en la medida en que una

12. Leipzig, F. A. Brockhaus, I (1920), 357.
13. SURENDRANATH DASGUPTA: *Indian Idealism*, 2.
14. Cambridge, University Press. Seis tomos. Cita al I (1963), 71.
15. Versión castellana. Buenos Aires, Losada, 1945, pág. 181.
16. Upa-ni-sad: el que se sienta cerca; o sea, el que aprende un secreto.

interpretación pretende apurar sus significados, más allá del estrecho rigorismo mágico de las fórmulas todopoderosas.

En este segundo momento el «dharma» reside en la naturaleza más que en el vocablo rezado ritualmente. Es el camino dentro de la vida social para hacer efectiva la fórmula máxima del viejo brahmán Arumi, sintetizadora de todas las especulaciones brahmánicas: «tat tvam asi», eso eres tú. Ahora ya el hombre descubre su verdadero ser, su yo profundo, su «atman», a través de la meditación; llegará así a encontrar lo absoluto, el principio divino o «brahma» dentro de sí mismo, ahondando en la contemplación de su naturaleza. La racionalización filosófica en la India, sin embargo y a diferencia de cuanto aconteció en Grecia desde Tales de Mileto, no reniega ni elude el mito simbólico consagrado en la letra de los *Vedas*. En la India la racionalización es el encuentro con lo divino, no el apartamiento de lo divino. El griego, padre de la civilización occidental, contrapone siempre al hombre con los dioses; de ahí que al utilizar la razón, la filosofía no pueda dejar de ser la racionalización de los mitos religiosos. En la India brahmánica sucede cabalmente lo contrario: el filósofo se identifica con el principio universal divino o «brahma» a través de meditar su yo profundo o «atman»; la filosofía profundiza a la religión en lugar de excluirla o eludirla. Lo divino está dentro y no fuera del hombre y, en consecuencia, la filosofía acepta el mito; la razón interpreta, no suplanta lo que en los libros védicos sagrados estaba escrito. El conocimiento o «jñana» lleva a los dioses, no aparta de los dioses; pues lo divino o «brahma» está dentro y no fuera del hombre que razona. No existe en el brahmanismo dualismo entre el yo y el mundo, ya que la «prakrti» o naturaleza lleva dentro la «purusa» o espíritu. Las «vikara», o variaciones múltiples de los aspectos de la naturaleza, dependen de la autotransmutación de lo divino en cada ser; el mundo es irreal en cuanto resulta del «maya», de la forma construida por los dioses[17]; pero su irrealidad se apoya en la objetividad del principio divino que llevamos dentro de nosotros, en el «brahma». Esto es, en lo que descubrimos filosofando sobre nuestro «atman», sobre nuestro profundo y verdadero yo.

La doctrina nueva del «dharma» logra su expresión más acabada en el *Canto del Señor bienaventurado* o *Bhagavad-Gita*, una parte del poema *Mahabharata*, en el libro VI, Bhismaparvan, parte 6.ª; el poema cuyas cien mil estrofas relatan la lucha de los Pandavas contra los Kauravas por el trono de Hastinapura. El *Canto del Señor bienaventurado* es en su forma actual la condenación de varios tratados filosóficos, como ha demostrado Rudolf Oto en su *Die Urgestalt der Bhágavad-Gita, La composición original del Bhágavad-Gita*[18]; es la conversación entre el valeroso Arjuna, capitán y vástago de los Pandavas, con el dios Krisna, bajado a la tierra para ayudarle, antes de comenzar la batalla más famosa de la épica legendaria hindú.

En el *Bhagavad-Gita* es el «dharma» tan pura naturaleza que el mal consiste en apartarse de él, aunque fuese para practicar otro «dharma» más perfecto, como pudiera ser el caso del vasiya o del ksatriya que aspirara a vivir santamente cumpliendo las reglas propias de un brahmán, en el XVIII, 48 dícese: «No debemos abandonar la actividad para la cual hemos nacido, aun cuando vaya acompañada de un mal; porque a todo cuanto

17. De la raíz mā: formar, construir, preparar.
18. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1934.

hagamos acompaña el mal, lo mismo que el humo acompaña al fuego.» Y en el XVIII, 47: «Es mejor el «dharma» tarea de nuestra propia vida, aunque sin valor ni calidades, que el «dharma» ajeno bien realizado; quien ejecuta las actividades atañentes a su naturaleza no se corrompe.»

A tanto extremo se llevan en el *Bhagavad-Gita* las consecuencias de que cada casta posee su código de actividades propias, que incluso a cada «dharma» toca su tipo de alimentación: los alimentos suaves van bien al «sattva» o piedad de los brahmanes; los agrios y picantes a los que tienen el violento «rajas», como los ksatriyas; la comida abundante en grasas a los vasiyas, destinados al «tamas», al trabajo físico (XVII, 8-10).

Cumpliendo su «dharma» peculiar es como el hombre, cada hombre, asciende a la verdad; así como apartándose de su «dharma», aunque sea para practicar otro más perfecto, entra en la confusión y trae la confusión al mundo. Es que, al salir del propio «dharma», rompe el «rta», el orden cósmico. Siendo de notar que en sánscrito la verdad es «sat-ya»; palabra con la que también dícese la esencia de los seres, ya que tiene la misma raíz que ser o «sat». Es que lo ontológico y lo gnoscitivo funden en este significativo vocablo el entero contenido de la concepción brahmánica del mundo.

Que el «dharma» intransferible proporciona la verdad a cada ser está reflejado en la antigua leyenda del rey Asoka, el grande emperador que dominó casi la India entera en el siglo III antes de Cristo. Está recogido en el *Milindapañha* o *Preguntas del rey Milinda* del siguiente modo: estando Asoka a orillas del Ganges en su capital Pataliputra preguntó a sus ministros si sería posible hacer correr hacia arriba las aguas del río, respondiéndole unánimes que tal cosa parece inconcebible; oyó la conversación una refinada prostituta llamada Bindumati, quien disintió, y en pruebas se ofreció a cumplir el milagro mediante la realización de un acto de verdad; para ello cumplió enteramente su oficio en un acto de verdad, esto es, plena y efectivamente, y el río remontó al instante su corriente [19]. La conclusión es que, incluso el acto de verdad en el oficio de prostituta ejecutado plenamente de acuerdo con el «dharma» correspondiente, es un supremo acto de verdad, con el cual resultan hacederos hechos imposibles. Todo oficio, por menospreciado que sea, es recto si se realiza de verdad a tenor del «dharma», dado que la verdad o «satya» consiste precisamente en que el sujeto se identifique con la realidad profunda de su ser verificando el «dharma», verdad profunda que es el «brahma» o principio divinal del universo. Solamente es lícito en esta acepción traducir al «dharma» por rectitud de vida, cual lo hace John B. Chethimattan en su *Pattern of Indian thought, Categorías del pensamiento indio* [20].

Tal es la acepción del «dharma» que sirve de tema a los tratados de reglas para la vida social, colecciones de reglas del «dharma» bastante abundantes. Entre otros el *Dharma-çastra* de Gautama, inspirado en el *Atharvaveda;* el de Vasistha, compilado en el norte; el de Baudhayana, dependiente del *Yayurveda negro,* que también sirve de fundamento al de los Vaisnavas. Siendo el más célebre el *Manava-dharma-çastra,* impropiamente vertido al castellano y a otras lenguas occidentales por el *Código de las leyes de Manú.*

19. A este respecto, EUGENE WATSON BURLIGAME: *The act of truth (Saccakiriya). A Hindu Spell and its employment as a psichic motiv in Hindu fiction.* En el *Journal of the Royal Society of Great Britain and Ireland* de 1917, págs. 439-441.
20. London, Geoffrey Chapman, 1971, pág. 59.

Contemporáneo del poema *Mahabharata*, o sea redactado alrededor de los dos siglos anteriores y los dos posteriores a nuestra era, aunque recogiendo numerosos trechos cuyo origen se pierde en la noche de los tiempos. Error en la versión, porque se le traslada cual si fuese un cuerpo de legislación dictado por un personaje de altísima grandeza, cuando ni es código jurídico, ni sus reglas pueden ser calificadas por leyes, ni Manú es otra cosa que el símbolo que anuda la realidad social a las magnas concepciones religiosas mitológicas de la primitiva teología del hinduismo, anterior incluso a la invasión de la India por los arios, antes que se escindieran del tronco ario primitivo los iranios persas de los que pasaron a la India.

Del mismo modo Manú no es personaje legendario, ni el dios ordenador de quien se escuchan las leyes dadas al orbe de los hombres, cual resulta del libro I, 1 del *Manava-dharma-çastra*. Si da leyes al mundo, es porque es el principio creador del mundo (I, 33); la inteligencia cósmica, en suma. En efecto, la palabra «Manu» proviene de la raíz «mana», que indica inteligencia; tanto que el hombre es apellidado «manava» a causa de poseer la inteligencia o «mana». Las llamadas *Leyes de Manú* son normas reguladoras de las jerarquías de los seres del universo entre sí a fin de hacer efectiva la armonía del presente ciclo histórico.

No son leyes propiamente jurídicas, porque miran a fijar la estructura metafísica del cosmos. Si inciden en la vida de convivencia de los hombres es por proyección del orden cósmico, construido alrededor de la santidad de los brahmanes, no porque sea su objeto regular las relaciones sociales.

De ahí no sea posible deducir del *Manava-dharma-çastra* ninguna ciencia jurídica autónoma. Porque si es verdad que en esta obra están regladas las conexiones sociales y precisadas las clases características de la sociedad hinduista, la jerarquía de la sociedad instituida en I, 31, vale porque el universo entero, y no ya la sociedad humana, está subordinado a la supremacía de la casta de los sacerdotes o brahmanes depositarios de la verdadera sabiduría. Es el sentido con el cual se dictan reglas para cada clase, como aplicación de un orden natural de cada «dharma», no de un orden social ni de una jerarquización política. En I, 88, compete a los brahmanes el estudio y la enseñanza de los *Vedas*, así como el cumplimiento de los sacrificios; en I, 89, toca a los ksatriyas la protección del pueblo y el gobierno benévolo de las gentes; en I, 90, achácase a los vasiyas el cuidado de los ganados, el comercio, la labranza de las tierras; en I, 1, pónese por oficio de los sudras servir a las tres castas superiores. Pero trátase de un orden natural, no de un ordenamiento social; ni siquiera de un ordenamiento específicamente social aunque basado en la naturaleza, porque la naturaleza se realiza directamente en las condiciones de las clases independientemente de cualquier consideración de vida humana en comunidad. No es Derecho; son normas teológicas aplicables a los hombres. Tal vez en ello radique la causa de su supervivencia; la más famosa y seguida compilación pormenorizada de los derechos y deberes de las castas, la llevada a término por J. A. Dubois a comienzos del siglo XX, sigue a la letra los dictámenes consignados en el *Manava-dharma-çastra*, índice de su vigencia en nuestros días [21], por encima de cuantas mudanzas hayan variado la situación actual de las gentes habitantes en la India.

21. Manejo la tercera edición inglesa, revisada por el profesor de la Universidad de Madrás HENRY K. BEAUCHAMPS. Oxford, at the Clarendon Press, 1953.

La posible influencia en el derecho positivo está en que aparecen jugando el papel de intermediarias entre los sacratísimos y eternos libros védicos respecto a la vida social de cada instante. Es lo que el propio texto del *Manava-dharma-çastra* declara en VIII, 41: «Un rey virtuoso, después de haber estudiado el «dharma» de cada clase y las leyes de cada provincia, los reglamentos de las compañías de mercaderes y los usos de las familias, les dará fuerza de ley, cuando estas leyes, estos reglamentos y estos usos no sean contrarios a los preceptos de los libros revelados.» La función jurídica del *Manava-dharma-çastra* es indicar el criterio para que las leyes positivas no se opongan a los oscuros libros del *Veda*.

Por lo cual lo que vale del *Manava-dharma-çastra* es esta tarea transmisora, reguladora, de trasladar la teología a la realidad en la convivencia. Pero siempre desde la teología. La misma separación de castas no consta clara en el *Rgveda*, cual ya observó Emile Burnouf en su clásico estudio acerca de *Las religiones, literatura y constitución social de la India* [22]; aunque estén implícitas, su ordenación efectiva procede de esta aplicación, interpretación y desarrollo de las prescripciones teológicas de los *Vedas*, que es lo que en definitiva resulta ser el *Manava-dharma-çastra*. La identificación misteriosa entre orden y Derecho, oscurísima incluso para críticos de la talla de Alfred Hildebrandt en su *Altindische Politik* o *Política de la India antigua* [23], es el tránsito del orden cósmico general a esta parcela suya que es el orden social; siendo el *Manava-dharma-çastra* la fijación de los modos en que tal tránsito pueda realizarse. Siempre siguiendo el hilo de la línea señalada por el concepto central del «dharma», como naturaleza humana ineludible, de la cual el orden social nace por directa aplicación exigida por la teología. Apéndice de la teología, enmarcado en un orden natural cosmológico, del cual resulta imposible deducir una ciencia del Derecho.

Planteamiento distinto es el que sucede en el siglo IV antes de Cristo, con la *Kautilyarthaçastra* de Çanayka, apodado Kautilya, ministro del rey Chandragupta, contemporáneo de Alejandro Magno, quien expone ya una tabla de saberes técnicos donde asoma una clara reducción del orden social a la acción política independientemente de los postulados religiosos.

Es el *Artha-çastra* libro de consejos políticos, del cual en todo caso pudiera salir muy forzosamente algún atisbo de ciencia de la política, si es que cabe ciencia de la política en la definición del arte de gobernar a secas, en manera realista hasta el cinismo, pragmática en sus eficacias, una racionalización del modo de gobernar parecida a la que luego llevará a cabo dos mil años después Nicolás Maquiavelo en la Italia del 1500. Pero jamás un libro jurídico, del cual pueda brotar una ciencia del Derecho. Apurando las cosas, ni siquiera una ciencia política, porque es más «art du gouvernement» que una teoría del Estado, por repetir las palabras de P. Masson-Oursel, H. de Willman-Grabowska y Philipe Stern en su *L'Inde antique et la civilisation indienne, La India antigua y la civilización india* [24].

Kautilya seculariza el arte de mandar disociándolo de las fuentes religiosas del pensamiento brahmánico, de las que no admitió más que la adscripción natural de cada hombre al «dharma» propio de su casta. Al margen de lo religioso, distingue tres clases de saberes: *a)* la «anvikçaki» o indaga-

22. Traducción castellana. Madrid, La España moderna, s. a., págs. 179-180.
23. Jena, Gustav Fischer, 1923, pág. 24.
24. Paris, La Renaissance du livre, 1933, pág. 110. También en la 116.

ción, que somete a criterios de la razón humana el «dharma» establecido por los textos sagrados, en claro proceso de secularización señalado por Louis Dumont en su *Homo hierarchicus* [25]. *b)* La economía o «varta», que procura el fomento de la agricultura y el comercio. Y *c)* la «dandanity» o arte de mandar, cuyo objeto es aprender a «adquirir lo no adquirido, a guardar lo que se tiene y aumentar lo que se tiene», según la definición en el *Artha-çastra* mismo I, 4, 4-6.

De la «anvikçaki» o arte de inquirir nació la filosofía o «atmavidya»; literalmente saber del yo, como resalta S. Radhakrisnan en su *Indian philosophy, Filosofía india* [26]. La economía y la política únense en el «artha», definido en el *Artha-çastra* XV, 1, 1, como el arte de la subsistencia de los hombres. A diferencia de los saberes del «dharma», cuyo origen es siempre religioso, los saberes del «artha» carecen de toda conexión con el deber, ni siquiera en el sentido natural de la ética de las castas. En el *Artha-çastra* VII, 43, dícese cómo la «varta» o economía no se aprende con los maestros doctos, sino en el trato de las gentes vulgares. Y en cuanto a la «dandanity» es el arte de mandar; esencialmente soldados, porque es la ampliación de la palabra «danda» o ejército; y esencialmente en modo violento, porque «danda» asimismo significa palo; el arte de mandar a amigos y enemigos, imponiéndoles la voluntad del príncipe, según la definición que también se da en el *Artha-çastra* I, 4, 3. Arte real, porque «danda», amén de tropa y de palo, significa además el cetro de los reyes.

El «artha» es un arte, parejo al del «kama» o de los placeres. La codificación de las astucias útiles para mandar no tiene nada de jurídico. «Dharma» y «artha» son saberes que jamás se encuentran, salvo en el hecho de que el «artha» cuente entre sus astucias la de utilizar la realidad social de las castas fundadas en el «dharma» como un elemento más para sus juegos políticos de asegurarse el mando. Ni siquiera es la ciencia política, que en sánskrito debería expresarse más bien por «niti» o saber de la conducta discreta [27], si no por el «sara» o esencia del gobierno. Es un arte oportunista de mandar para engrandecer a los príncipes con el fomento de los bienes en la economía y con el mando a secas en política. Aunque Marinette Dambruyant, prologando la versión francesa del *Artha-çastra* haya definido a su autor como el fundador de la ciencia política [28], la verdad es que de lo que se trata es de un oportunismo provechoso. El dato de que consagre el libro III a los jueces y el IV a los castigos penales nada obsta en contrario; porque no los considera desde un ángulo que en Occidente calificaríamos de jurídico; lo que enseña es la manera de hacer de los jueces instrumentos dóciles del poder real y de aplicar las penas en sentencias dictadas, más que con arreglo a la justicia, de acuerdo con las conveniencias del príncipe que manda.

En cuyo sentido el *Artha-çastra* choca con el pensamiento brahmánico, por más que esté dentro de él por el autor y por el idioma. Lo que refleja es la situación de una India fragmentada en numerosos principados, todos ellos luchando entre sí en guerras sin escrúpulos donde la única justificación está en la victoria, tal cual era la India de los siglos IV y III en los que Çanayka vivió. Muy diferentes son otros tratados de consejos beneficiosos

25. Versión castellana. Madrid, Aguilar, 1970, pág. 378.
26. London, George Allen and Unwin. Dos tomos. Cita al II (1931), 18.
27. De la raíz ni: gobernar, dirigir.
28. Paris, Marcel Rivière et Cie., 1971, págs. 12 y 34.

para el gobernante, como los *Cinco tratados* o *Pançatantra*; la *Instrucción de lo beneficioso* o *Hipotadeça;* o el *Barhaspatya Artha-çastra* o aforismos revelados por el dios Bráspati, canciller legendario del dios Indra; e incluso en *Nitisara* o *Dirección para el gobierno* redactado por Kamandaki, posterior a la obra de Çanayka en varios siglos [29]; porque todos ellos son máximas de corte moralizador, consejos y amonestaciones para el buen gobierno, materia muy remota del descarnado cinismo oportunista del técnico en mandar que fue Çanayka. Que por ende constituye una excepción en el pensamiento hindú, puntualizada por Giuseppe Tucci en su *Storia della filosofia indiana, Historia de la filosofía india* [30].

En el terreno legal, la secuela está en que la «dandanity» trae consigo la validez de las leyes positivas con independencia de las fundamentaciones religiosas. En el *Artha-çastra* está escrito que «si todas las leyes sagradas desapareciesen, es el rey quien restablecería el derecho sagrado para asegurar la conducta recta de los hombres, la cual consiste en la diversificación en las cuatro castas» [31]. Con lo cual la fundamentación queda relegada, pero la existencia de las castas se justifica siempre en virtud de otro principio: el del orden social. Si bien es verdad que es el trono el que hace al rey ser rey, puesto que es tal por el hecho de sentarse en él, como ha demostrado Jeannine Auboyer en su libro *Le trône et son symbolisme dans l'Inde ancienne, El trono y su simbolismo en la India antigua* [32], lo que eleva el monarca a su condición de tal monarca es el bastón; arte político por excelencia ya que es el castigo, y solamente el castigo, lo que mantiene a los principados, según se leía en el libro VII, versículos 18 a 24, del *Manava-dharma-çastra.*

Apareciendo así un nuevo tipo de leyes desligadas de las raíces teológicas de la civilización brahmánica, aunque en los resultados el orden social de castas quede siempre justificado por el mejor para la existencia del orden en las sociedades. Pero su estudio será según sus fundamentos: el arte político de la oportunidad, sin la más mínima concesión a la justicia. Son normas de convivencia, pero no normas justas; y al prescindir de la justicia en su establecimiento y en su valoración, dejan de ser normas propia y verdaderamente jurídicas. Son instrumentos del arte político de mandar, nunca bases para una ciencia del Derecho.

Saltaríamos así a una situación que después ha venido a plantearse en la India contemporánea, cuando tuvo lugar el choque entre el derecho brahmánico y el «common law» importado de Inglaterra. Baste leer alguno de los numerosos estudios modernos para darse cuenta de ello, por ejemplo, por citar alguno, el titulado *A study in Hindu social polity, Un estudio sobre la política social hindú,* de Chandra Chakraberty, en sus desesperados esfuerzos, por lo demás inútiles, para acercar las estructuras de las castas, fundadas en la naturaleza teológicamente definida e inmutable por tanto para los legisladores, a otras concepciones jurídicas en las que se prescinda de ellas [33]. Porque sí puede haber una ciencia jurídica basada en estos derechos; pero resulta imposible dentro del marco, por lo demás monumental, de la concepción brahmánica del mundo.

29. Puede leerse en inglés, vertido por MANMATHA NOTH DUTT. Calcuta, Wealth of India Series, 1896.
30. Bari, Laterza, 1957, pág. 16.
31. Cito por la traducción inglesa de DHAMA SHASTRI, estampada en Mysore en 1908, pág. 150.
32. Paris, Presses Universitaires de France, 1949, págs. 181-182.
33. Calcutta, Ram Chandra Chakraberty, 1923, págs. 201-239.

El brahmanismo excluye la Ciencia jurídica

La posible ciencia jurídica moderna ya no será ciencia jurídica hindú. Será posible porque Inglaterra, como anotó James Bryce en su ensayo *The Roman empire and the British empire in India, El imperio romano y el imperio británico en la India,* respetó las instituciones y las concepciones indígenas en la medida en que no estorbasen a la política imperial[34]. De suerte que la penetración del derecho inglés ha dejado subsistente la mentalidad brahmánica, contentándose con establecer reglas en asuntos muy precisos, por lo general a través de las decisiones de los tres tribunales centrales de Madrás, de Calcuta y de Bombay. Es sobre esas decisiones judiciales sobre la que ha surgido en cierto modo un principio de ciencia jurídica en la manera en que los ingleses suelen concebirla: como técnica judicial. Pero incluso así recortándose las posibilidades, porque el factor más constructivo y eficaz, el juego de la «equity» inglesa, quedó harto limitado desde la decisión del Consejo Privado de la Corona en Londres acerca del caso Waghela v. Sheik Masludin. Los ingleses van a una técnica jurídica más que a una ciencia del Derecho. Paralela a ella y dentro de los linderos que le estaban tolerados, la técnica política de la «dandanity» de los rajás y el eticismo sociológico del «dharma» brahmánico continuaron perpetuando la temática paralela a lo jurídico característica de la concepción hinduista de las normas.

Mas sin que la aplicación de estas técnicas paralelas salvara el abismo que según Arnold J. Toynbee separa, sin esperanzas de trazar puentes para la comunicación, al hinduismo del Occidente[35]. Con la independencia conseguida el 15 de agosto de 1947 alborea la voluntad, al menos en la esperanza, de una ciencia jurídica, desde que el artículo 44 de la Constitución del 26 de enero de 1950 prevé la redacción de códigos generales para la totalidad de los súbditos de la Unión india. Pero aun así, la posible futura ciencia del Derecho no tendrá nada que ver con el brahmanismo.

En el brahmanismo no hay una ética más que en la práctica ritual de los deberes del «dharma», impuestos a cada uno con arreglo a su casta e independientemente de cualquier definición objetiva de lo bueno y de lo malo. No hay ciencia política, mas que el arte de sostenerse en el poder siguiendo las consignas oportunistas de Kautilya o las amonestaciones moralizantes de Kamandaki. Las normas del Derecho no pueden cuajar en ninguna ciencia, habida cuenta de que no existen con valor independientemente, pues una de dos: o son reglas de deberes de una ética instalada en la división cerrada de las clases, o son criterios políticos de astucia ligada con la fuerza. Lo ético y lo político andan caminos paralelos, condenados a no encontrarse nunca, ni mucho menos a fundirse. Porque no hay ciencia del Derecho donde no sea concebido el Derecho como la integración de lo justo con lo seguro, integración imposible en el pensamiento hindú. Quien lea los libros, por lo demás exhaustivos, de P. V. Kane *History of Dharma-sastra, Historia del Dharmasastra*[36] *y Hindu customs and modern Law, Costumbres hindúes y Derecho moderno*[37], se dará cuenta, con mayor medida de cuanto yo pudiera argumentar aquí, de la imposibilidad de construir una ciencia jurídica al

34. Incluido en los *Studies in history and jurisprudence, Estudios sobre historia y jurisprudencia.* Oxford, Clarendon Press. Dos tomos. Cita al I (1901), 50-56.

35. A. J. TOYNBEE: *A study of history,* VIII (1954), 205.

36. Pona, Bhandarkar Oriental Research Institute, 1946. Tres tomos con paginación seguida, 3216 págs.

37. Bombay, University of Bombay, 1950.

estilo occidental arrancado de la nebulosa concepción del «dharma» brahmánico.

La Filosofía del Derecho también es enteca, nunca completamente autónoma. Porque lo jurídico, reducido a deberes del «dharma» de la casta, no se desata de lo religioso. Sería preciso esfuerzo sobrehumano, a mi ver inalcanzable, la empresa de delimitar una Filosofía del derecho dentro del esquema de los saberes filosóficos brahmánicos; la garra de la religión es tan poderosa que absorbe al Derecho; como la entera vida de los hombres está absorbida por esta religión omnicomprensiva, que aherroja a los humanos en el despliegue, sutil pero efectivo, de aquel factor divino del «brahma», exclusiva realidad del universo, verdad única que nunca oscurecerán los aparentes seres producidos por el velo engañador del «maya», equívoco de una multiplicidad externa en la que hay más de alucinación que de realidad auténtica.

2. *El saber jurídico en Mesopotamia*

Las comarcas que los antiguos griegos apellidaron Mesopotamia en relación a encontrarse entre los ríos Tigris y Eúfrates y que coinciden con el corazón de la actual república del Irak, estuvieron habitadas desde tiempos cuya data se pierde en las nieblas de los orígenes de la humanidad por los pueblos sumerios; sus principales centros habitados fueron Ur, patria de Abraham; Eridu, donde la leyenda colocaba «el descenso de los dioses a la Tierra»; Lagash y Kutalla. En cuya civilización se domestican los primeros animales, como el perro, y se cultivan las primeras plantas útiles, como el trigo. País adentro vinieron a establecerse oleadas de semitas, constituyendo lo que fue conocido por territorio de Accad, y cuyos centros de población fueron Sippar y Kuta en las márgenes del Tigris, Kish y Hursag en las orillas del Eúfrates, Isin, Nippur y Babilonia entre ambos ríos. A lo largo de los siglos esos dos pueblos, de raza y lengua tan dispares, formaron unidad cultural bajo variadas mudanzas políticas, siempre sobre el armazón de la inicial cultura sumérica; unidad que se manifiesta también en el Derecho.

Hubo en Sumeria códigos, o si se quiere para emplear palabra más exacta recopilaciones de normas con contenido al par religioso y secular. Así Urukagina de Larsa, veintiocho siglos antes de nuestra era, dice que él «ha establecido el orden de los tiempos»; Gudea de Lagash dicta leyes hacia el 2600 antes de Cristo; de Sargon de Accad, fallecido en 2696, díjose fue «rey de la justicia, aquel que habló en justicia». Las primeras compilaciones llegadas hasta nosotros según el material de que disponemos a la fecha, es el manojo de leyes establecidas por Bilalama, reinante en el siglo XXIII antes de nuestra era, compuesta en escritura arcaica cursiva y muchas de las cuales pasan al que se llamará *Código* de Hammurabí. Otro ejemplo son las leyes de Lipit-Ishtar, redactadas entre los años 2217 y 2207 antes de Cristo, y que asimismo en parte pasan al *Código* de Hammurabí con huellas de su propia terminología sumeria, dado que el idioma cultural que pervivió incluso cuando la misma civilización sumérica había desaparecido fue el sumerio, ni más ni menos que el latín sirvió de vehículo para la expresión jurídica hasta el siglo XVI y de lenguaje litúrgico hasta el siglo XX, quince siglos después de que el Imperio romano dejara de existir.

Fue el saber jurídico sumerio apéndice de la religión y de la magia, aunque aplicado en los tribunales, y el Derecho objeto de estudio en las escuelas de los templos. Situación similar a la que se dio en la India alrededor del *Manava-dharma-çastra*. «Chez les sumériens, l'étudiant avancé consacrait une grande partie de son temps à l'étude des lois et il s'entraînait régulièrement à la pratique d'une terminologie hautement specialisée, aussi bien qu'à la transcription des codes légaux et des jugements qui avaient fait», deduce

Samuel Noah Kramer en su *L'histoire commence à Sumer* [1]. Pero el saber jurídico pendía del factor religioso, porque las leyes eran dictadas como formulación inspirada y hasta directamente ordenada por los dioses, ya que quien era encargado de dictarlas era el rey en cuanto vicario del dios, por ello denominado a la letra «vicario» o «representante», «patesi» en sumerio, «ishakku» en accadio, ambos vocablos significando lo mismo: criado o servidor.

Por lo que concierne a la especulación acerca de lo justo o meramente del orden social carece de independencia, recortándose cualquier consideración a la deducción de una leyenda en la cual los dioses o semidioses encarnarían las virtudes, cuando no son modelos de vicios que a contrapelo señalan lo que haya de ser justo o injusto en cada caso. Existe un manojo de leyes, decretadas por el rey Ur-Nammu, fundador de la tercera dinastía de Ur, cuya meta es poner límites a la corrupción y a la inmoralidad; pero aun así trátase de normas concretas, mirantes a casos concretos para evitar el peculado o garantizar la exactitud de pesos y medidas en los negocios comerciales, sin el menor intento de referencia a principios fundamentales ni definición ninguna de lo justo en la convivencia humana. Cierto es que en tales leyes el afán moralizador impregna el contenido de las normas de modo especialísimo, pero únicamente dentro de lo que cabía para la mentalidad sumeria, la cual ponía por base de sus ideales jurídicos la idea de que todo hombre es siervo del dios que, para hacerle efectivamente siervo suyo, lo fabricó deliberadamente con trozos de adobes de arcilla roja. El mito de Lahar y Ashnan en el poema en que aparecen bajando desde los cielos para regalar a los hombres los beneficios de la civilización, igual que el poema de entrega a los dioses descubierto en tablillas halladas en las excavaciones de Nippur y generalmente considerado por precedente del *Libro de Job* de la *Biblia*, responden a idéntica mentalidad, merced a la cual ha de rechazarse cualquier elaboración filosófica-jurídica en las *Leyes de Ur-Nammu*. Es que para los sumerios, como en general para la totalidad de los pueblos coetáneos de los albores de la humanidad civilizada, no existió ni la más mínima noción de elevarse por encima de la casuística a principios generales superiores, como bien señala G. Boyer en su estudio *De la science juridique et de sa méthode dans l'ancienne Mésopotamie* [2]. Si elaboran conceptos sobre la empirie del caso dado es porque, cual atisbó E. Volterra en su *Introduction à l'histoire du droit romain dans ses rapports avec l'Orient* [3], operan siguiendo el mecanismo instintivo de la asociación de las ideas. Si es verdad que hubo hombres de ciencia en la Caldea antigua fueron astrónomos, y de la talla de un Beroso, nunca científicos ni filósofos propiamente tales del Derecho, capaces de superar la estrecha casuística. En cuyo sentido es como hablan con elogios de la ciencia mesopotámica Simplicio o Strabón, según subraya Marguerite Rutten al estudiar *La science des chaldéens* [4].

Es el planteamiento superior de los saberes jurídicos que perdura bajo los primeros monarcas de la primera dinastía babilónica, fundada por el rey Summu-abum hacia el año 2100 antes de Jesucristo, en condición de representante del dios Marduk; el dios de Babilonia que tenía su templo situado en Esagil, gigantesco templo que las excavaciones modernas han halla-

1. Traducción francesa. Paris, Arthaud, 1957, pág. 93.
2. En *Semitica*, IV (1951-1952), 5-11.
3. En los *Archives du Droit oriental*, IV (1949), 117-159.
4. Paris, Presses universitaires de France, 1960, pág. 89.

do tenía las dimensiones de un rectángulo de 550 por 450 metros. Sin embargo, el tercer monarca de esta dinastía, Hammur-api o Hammurabí, que reinó durante cuarenta y tres años al correr del siglo XVIII, inicia un proceso de secularización jurídica, del que restan huellas en la famosa colección de leyes que viene siendo designada como el *Código* de su nombre. Fue Hammurabí rey asaz poderoso, logrador de la unificación política de la comarca entera, conquistador del reino de Mari y de regiones situadas allende el Tigris. Precisamente la redacción de su *Código* debióse a la necesidad de extender la legislación babilónica a los pueblos nuevamente sometidos.

El dicho *Código de Hammurabí* está grabado sobre una estela de diorita negra, pulida adrede para recibir las inscripciones, descubierta por J. de Morgan en Susa en 1902 y hoy conservada en el museo del Louvre de París. Una estela con leyes cual solían existir en los templos de las ciudades y villas babilónicas; la descubierta en Susa parece ser era la colocada en el templo de la ciudad de Sippar, ciudad que corresponde al emplazamiento de la presente aldea de Abu-Habba.

De acuerdo con la mentalidad mesopotámica, Hammurabí dicta sus leyes hacia el año 1726 antes de nuestra era, entre los 22 y 34 de su reinado, titulándolas «leyes de justicia» o «dina-a-aat-mishahirim» [5]. Lo que no presupone concepción filosófica de la justicia distinta de la religión ni novedosamente elaborada sobre bases de razonamientos, puesto que las dicta siguiendo las inspiraciones, que son órdenes, del dios protector de Babilonia, de Marduk [6]; e inspirado además por Shamash, el dios especial de la justicia. Escrito en cierto idioma de transición del sumérico al accádico, anda repleto su vocabulario de voces arcaicas, al par que recoge normas ya inscritas en los complejos de leyes anteriores; literalmente siete del *Código* de Lipit-Ishtar y doce del dicho *Código* de Eshnunna, como señala Hartmut Schmökel en su *Hammurabí di Babilonia* [7].

En el aspecto formal el *Código* de Hammurabí se presenta con prólogo y epílogo remedos de las anteriores compilaciones legales; o sea, como si fuese dictado por un dios, de quien el rey es mero vocero repetidor. Pero en su contenido, y con todas las limitaciones que el ambiente requería y a las que me acabo de referir, da por supuesto la existencia de un saber jurídico independiente del religioso. En efecto, las materias que comprende son puramente seculares, sin ninguna referencia a asuntos de tipo religioso, por más que admita el presupuesto de un derecho sagrado. Parece como si hubiera querido subrayar que en sus *Leyes* no entran las normas reguladoras de las situaciones jurídicas de la clase sacerdotal. Es un *Código* cuya materia es civil o penal para no sacerdotes, unas leyes cuyo contenido se halla secularizado por completo. La compilación tiene por objeto agrupar o reformar leyes para el común del pueblo, dando de lado al sector religioso sacerdotal.

Bien se ve en el uso que hace de la justicia, referida a Shamash en el culto, pero obra de Hammurabí para su pueblo. Titúlase por ello «Lugal mishariim» en XXIV b, 77, y en XXV b, 7 y 96, aunque en XVI b, 77-99, reconozca lo es porque Shamash le ha concedido la posesión de la verdad. Igual que en los textos hindúes posteriores de Kautilya, su cetro es justo

5. En la edición *The Babilonian Laws*, a cargo de G. R. DRIVER y JOHN C. MILES. Oxford, at the Clarendon Press. Dos tomos. En II (1960), 94. En el *Código*, XXIV b, 1-2.

6. En el *Código* V, a, 14-15. En la edición citada II, 12.

7. Cito por la versión italiana. Firenze, Sansoni, 1964, pág. 101.

sin más, es «hattashu isharat» en XXIV b, 44-45, y por su fuerza la justicia impera en Babilonia: «Ana shuteshuur nishi», «yo soy la justicia para el pueblo» en las terminantes frases del *Código* V a, 16. La separación entre el derecho de raíz mítica, con posibles secuelas filosóficas sacadas de los ejemplos de los dioses y el derecho secularizado, es patente en el *Código* de Hammurabí.

Semejante derecho secularizado era aplicado por jueces y tribunales en cuanto «ordenanzas reales» o «simdaat sharrim», como bien puntualizan G. R. Driver y John Miles [8]. No es que los jueces tuvieran que conocerlos, porque tampoco en Babilonia, como luego en Grecia o en Roma, los jueces son sabidores del Derecho. En el exhaustivo análisis consagrado por Edouard Cuq en sus *Etudes sur le droit babylonien, les lois assyriens et les lois hittites* a la organización de los tribunales caldeos [9], aparece harto patente como los jueces eran los mismos funcionarios que administraban las posesiones regias y que gobernaban las ciudades o «rabi-a-anu» o los distritos o «shaka-u-akku», presidiendo una denominada junta o asamblea de justicia o «puhrum», en la que entraban los ancianos o «shibutum», los notables o «awilum», los mercaderes o «tamqarum», e incluso los soldados guardianes de las puertas de las murallas o «maari baabtim» [10]; juntas en las cuales el funcionario lego asumía el título de presidente o «rabi-i-zikatim».

El conocimiento de los saberes jurídicos no era, pues, patrimonio de los jueces, sino del consejero o «raabishu» [11], quien era el que incoaba el proceso y asesoraba acerca de las normas aplicables al caso. Pudiendo colegirse que eran estos consejeros quienes para conocer las leyes asistían a las escuelas especializadas, aprendiéndolas en los textos escolares o «ana ittishu», llamados de esta suerte por las primeras palabras con que comienzan y que significan algo así como «en este tiempo», valiendo por «notificación» o «se hace saber»; textos de los cuales se vienen desenterrando cúmulo creciente cada año.

Como índice de la secularización del Derecho característica del *Código* de Hammurabí en relación a los sistemas legales precedentes, estos jueces son apelados «jueces regios» o «daiyanum sharrim», únicos contemplados en el *Código*, mientras se prescinde de los antiguos jueces sacerdotes. Ya los tribunales no radicarán dentro del ámbito de los templos, sino delante de las murallas de las ciudades; en el bloque de diorita existente en el Louvre dícese reunirse los tribunales en «Kaar Sippar», a la letra «delante de los muros de Sippar», definiéndose al proceso como estar «con los jueces» o «itti daiya-a-ani».

Mas si los jueces eran ignaros en leyes, no lo fueron sus consejeros. El «raabishu» era un experto en grado sumo, ducho en la exégesis de los textos legales. «Les juristes de Babylone —escribe Edouard Cuq en sus *Etudes sur le droit babylonien*— n'en sont pas restés à l'interpretation littérale, comme le collège des Pontifes à Rome dont les décisions sont parfois difficiles à justifier; ils s'efforcent de faire prévaloir l'esprit de la loi. Les actes postérieurs à Hammurabi en offrent plusieurs exemples; ils nous montrent une jurisprudence précise et souple à la fois, en possession de formulaires consacrés par l'usage, mais déjà experte à résoudre les difficultés que soulève la pra-

8. En su *The Babilonian Laws*, I (1960), 17.
9. Paris, Paul Geuthner, 1929, págs. 339-408.
10. Literalmente, en accadio dialectal babilónico: «hijos de las puertas».
11. Literalmente, en accadio dialectal babilónico: «el que está en cuclillas».

tique, à proposer des combinations ingénieuses de contrats pour donner satisfaction aux besoins du commerce» [12]. Poseían tablas de criterios jurídicos muy desarrollados, asevera Emile Szlechter prologando su edición de las *Tablettes juridiques et administratives de la III dynastie d'Ur et de la I dynastie de Babylone* [13].

Los destinatarios de ese derecho secular compilado o dictado por Hammurabí son los hombres «dignos» o libres, los «awilum», palabra que algunos han querido interpretar como patricios, cual A. Unghad; pero que la común opinión tiene por hombres libres en general, por quienes no eran ni esclavos ni sacerdotes, de suerte que dentro de ellos cabrían también los «mushkeinum» o villanos [14]. Fueron los sujetos o destinatarios del Derecho de la época y a ellos hace referencia Paul Koschaker cuando ordenó la legislación babilónico-asiria con referencia a los problemas de la culpa y de la responsabilidad en su *El derecho de ciudadanía babilónico-asirio. Una aportación a la teoría de la culpa y de la responsabilidad, Babylonisch-Assyrisches Bürgschaftsrecht. Ein Beitrag zur Lehre von Schuld und Haftung* [15]. Dato que confirma el acento secularizador de la acción legislativa de Hammurabí y que viene a fijar la existencia de un saber jurídico, separado de todo elemento religioso.

Por lo demás no ha de olvidarse jamás que el transfondo de la cultura babilónica en los tiempos de Hammurabí y en general a lo largo del curso total de la civilización mesopotámica estuvo formado por la magia, cuyos principios prevalecen sea en el campo religioso, sea en el de los saberes secularizados. Y de la cual no pudo quedar exento el Derecho, tal como no quedó extraña a la magia ninguna de las preocupaciones ni de los saberes. Por lo cual la presencia constante del «haar-u-um» o adivino llenaba cada una de las ceremonias oficiales, cual lo muestra la abundancia de textos adivinatorios o «tanu-u-tu» encontrados en las tablillas sacadas a la luz en nuestro tiempo [16]. Bien es verdad que a lo que resulta de la lectura del *Código* de Hammurabí la repercusión parece mínima, quizá porque la actividad del adivino entraba más bien dentro de las esferas del derecho sagrado o sacerdotal, que como dije resta fuera de los límites del *Código;* siendo ése precisamente uno de los rasgos que sirven para matizar la tendencia secularizadora que le caracteriza. Pero en ningún caso ha de omitirse, dada la mentalidad mesopotámica, la existencia con ecos en el Derecho de un horizonte cultural presidido por la omnipresencia de profecías y de magias.

En suma, cuanto hoy decimos ciencia del Derecho o filosofía del Derecho careció de independencia formal en Mesopotamia, aunque a partir de Hammurabí haya de hablarse de separación entre lo profano y lo religioso como facetas diferentes de la vida jurídica. Detrás del lado religioso debió estar la posible interpretación filosófica del universo y, si es que hubo alguna especulación acerca de problemas jurídicos, por lo demás no llegada hasta nosotros, hubo de concentrarse en el culto al dios Shamash y en las leyendas pertinentes a este dios. Fuera del ámbito religioso y de lo sacerdotal, existieron profesionales del Derecho, asesores de la administración de la justicia

12. Edouard Cuq: *Etudes*, 3.
13. Paris, Recueil Sirey. Dos tomos. En el II (1963), pág. X.
14. Origen de la que tal vez sea la única palabra castellana de entronque accadio: «mezquino».
15. En 1911. Nueva edición por la Scientia Verlag, Aalen, 1966.
16. A este respecto W. G. Lambert: *The «tañutu» texts.* En *La divination en Mésopotamie ancienne et dans les régions voisines.* Paris, Presses universitaires de France, 1966, págs. 119-123.

por jueces iletrados que desconocían las ordenanzas reales; los cuales sin duda cultivaron un saber atado a la resolución de los casos concretos que en los litigios suscitaban la aplicación de aquellas ordenanzas reales. Pero ni sabemos nada de sus nombres ni ha sido desenterrada aún ninguna tablilla en que aparezca formulada alguna concepción del Derecho, ni científica ni filosófica, si es que la elaboraron. Quizá algún día alguna tablilla todavía no estudiada, aporte testimonio de doctrinas y de nombres egregios dignos de inaugurar en la humanidad la lista de los científicos o de los filósofos del Derecho. Empero, en el estado actual de nuestros conocimientos, no es dable hablar ni de una ciencia ni de una filosofía jurídica propiamente tales en Mesopotamia. Por los atisbos que conocemos las concepciones fundamentales acerca de lo justo o del orden social se pierden en el cúmulo de las concepciones religiosas, emparejada a cierta casuística menuda, y ello pese a que de un cultivo razonado del Derecho poseamos, siquiera indirectos, suficientes testimonios.

Como colofón de lo dicho acerca de la unidad de la cultura mesopotámica a lo largo de treinta siglos, ha de añadirse que la caída de la primera dinastía babilónica en el siglo XVI antes de nuestra era a manos de los montañeses invasores desde tierras del oriente que la historia certifica bajo el nombre de los kassitu, dejó subsistiendo la vigencia del *Código* de Hammurabí bajo las dinastías sucesivas; e incluso perdura, por más que harto debilitado, cuando la restauración de Babilonia como capital imperial por obra de Nabopolassar en el año 612 antes de Cristo [17]. Pero tampoco en los restos que nos llegan de esos reflejos perdurables aparece nada que altere lo que acabo de resumir acerca de los saberes jurídicos de la Mesopotamia.

17. EDOUARD CUQ: *Etudes*, 5.

3. *El saber jurídico en la China clásica, según la doctrina de los «li».* 禮

Más que respecto a ningún otro pueblo, para entender la cultura de China o de las zonas culturales por la China influidas, es perentorio despojarse de la totalidad de las categorías mentales impresas en nosotros por la historia secular del Occidente. Es asaz frecuente, y aun en autores de grandísima nombradía que no hayan conocido en modo directo las fuentes orientales, ni palpado por así decirlo las maneras de su vida o las formas de sus artes, caer en el triste error de juzgarse competentes para definir a aquellos pueblos, e incluso para tener la osadía de escribir sentenciando acerca de ellos, simplemente por lo que se haya leído en apreciaciones fugaces de viajeros o en traducciones de los libros, forzosamente inadecuadas por la insuperable dificultad de verter en idiomas occidentales la exacta expresión de lo que los vocablos significan. Hasta escritores de tanta gigantesca talla como un Hegel, cuando se aproximan a China desbarran con grandísimas facilidades; baste apuntar lo de negar existe progreso en la especulación china [1] o aquello de que la filosofía china principia arrancando de la meditación de la nada [2]; siendo así que lo primero queda contradicho por la mera referencia de los sistemas aparecidos en tan milenaria civilización y que lo segundo implica atribuir a la meditación china lo que es más bien patrimonio del budismo, corriente de pensamiento aparecida en China cuando ya existían tantas otras escuelas indígenas con sobrada personalidad propia. Y si así sucede bajo la férula del inconmensurable talento de un Hegel, piénsese lo que ocurrirá entre nosotros cuando se pontifica sobre las culturas orientales sin más armas, si es que se poseen, que ser capaces de leer los ideogramas chinos, las letras del jangul coreano o los japoneses kanji, katakana y hiragana. Opiniones refritos de refritos, copias de copias osadas en definitiva. Periodismo banal, no indagación seriamente desenvuelta.

Problemática que también se repite en lo que toca a los estudios del Derecho. Como muy bien apuntaba el gran sinólogo que fue Marcel Granet en su *La civilisation chinoise*, para acercarse a los saberes jurídicos de la China es preciso desembarazarse antes de nuestra inevitable formación basada en el derecho de Roma [3], del mismo modo que no resulta admisible acoplar a las realidades de la época «kuo» o de los reyes guerreros, que es precisamente aquella en que vivió Confucio, el feudalismo europeo de la edad media, como parece intenta llevar a cabo con objeto de fundamentar cómodamente determinadas tesis de lo que él mismo denomina «configuraciones de terror

1. G. W. F. HEGEL: *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*. En las *Sämtliche Werke*. Stuttgart, Fr. Frommanns Verlag, XI (1949), 164.
2. G. W. F. HEGEL: *Vorlesungen*, 182.
3. Paris, Albin Michel, 1929, pág. 7.

en el mundo hidráulico» Karl A. Wittfogel en su *Oriental Despotism, El despotismo oriental* [4]; ni menos pretender entender lo que sea el poder político según la mentalidad china tomando por puntos de mira los del aparato estatal del Occidente. El lector, igual que el estudioso, ha de purgar al cerebro de todos los criterios atañentes a sus saberes de hombre occidental.

De ser posible reducir a una palabra castellana la perspectiva general de la cultura china, cabría decir que en China no hay ni una filosofía ni una religión tal como nosotros entendemos estos vocablos; lo que hay es una sabiduría, comprendiendo como tal a un conocer con repercusiones prácticas, un meditar destinado a la ordenación de las conductas, una especulación comprendida con intentos de proyectarla en un quehacer. Desde los más viejos testimonios que poseemos, lo que el chino busca es aclarar la realidad del mundo, pero desde esa misma realidad mundanal; nunca se perdió en especulaciones abstractas, ni en inquisiciones sobre el ser. Hasta los mitos, los inevitables mitos existentes en las más antiguas manifestaciones de cualquier preocupación humana, ganan en China esta tendencia a la ordenación, más que a la averiguación, de las realidades.

De ahí caiga por absurda la pretensión de encontrar en el seno de la especulación china las más de las disciplinas que son partes usuales de la filosofía en tierras del Occidente. No existe una epistemología, además de porque todo saber va orientado a proporcionar una regulación de las conductas, porque allá nadie se planteó la distinción entre el individuo y el universo, antes siempre fue contemplado el individuo como parcela integrada en el universo; un Descartes pretendiendo construir el orbe del no-yo desde el yo es algo sencillamente inconcebible. La lógica construida como instrumento para la discusión es igualmente ignorada; lo que nosotros edificamos como lógica será en China una teoría de las significaciones o, como ellos dicen, una rectificación de los nombres. De ahí, finalmente, la despreocupación por los temas analizados en las escuelas metafísicas hindúes u occidentales; pues lo que cuenta en China no son las capacidades del mundo, ni siquiera las del hombre; pero solamente lo que influye en el obrar. Ya lo anotaba el jesuita hispánico de Bélgica Nicolás Trigault en su *De christiana expeditione apud Sinas suscepta ab Societati Iesv, ex P. Matthaei Riccii ejusdem Societatis commentariis*, «e nobilissimarum scientiarum varietate in solibus prope Philosophiae moralis notitiam» se limitan [5]; y remachaba otro curioso jesuita de la Contrarreforma barroca Atanasio Kircher en su *China monumentis quam sacris quam profanis, nec non variis naturae ac artis spectaculis, aliarumque rerum memorabilium argumentis illustrata*, en el Celeste Imperio «litterati alias scientiam non sectantur, nisi politico-moralem; de Scholasticis et Speculativis disciplinis, ne quid nominis sint, norunt» [6].

Este último dato parece conducir a primera vista a indagaciones en torno al Derecho; con nuestra lógica occidental concluiríamos que precisamente porque aquello analizado por los chinos es la conducta humana, ya que no magnos metafísicos ni egregios lógicos, sí serían insignes moralistas y no menos insignes filósofos del Derecho. La rama de la filosofía moral ganaría lo que pierde la de la filosofía especulativa.

Mas aquí tiene entrada otra paradoja. Verdad es que en todas las etapas

4. Versión española. Madrid, Guadarrama, 1966.
5. Lugduni, sumptibus Horatii Cardon, 1616, pág. 28.
6. Amstelodami, apud Joannem Lausonium a Waesberge et Elizeum Weyerstraet, 1668, página 169 a.

de la especulación china han existido muy notorios pensadores dados a escudriñar el valor de las leyes reguladoras de la conducta humana y los fundamentos tanto del orden social cuanto del poder de mando. Ciñéndonos al campo de la China antigua por razones de brevedad dada la condición menuda del presente *Tratado*, remitiré al lector a los tres apretados volúmenes consagrados por Alfred Forke a la *Historia de la filosofía china antigua, Geschichte der alten chinesischen Philosophie* [7], a la *Historia de la filosofía china medieval, Geschichte der mittelalterlichen chinesischen Philosophie* [8] y a la *Historia de la filosofía china moderna, Geschichte der neueren chinesischen Philosophie* [9]. Pero ninguno de tales pensadores son filósofos del Derecho, al modo en que nosotros entendemos la filosofía del Derecho. Porque lo que les preocupa es la función de las leyes o de las costumbres en sus repercusiones sociales, sin interesarse a fondo por definir qué sea el Derecho. Hablar de filósofos del Derecho en China resulta tan arbitrario como el intento de Johannes Sauter por encontrar allá una metafísica pareja a la occidental en su estudio *Die altchinesische Metaphysik und ihre Verbundenheit mit der abendländischen, La antigua metafísica china en sus relaciones con la occidental* [10]; porque lo que Sauter trata por metafísica son cuestiones cosmológicas o morales, nunca el tema central que caracteriza a la metafísica verdadera: la averiguación del ser como ser.

Cuando más abajo, por razones de comodidad para la comprensión del lector occidental, hablemos de filosofía del Derecho en algunos pensadores chinos, téngase en cuenta lo siguiente: que los filósofos chinos no indagarán nunca qué sea el ser jurídico, pues que jamás indagaron qué sea el ser. De donde que la especulación jurídica venga a ser forzosamente una de estas dos cosas: o la consideración científica de las normas, leyes o costumbres, y entonces lo que harán es ciencia jurídica, pero no filosofía del Derecho; o la reducción de las normas de convivencia a la aplicación de criterios estrictamente éticos y entonces habrá una moral aplicada al Derecho o, para ser más exactos, una ética que se prolonga a las relaciones de convivencia sustituyendo al Derecho y sin llegar nunca a ser Derecho.

La primera tendencia es la que representa la llamada escuela de los legistas, la dicha en chino «Fa Kia», cuyo auge tuvo lugar tras las mudanzas políticas ocurridas en el siglo IV antes de Cristo y cuyo representante más notorio fue el vástago de la estirpe real de los Han llamado Han Fei-tsé († 233). La segunda orientación es la que se atribuye a K'ong K'ieu, de mote Chong-ni, occidentalizado como Confucio (551-479 antes de Cristo, aunque algunos adelantan en un año su nacimiento y en otro su muerte, respectivamente). Dejando de lado las innúmeras otras escuelas, dada la perentoria brevedad exigida por las dimensiones del presente *Tratado*, centraré el estudio de los saberes jurídicos en China en la obra de Confucio, completándola con sucinta referencia a la escuela de los «Fa Kia».

Sin que sea resultado de arbitraria postura mía centrar en Confucio el pensamiento chino, porque fue y es, pese a las persecuciones de que fuera objeto su doctrina desde los días del emperador Ch'in al ordenar la quema de sus escritos el año 213 antes de nuestra era hasta los presentes tiempos

7. Segunda edición. Hamburg, Cram, De Gruyter und Co., 1964, págs. 441-499.
8. Segunda edición. Hamburg, Cram, De Gruyter und Co., 1964, págs. 42-46, 60-63, etc.
9. Hamburg, Friederischen, De Gruyter und Co, 1938, págs. 32-38, 60-63, etc.
10. En el *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Archivo para la filosofía jurídica y social*, XXVII (1933-1934), 89-105.

en que Mao Tse-tung ha ejecutado otra muerte cultural pareja, el punto de referencia constante de cada uno de los escritores orientales. Que ahora cual entonces, lo mismo que en otros períodos de la historia, Confucio superará las persecuciones y volverá sin el menor género de dudas a identificarse con el espíritu secular de su pueblo. Ni la soldadesca de Ch'in, ni los esbirros de Mao aplastarán jamás las ideas de Confucio, porque son las de la misma China, según se ha demostrado después de tantos siglos de críticas y de persecuciones contra ellas. Que podrán apellidarse pomposamente, como ahora, revoluciones culturales; mas que en China son sencillamente la negación precisa de cuanto los chinos entienden por cultura.

Es que Confucio encarna en China mucho más que un credo religioso o que una escuela filosófica: la sabiduría que constituye la raíz de la totalidad de los saberes, el origen y el transfondo de la vida tal como los chinos la conciben. Ya lo entendió así su contemporáneo el príncipe Ai cuando, al tener noticias de su óbito, lamentó la pérdida de lo que a su ver era auténtico regalo del cielo, tal como está recogido en el *Li Ki* o *Libro de los ritos* II, I, 3, 43; el año 195 antes de Cristo el emperador Lin Pang, conocido por emperador Kao Tin, fundador de la dinastía de los Han, sacrifica tres víctimas sobre la tumba de Confucio en la ciudad de Lu. El emperador P'ing concédele el título de «varón todo completo e ilustre», título al cual a partir del año 492 agrégase el de «sabio perfecto». Todos los emperadores le honraron por maestro al correr de las dinastías sucesivas y en el año 1645 el emperador Shun Chih, fundador de la dinastía manchú, resume el conjunto de los honores anteriores en el título definitivo de «K'ung, el antiguo maestro, perfecto e ilustre, todo completo, el perfecto sabio»; título que ha permanecido invariable hasta la etapa de Mao Tse-tung. Porque si bien, en la euforia demoledora republicana el Ministerio de Educación decretó en 19 de octubre de 1916 la supresión de las obras de Confucio como textos fundamentales en las escuelas públicas, el 20 de junio de 1917 la cámara legislativa volvía a imponer el estudio de ellas para base de la educación, y el artículo 12 de la Constitución de 1923 estatuía a la letra que «la libertad de cultos existe en la República de China, pero es obligación de todos los ciudadanos honrar a Confucio».

En su patria en el estado de Lu, Confucio fue adorado apenas muriera en manera privada, estableciéndose su culto público en el año 57 de nuestra era; culto que desde comienzos del siglo VII, gracias a la devoción férvida de los reyes de la dinastía T'ang, cundió hasta las más remotas comarcas del Imperio, permaneciendo intacto hasta nuestro siglo, con la ofrenda ritual en cada día primero de cada mes en señal de incomparable reverencia.

Devociones y aprecios harto expresivos de la identificación de la mentalidad china con la obra de Confucio, recalcada por cuantos han estudiado la cultura china. En su *Confucius*, Edouard Chavannes consignó que en él la raza china cobra consciencia de sí misma [11]. En su *Confucius*, R. Stübe le calificó de héroe nacional [12]. En su *El Confucio histórico, Der geschichtliche Confucius*, O. Franke señala logró condensar lo que los chinos juzgan ha de hacerse [13]. Alfred Forke escribió que su persona es el modelo para sus paisanos gracias al rígido sentido de la moral con que trazó su

11. En la *Revue de Paris* de 1903, pág. 844.
12. Tübingen, Religionsgeschichte Volksbücher, 1913, pág. 34.
13. En la *Zeitschrift der deutschen Morgenländer*, LXXIX (1925), 163-191.

vida [14]. James Legge le apellida el más chino entre todos los chinos [15]. Y, por citar alguno de ellos, Liu Wu-chi en su *A short history of Confucian philosophy, Breve historia de la filosofía confuciana,* asegura es imposible averiguar si fue Confucio quien hizo a la China o si fue China la que hizo a Confucio; que en tanto grado son inseparables [16]. No faltando quien en nuestro siglo haya compuesto un libro entero para demostrar que China fue moldeada por Confucio; así Cheng Tien-tsi en su *China moulded by Confucius* [17]. Entre nosotros ha sido el chileno Juan Marín en su *Confucio o el humanismo didactizante* quien ha definido la obra confuciana por la espina dorsal, el armazón y la osamenta del pueblo chino [18]. Para no fatigar al lector con más datos de una erudición tan fácil cuanto innecesaria, citaré solamente el juicio del primer investigador serio que tuvo el saber chino en Occidente: el dominico castellano Domingo Fernández Navarrete, en el III de sus siete *Tratados históricos, políticos, ethicos y religiosos de la monarchía de China;* quien asegura a la letra que «la autoridad de la doctrina deste Maestro para la China, es como la del Evangelio para nosotros» [19].

Confucio razona sobre el hombre, sin importarle las cuestiones que en Occidente solemos tratar de metafísicas: expresión cabal así de la constante mentalidad china. No le interesó jamás ningún principio abstracto, ni se preocupó de otra cosa que del análisis de los comportamientos de los hombres, subraya Jacques Gernet en *La Chine ancienne, La China antigua* [20]. Fue el suyo sistema recortadamente ético, en donde ni lo sobrenatural ni la temática del ser entran para nada. Nunca le importó conocer la creación de las cosas ni el origen del hombre, ni lo que entre nosotros son la física ni la metafísica. En el *Lun-yu* o *Conversaciones* VII, 17, refiérese como las materias de sus discursos eran las odas, las historias y las cuestiones sobre la propiedad de los hombres. En el mismo *Lun-yu* VII, 20, insístese en que nunca trató de los sucederes sobrenaturales ni extraordinarios, ni de los hechos de fuerza, ni de los desórdenes, ni de los seres espirituales. En el mismo *Lun-yu* VII, 24, relátanse los cuatro temas exclusivos de su enseñanza: escritos o letras [21], moral, lealtad y fidelidad. E incluso entre las temáticas de los hombres rehuyó explícitamente las materias de la milicia; en el *Lun-yu* XV, 1, la respuesta que da a la pregunta del príncipe Ling de Wei acerca de tácticas militares es la de que: «Yo tengo entendido todo

14. A. FORKE: *Geschichte der alten chiensischen Philosophie,* 114.

15. JAMES LEGGE: *Introduction* a su excelente traducción de los *Confucian Analects.* New York, Dover Publications, 1971, pág. 94.

16. London and Tonbridge, The Whitefriars Press, 1955, pág. 9.

17. London, Stevens and Sons, 1947.

18. Buenos Aires, Espasa Calpe, 1952, pág. 146.

19. Madrid, en la Imprenta Real, por Juan García Infançón, 1676, pág. 131 b. Tratado III, capítulo I, número 10.

La seriedad científica de Domingo Fernández Navarrete no escapó a NICOLÁS ANTONIO, quien en su *Biblioteca Hispana Nova* hace constar cómo en los *Tratados* se aclaran muchos errores acerca de China con conocimientos de primera mano: «in qua multa ab aliis auctoribus temere scilicet ex falsis relationibus quasi vera intimata redarguit ac refellit» (Matriti, apud Joachinum de Ibarra. I (1783), 328 b).

Ni que decir tiene que la ciencia pomposa de Europa ha olvidado este otro primado del saber de las Españas. Vea el lector curioso la mediocre plaza que concede al padre Fernández Navarrete VIRGILE PINOT en *La Chine et la formation de l'esprit philosophique en France (1640-1740).* Paris, Paul Geuthner, 1932, quien en ningún momento se digna reconocer que en el tratado III de los *Tratados* se da la primera versión directa de textos de Confucio a ningún idioma occidental, por ejemplo. ¿Inexactitud histórica, soberbia gala, odio a las Españas o ignorancia europea?

20. Paris, Presses Universitaires de France, 1964, pág. 106.

21. El signo 文 o «wan» vale en chino por manera elegante y adecuada de expresarse.

sobre los vasos de los sacrificios, pero no aprendí nada sobre la táctica militar» [22].

Confucio no legó ninguna obra escrita de su mano. Cuanto de sus doctrinas sabemos es lo que consta en los apellidados *Los cuatro libros de los filósofos* [23], a saber: el *Lun-yu* o *Conversaciones*, recopiladas por sus discípulos inmediatamente después de su muerte; el *Ta-Hsio* o *Gran enseñanza*, generalmente atribuido a su discípulo directo Tsang Shan; el *Chun Iung* o *Doctrina de las significaciones*, que suele achacarse a su nieto K'ung Chii; y las obras de su continuador Meng-tse, latinizado bajo el apelativo de Mencio (en chino usualmente conocido por Meng K'o, viviente entre los años 372 y 289 antes de Cristo).

Lo que sí llevó a cabo Confucio en las postrimerías de su vida, y concretamente el año 481, fue ordenar en disposición luego no alterada los cinco libros sacros o *King* [24]. Tales son: el *Ii* o *Libro de las mudanzas*, el *Shuu* o *Libro de la historia*, el *Shih* o *Libro de las Odas*, el *Li Ki* o *Libro de los ritos* y el *K'un K'iu* o *La Primavera y el Otoño;* el último crónica de los sucesos acaecidos entre los años 722 y 481 antes de nuestra era. Confucio corrigió, estableció el texto y aderezó los cuatro primeros, dictando el contenido del último. El resto de lo que de sus ideas sabemos nos ha llegado por mensaje de sus discípulos. Y es que nunca pretendió ser innovador, presentándose siempre por restaurador mejor que por reformador. En el *Lun-yu* VII, 1, constan sus palabras al respecto: «El maestro dijo: un transmisor y no un hacedor, creyendo y amando a los antiguos, oso compararme con nuestro viejo P'ang» (probablemente el famoso lealísimo servidor de la dinastía Shang, la cual gobernó China entre los años 1766 y 1122 antes de Cristo con arreglo a la cronología tradicional, hoy rebajada por algunos en dos siglos) [25].

Sus modelos fueron el Duque de Chou, a quien era atribuida la composición primera del *Li Ki* o *Libro de los ritos*, y el rey Wen, asimismo miembro de la dinastía Chou. En el *Lun-yu* III, 14 dice seguir a Chou en el establecimiento de los «wan» o reglas [26]. Imitándoles deliberadamente, presenta sus enseñanzas como la repetición de la más vieja sabiduría china, como el retorno a los saberes de los antepasados fundadores de su pueblo y creadores de las maneras culturales de los suyos. Rechaza expresamente la condición de reformador, porque su afán es el de tornar auténticamente chinos a los chinos, volviendo a la cuna de la civilización propia. No cabe concluir hoy si se trataba de un gesto de humildad sentida en lo que a su persona tocaba; pero es evidente que, humilde u orgulloso en su tarea restauradora, Confucio supone el retorno a lo que estimaba la Tradición genuina de su pueblo. Claro es que esa Tradición pugnaba con los desórdenes consecuencia de las rivalidades entre los diversos principados en que andaba fragmentada China durante la época llamada de los reyes guerreros o

---

22. El signo o «chan», en su tono cuarto, significa en chino ordenamiento de las filas y grados en un ejército.

23. En chino se les denomina los cuatro «Shuu», literalmente la pluma habladera.

24. En chino el signo o «King» es la tela tejida en nudos. Vale así también por lo que es reglado o regular.

25. El padre FERNÁNDEZ NAVARRETE lo traduce así en sus *Tratados*, pág. 153 a: «Pregonero soy, y no inventor de la doctrina que predico, y enseño al mundo; estimo, y amo la doctrina de los antiguos en que me asemejo, aunque indignamente, al venerable Pung, de quien me precio ser discípulo».

26. Véase lo dicho en la nota 21.

de los señoríos combatientes que le tocó vivir; y en ese sentido es contrario al orden —o mejor, a sus ojos, desorden— existente entonces. Pero ataca al sistema que le rodea precisamente en nombre de la ordenación tradicional; en cuyo sentido sí se juzga enviado por los Cielos para la misión restauradora de la Tradición de China: En el *Lun-yu* VII, 22, puede leerse: «El maestro dijo: el Cielo produjo la virtud que anida en mí».

La originalidad de Confucio radica en los procedimientos elegidos para el cumplimiento de su misión restauradora. No pretendió cambiar la sociedad en modo directo, sino indirectamente, alterando la manera de ser de los hombres, con la convicción de que la mejora de los individuos acarrearía forzosamente la mejora de la sociedad. En el lenguaje en boga en esta nuestra segunda mitad del siglo XX diríamos que no intentó destruir las estructuras, sino educar a los sujetos en la seguridad de que, educados los individuos, las estructuras sociales serán sin más perfectas. Sus modos de enseñar son suaves, prefiere la amonestación a la censura y el consejo al mandato. La reforma ética es para Confucio el único camino para conseguir el buen gobierno, que a su vez consiste en la restauración de la sociedad perfecta de que habían gozado los antiguos. Por eso su meta fue la educación y en esta educación procurar, por decirlo con palabras de Odile Kaltenmark en *La littérature chinoise, La literatura china,* salvar a la Tradición vivificándola [27].

En esa empresa no necesitaba más que de los valores éticos. Los que tocan al humanista que fue según el criterio de Chan Wing-tsit [28]. Su campo de estudio será el entramado de las relaciones humanas, no las de la naturaleza en general, anota por ello Paul Masson-Oursel en su *La philosophie en Orient, La filosofía en Oriente* [29]. Es que únicamente mediante el cultivo de los saberes éticos le era hacedero cumplir la misión de educador que con harta razón le atribuye Tsui Chi en su *Historia de China y su cultura, Geschichte Chinas und seine Kultur* [30]. Por eso fue el confucianismo una filosofía práctica del orden social, y nada más, cual concluye Richard Wilhelm en su *Confucio* [31]. Con agudeza grande lo vio antes que nadie el primer investigador de la filosofía china, padre Domingo Fernández Navarrete, en el segundo de sus *Tratados*: «Pretende el Chino, que cada uno guarde su lugar, y lo que toca a su estado, y oficio, sin pasar los términos y límites. Toda su doctrina y libros se reducen y ordenan a dar medios y documentos para poner en execución el fin que pretenden. Este es el blanco y objeto adequado de quanto trabajó y escribió el Maestro Chinico Kung Fu Cu» [32].

Creyó Confucio en un orden establecido por el Cielo. De acuerdo con la vieja concepción china el Cielo es un ser superior, por Confucio admitido sin discusión, sujeto y objeto de acciones. En el *Lun-yu* III, 13, 2, recógese su decir de que «quien ofende al Cielo no encuentra a quien rezar». En IX, 11, 2, discúlpase exclamando no puede oponerse al Cielo. En XIV, 37, 2, los Cielos son los únicos que conocen a los hombres.

El Cielo no está quieto, sino que actúa sobre los humanos. En el *Lun-yu* IX, 5, 3 el Cielo es el guardián de la verdad, que no dejará desaparezca

27. Paris, Presses universitaires de France, 1967, pág. 14.
28. En *Filosofía del Oriente*, de varios autores. Versión castellana. México, Fondo de Cultura Económica, 1965, pág. 65.
29. Paris, Presses universitaires de France, 1948, pág. 131.
30. Zürich, Pan-Verlag, 1946, pág. 69.
31. Versión castellana. Segunda edición. Madrid, Revista de Occidente, 1966, pág. 92.
32. DOMINGO FERNÁNDEZ NAVARRETE: *Tratados*, 62 a.

de la tierra. En III, 24 el Cielo usa a los hombres como la campana a su badajo de madera. Lo que quiere significar, en la opinión de Fung Yu-lan en su *Historia de la filosofía china, A history of Chinese philosophy*, de que el Cielo es para Confucio divinidad suprema dotada de voluntad y de razón [33]. Sin que ello quiera suponer eludir el sentido profundamente racionalista del pensamiento confuciano; es simplemente la asunción por Confucio de la Tradición china en toda su integridad, tradición admitida por él en su dimensión religiosa. Encarnación viva del alma de su pueblo y restaurador de las que creía formas vitales de los suyos, Confucio acepta el legado de los antepasados también en el lado religioso, aunque bien entendido que como otro ingrediente más al servicio de la misión educadora que se había trazado como meta.

La educación será en la virtud encauzada dentro de los preceptos antiguos de la Tradición de China, tal como constaban en los cinco libros sacros esenciales. Virtud que se logra por el propio esfuerzo, en el cuadro de lo predispuesto por el Cielo y del sitio que en la sociedad cada hombre ocupe; siendo los dos últimos la misma cosa, ya que la voluntad del Cielo es la que coloca a cada individuo en un sitio determinado. La virtud consistirá, en consecuencia, en saber ocupar el puesto que en la sociedad a cada cual corresponda; que es el «ien tao» o camino del hombre, como traduce esta frase Pierre Do-Dinh en su *Confucio y el humanismo chino* [34].

Es el «ien» el concepto cardinal de la especulación confuciana, porque la mejor manera de amar a los demás es el sentimiento social de ligarse a ellos manteniéndose cada cual en el lugar que le correspondiere. Sin que quepa traducir el «ien» por altruismo, como viene haciéndose incluso por magnos especialistas cuales Richard Wilhelm [35], Marcel Granet en *La pensée chinoise, El pensamiento chino* [36], o Henri Maspero en *La Chine antique. La China antigua* [37]. Porque en lengua china «ien» es el carácter 仁, compuesto por otros dos: 人 «ien» u hombre, y 二 «erh» o dos; esto es, la disposición de un hombre para relacionarse con los demás, en una relación que no tiene que ser necesariamente de altruismo ni de amor. En efecto, en el *Lun-yu* IV, 3, el «ien» tanto engendra afectos de amor como de odio: «El maestro dijo: únicamente el hombre dotado de «ien» es capaz de amar o de odiar a los demás»; lo que está corroborado en otro pasaje de la misma obra, en el XIII, 27: «El maestro dijo: el firme, el recio, el sencillo y el modesto se encuentran próximos a la posesión del «ien» [38].

Para entender qué sea el «ien» como virtud de sociabilidad adecuada a la situación del hombre dentro de la comunidad, es necesario recordar el carácter dinámico de la vieja concepción china del mundo. La más antigua exposición de esta concepción del universo se halla contenida en el *Hi Ts'u*, tratadito así denominado por el nombre de su supuesto autor y que suele insertarse como apéndice del *Ii King* o *Libro de las Mudanzas* [39].

33. Princeton, Princeton University Press, dos tomos. Cita al I (1952), 58.
34. Versión castellana. Madrid, Aguilar, 1960, pág. 119.
35. R. WILHELM: *Confucio*, 137.
36. Paris, La Renaissance du livre, 1934, pág. 9.
37. Paris, Presses universitaires de France, 1965, pág. 383.
38. El texto confuciano expresa la firmeza con el carácter 木 o árbol. O sea, aquello que no se dobla.
39. Si es que no significa *Il'si Tz'u Chuan* o *Gran Tratado*. A este respecto, HELLMUT WILHELM: *Change. Eight lectures on the I Ching*. London, Routledge and Kegan Paul, 1960, páginas 67-68.

El universo aparece ahí como el equilibrio entre dos principios inestables, mas siempre conexionados entre sí: el «yin» y el «yang». Es una pareja que en sus referencias señala el ritmo total del universo. El «yin» es el principio femenino, el frío, la umbría de la montaña, el norte; el «yang» es el sexo masculino, el calor, la solana del monte, el sur. Puesto que el pensamiento chino ignora la clasificación de las cosas según géneros y según especies, cuantas existen en el mundo van ordenadas en la bipolaridad de los sexos, extendida analógicamente al resto de todo lo que en el mundo haya. Es el único criterio clasificador por los chinos conseguido, de suerte que cuanto exista, vivo o muerto, natural o cultural, de orden universal o a escala de vida social, colócase en algún lado de la bipartición del «yin» o hembra y del «yang» o macho. Bien entendido que no se trata ni de substancias, ni de fuerzas, ni de especies abstractas; la repugnancia de la mentalidad china por lo desasido de lo concreto genera este simplismo clasificatorio. La derecha es «yin», la izquierda es «yang». Son «yin» el otoño, las cosechas y los alimentos; son «yang» la religión, la guerra y la caza. Es «yin» el número 7, que preside la vida de la mujer, púber a los catorce años y menopaúsica a los cuarenta y nueve, múltiples del 7. Es «yang» el número 8, que regula la vida de los varones, púberes a los dieciséis años y viriles hasta los setenta y dos, múltiples del 8.

La reducción del universo a la pareja «yin» y «yang» es la extensión a la cosmología y a la naturaleza de la división de la humanidad en sexos. Los chinos pasan de lo concreto a lo general, rehuyendo cualquier atisbo de abstracción. Por eso contemplaron al cosmos desde la sociedad, al contrario de lo que sucede en los pueblos occidentales. La armonía del cosmos resulta de la extensión analógica de la armonía de los sexos.

El «tao», que es el caminar del universo, viene concebido desde el equilibrio de los sexos. El «ien», que es la virtud de la sociabilidad perfecta, también está moldeado sobre ese equilibrio. Lo cual implica que el universo es juego dinámico de tensiones, ya que consiste en el equilibrio o desequilibrio del juego de las dos facetas de la realidad. El «tao» 道 es el equilibrio cósmico del «yin» 陰 con el «yang» 陽, ampliando el significado de lo cósmico a la totalidad de la naturaleza, incluida la naturaleza humana. El «tao» 道 es el equilibrio de la vida social, entrando en ese equilibrio la conducta de los hombres que forman a la sociedad. Sin que en ningún caso el resultado armónico provenga de la suma de ambos elementos, sino de su alternar constante. La totalidad es cíclica, nunca lineal; es dinámica, jamás estática. El equilibrio cósmico, igual que el equilibrio social, son siempre transitorios. La mentalidad china entiende al mundo como una serie de cambios alternos de ciclos sucesivos.

Los «li» 禮 o ritos son el cuadro de fórmulas que proporcionan el equilibrio en que la perfección consiste. Gracias a los «li» los hombres pueden vivir de acuerdo con la naturaleza y en concordia entre ellos. Por lo cual los ritos no son ni un concepto jurídico, ni una regla cósmica, ni una ley de la naturaleza. Son mucho más que todo eso: son los criterios que mantienen al universo y a la sociedad en la perfección del equilibrio. Baste repasar los cuadros que de las referencias de las cosas al «yin» y al «yang» aporta Marcel Granet en *La pensée chinoise* sacándolos de viejos tratados chinos [40], para comprender que en las formalidades de los ritos cabe la cultura china por entero.

40. M. GRANET: *La pensée chinoise*, 375-381.

Descendiendo de las temáticas de la vida de convivencia, donde se da lo que nos importa que es el Derecho, los «li» son el mismo orden social, en tal modo que no cabe orden social faltando la observancia de los «li». La máxima de las virtudes es por eso el «ien», que realiza el orden universal dentro de la comunidad precisamente mediante el cumplimiento de los ritos. Los ritos son así también la suprema expresión de la verdadera religiosidad china, como indica Marcel Granet en *La religion des chinois, La religión de los chinos,* al ser el cumplimiento de la virtud por excelencia [41]. Si Confucio no fue un renovador, como él mismo sostenía, es porque se limitó a propugnar el retorno a la práctica de los ritos antiguos para afirmar la moral perfecta, cual bien apunta Pio Filippani-Ronconi en su *Storia del pensiero cinese, Historia del pensamiento chino* [42]. Tampoco la política perfecta será otra cosa que el establecimiento de los ritos; como observa Pierre Do-Dinh, Confucio juega con la homofonía de las palabras política o «cheng» y «tcheng» o rectitud a fin de expresar maravillosamente este criterio [43].

De esta suerte lo ético, lo político y lo jurídico acaban por ser la perfección en el mantenimiento de las fórmulas rituales en la convivencia. Todo el libro XII del *Lun-yu* cabe en esta conclusión, por más que en él venga expuesta con ejemplos concretos. Por eso los ritos no vienen impuestos por la violencia, sino que han de ser practicados como resultado de un juicio de razón. La ética prescinde de la coacción y los ritos cobran motivos de vigencia del convencimiento general de que sin ellos no se logra la armonía del «yin» con el «yang» en las comunidades humanas.

El exacto cumplimiento de los ritos trae consigo que cada miembro de la comunidad actúe según el lugar que ocupa en ella. En el *Lun-yu* XII, 11, está escrito que hay gobierno perfecto cuando el príncipe es príncipe, el ministro es ministro, el padre es padre y el hijo es hijo; lo que se reitera en el *Ta-Hsio* III, 3, a través del elogio del rey Wen en atención en que cuando soberano fue benevolente, cuando ministro reverente, cuando hijo observador de la piedad filial, cuando padre amable y guardador de su palabra en los tratos con sus súbditos. Lo que equivalía en el aspecto ético a poner por virtud suprema el perfecto dominio de sí mismo, como argumenta Fray Juan Bautista Se Tsien-kao en *La filosofía social y política de Confucio* [44].

Todos los hombres, que han de practicar los ritos, son capaces de conocerlos a tenor de su estado social, porque se diferencian más por el «si» o cultura que por el «sing» o naturaleza, la cual es idéntica para todos. De ahí que Confucio procure tornar universal su conocimiento mediante la educación de las gentes, tarea a la que consagró su vida. Claro es que con ello despojó a los ritos de su carácter misterioso, consumando lo que Heinrich Hackmann en su *Filosofía china, Chinesische Philosophie,* calificó de racionalización de los mitos inscritos en los ritos [45]. Porque la educación suponía abrir a la totalidad de los miembros de la comunidad el conocimiento razonado de los ritos y de los argumentos que imperaban su cumplimiento.

41. Paris, Presses universitaires de France, 1951, pág. 97.
42. Torino, Paolo Boringhieri, 1964, pág. 42.
43. P. Do-Dinh: *Confucio,* 120.
44. Versión castellana. Buenos Aires, Editorial Poblet, 1945, pág. 64.
45. München, Ernst Reinhardt, 1927, pág. 84.

El planteamiento era asaz novedoso en China dada la índole cerradamente aristocrática de su organización política, de suerte era abismática la separación entre el pueblo y los nobles o patricios, los «che». Eran los «che» los únicos observadores de los ritos; por ende los que exclusivamente poseían nombres de clan, genealogías claras, parentescos definidos y, por tanto, culto de los antepasados; materias todas cuya regulación era precisamente el objeto de los «li». Por el contrario, el pueblo común carecía de ritos, porque no tenía ni nombre de clan, ni parentesco cierto, ni culto a los antepasados; el pueblo se regía por otro tipo de normas, por las costumbres o «su». De manera que el «huen» o matrimonio establecido ritualmente para los «che» o nobles, era desconocido entre los plebeyos, reducidos a uniones meramente sexuales o «pen», por lo general establecidas cuando la muchacha quedaba fecundada en las fiestas orgiásticas del verano. Al carecer de clan determinado o «sin», los plebeyos no poseían culto a los antepasados, esto es, no practicaban religión alguna según lo que en la vieja China era entendido como religión. Y al carecer de clan carecían de la virtud de casta, aquella «tö» que el fundador del clan transmitía a sus sucesores asegurando la continuidad de la familia.

Así fue fenómeno dignificador la universalidad del rito propugnada por Confucio para los sectores populares, semejante a lo que entre los antiguos egipcios supuso la conquista de la inmortalidad por la conquista del derecho al enterramiento sagrado. Y no es que Confucio fuese liberal, como escribió M. A. Charma en el *Ensayo sobre la filosofía oriental, Essai sur la philosophie orientale*[46]; porque no destruyó con proyecciones individualistas las entidades familiares, sino todo lo contrario; postuló reforzarlas mediante el ensanchamiento a todas las zonas de la comunidad del derecho al culto y a la práctica universalizada de los ritos.

De esta guisa la instauración de los ritos constituía la ordenación misma de la sociedad en lo político y de las conductas individuales en lo ético. Los «li» tenían la doble faceta del orden político y de la rectitud moral, ya que ambas cosas se lograban a través de su exacto cumplimiento.

El procedimiento para restaurar los ritos consistía para Confucio en la rectificación de los nombres. Los nombres o «ming» señalan a cada individuo el puesto que haya de ocupar, y con ello los «li» que deban cumplirse a fin de conseguir la armonía moral del sujeto y la armonía de la sociedad en su conjunto. Es que la aplicación de los nombres es lo que forja al orden en todos sus aspectos y facetas.

Pero Confucio era realista, no utópico soñador y, en consecuencia, sabe que la práctica de los ritos era sobremanera difícil para el común de las gentes. La rectitud que los ritos suponen ha de ser practicada por muy pocos, por los que él mismo designa como los sabios o «kiun tsé». Su misión educadora es la de procurar el perfeccionamiento, el que todos obren como si fuesen «kiun tsé». Pero, entre tanto, su ética es de hecho una ética de minorías, una moral aristocrática. Lo que sucede es que ha constituido la aristocracia de los mejores, pudiendo todos los hombres ser contados entre los mejores con tal que practiquen los ritos, a la vieja moral de los patricios o «che», separados por barreras sociales, ahora por Confucio decisivamente derribadas.

Al juicio de Confucio basta el ejemplo del «kiun tsé» para que el resto

46. Paris, L. Hachette, 1842, pág. 181.

de los hombres les imiten en la práctica de los ritos en que la perfección consiste. Uno de los puntos básicos de su pensamiento fue el de la eficacia de la virtud, pensar que la virtud se difunde en ondas concéntricas para perfeccionar a los demás. De ahí su confianza en que el rey virtuoso es capaz de tornar virtuosos a sus súbditos. Cuéntase en el *Lun-yu* XII, 18, que a la pregunta del príncipe Chi Kang sobre el mejor remedio para extirpar de ladrones al país respondiera bastaba que él mismo no fuese avariento.

Quede para el volumen III analizar a la ética confuciana y a su concepción de la justicia. Baste observar ahora que semejante concepción traía aparejada la negación de la validez de las normas impuestas coactivamente, en otros términos el repudio del Derecho tal como nosotros entendemos al Derecho cuajado en leyes de obligatorio cumplimiento bajo pena de sanciones. Confucio juzga mucho más eficaz la educación que el castigo, el consejo que la punición, el convencimiento racional que la sentencia condenatoria. En el *Lun-yu* II, 3, está recogida la teoría confuciana de la superioridad de los «li» sobre las leyes: «El maestro dijo: si el pueblo es conducido con leyes y se busca la uniformidad en los castigos, tratará de evitar los castigos; mas no tendrá ningún sentido de la vergüenza. Si el pueblo es conducido con la virtud y se busca la uniformidad con reglas justas, tendrá el sentido de la vergüenza y además llegará a ser bueno»[47].

Causa de semejante postura es el radical racionalismo de Confucio, junto con su altísima estima de la condición humana. Opina, por ende, que la amonestación que incide en el honor será más eficaz que el castigo que toca a las astucias. La educación que previene es preferible al castigo que sigue. El ejemplo de los «kiun-tsé», sobre todo si son los gobernantes, parécele más eficaz que las sentencias de los jueces. Mucho más eficaz que las leyes será señalar razonadamente los ritos, o como decía en el *Lun-yu* XIII, 3, 1, rectificar los nombres de las gentes y de las cosas. Condenar a alguien sin antes haberlo educado previamente es para Confucio crimen crudelísimo en el *Lun-yu* XX, 2, 3. El gobernante no debe castigar sino educar, ni le es lícito emplear la severidad con quien ignora los ritos a cumplir. Este es el orden sentado por el Cielo, sin cuyo cumplimiento ningún príncipe es digno de obediencia, insistirá en el propio *Lun-yu,* al concluir la obra en XX, 3, 1. Porque también para Confucio autoridad que se aparta de la ley no merece consideración de autoridad.

Basta conocer los nombres de las cosas, según remacha en XX, 3, 3, sin necesidad de aplicar castigos. Lo que importa es el ejemplo del gobernante. Y no es que Confucio rechace los castigos contra quienes desobedezcan a las leyes, como subraya T'ung Tsu-ch'ii en su *Law and society in traditional China, Derecho y sociedad en la China tradicional*[48]; simplemente, es que juzga más eficaces los ritos que las leyes.

47. En los *Tratados*, III, IV, 26, pág. 143 a - b, DOMINGO FERNÁNDEZ NAVARRETE lo traduce así: «Si el Rey gouierna solo con las leyes, y vsa solo de castigos, y penas, consiguirá que le obedezca por temor el pueblo; pero no es de suyo durable gouierno; si gouernare con virtud, y amor, consiguirá que los vassallos le obedezcan de voluntad, y que se avergüencen de obrar mal».

Siendo harto curioso observar cómo el buen dominico encuentra en este texto de Confucio ocasión para atacar a Maquiavelo y para hallar coincidencias entre Confucio y Santo Tomás de Aquino en ese punto: «S. Thomas en el lib. I, cap. 10 *de Reg. Princ.* prueba, no ser durable el gouierno tyranico, fúndase solo en temor: *Timor autem est debile fundamentum;* y assi, hallada ocasion, se altera el pueblo, y se leuanta» (pág. 143 b). A lo que se debe que aplauda a Confucio, aprobando: «Dize bien, es muy bueno esto» (pág. 152 b).

48. Paris, La Haye, Mouton and Co., 1965, pág. 268.

Por lo demás Confucio adopta esta actitud debido a que es más hacedera a sus ojos la prevención que el castigo, prevenir que curar, ya que las penas no restablecerán el equilibrio del «yin» con el «yang» en que consiste tanto la perfección ética del individuo cuanto la perfección ética de la comunidad. La acción del «li» permite mantener el equilibrio armónico antes de que se rompa, incitando las energías conservadoras del sentido moral en el individuo y consecuentemente en el orden social en la comunidad. Mientras que las leyes penales actúan con posterioridad, sin conseguir restablecer el equilibrio ético ni político una vez que hayan quedado rotos por la mala conducta del sujeto.

Era el mantenimiento de la concepción tradicional china de la norma. Cual ha subrayado Siao King-fang en *Les conceptions fondamentales du droit public dans la Chine antique, Las concepciones fundamentales del derecho público en la China antigua,* el carácter 法 «fa» o ley estaba compuesto por otros tres, luego reducidos a dos: el de «chuei» o agua y el de «kiu» o reposo; con el resultado de que la ley será tranquilidad igualada para todos, orden ecuánime para todos; al paso de que el carácter 刑 «hing» o castigo significaba la regla obligatoria [49]. O sea, lo que dícese ley equivalía a regla de justicia, reservando el signo ideográfico de castigo para los preceptos respaldados por la imposición de una pena. Confucio, evidentemente, reduce la «fa» o norma de los «li» o ritos, excluyendo en su concepción del Derecho a las leyes coaccionadoras o «hing».

Aclaración terminológica que permite comprender como Confucio se mantuvo dentro de los linderos de la mentalidad china primitiva, del sistema de conceptos que se había propuesto restaurar. Integra a los «fa» en los «li», dando de lado a los «hing». Era sumamente fácil, en efecto, reconducir la norma como regla de justicia universal al rito que reflejaba el equilibrio de la armonía entre los dos factores del «yin» y del «yang». Y era asimismo sumamente fácil separar a los «hing» de los «fa», poniendo de relieve la índole posterior de los primeros, su condición de que no restauraban el orden armónico roto y de que apenas si servían para dañar al sujeto castigado, sin que semejante castigo pueda servir para reconstruir la perfección del orden anterior. De donde prefiera el «fa» que asegura el orden del «li» todavía vigente, sobre el «hing» que no restablece el orden y termina por dar en crueldad completamente inútil.

Lo cual quiere decir que en Confucio hay una filosofía ética de la norma de convivencia, de las «fa»; pero es inconcebible una ciencia de lo que nosotros calificaríamos de derecho positivo, de las «hing». Con las reservas que anoté al comienzo de este parágrafo y sin olvidarlas jamás, pudiera concluirse era en cierto modo un filósofo y no un científico del Derecho en la medida en que es dable ser filósofo del Derecho en China, donde las nociones quedan enmarcadas en ámbitos tan dispares de los de los estudiosos del Occidente, formados en las concepciones rígidas que acuñaran los juristas de la Roma clásica. Si sus tesis pudieron triunfar en China desde tantos siglos fue por la universal aceptación de una concepción del mundo construida como armonización dinámica de los dos principios del «yin» y del «yang», armonización en la cual las «fa» proporcionaban la posibilidad de evitar la ruptura del ordenado equilibrio de las conductas tanto en el fuero individual cuanto en sus repercusiones sociales.

49. Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1940, pág. 44.

La ciencia del Derecho había de ser elaborada sobre las leyes aparejadoras de castigo cuando ya el equilibrio roto no podía ser restablecido, cuando ya el ulterior castigo no servía para nada. Es en la madura percepción de la armonía total del cosmos, de la cual forma parte el quehacer humano, donde la filosofía confuciana pudo ser una filosofía eticista del Derecho sin ser en ningún caso una ciencia de las leyes.

Polo opuesto es el que representan los legistas, nombre bajo el cual suele designarse en Occidente la corriente ideológica denominada por los chinos como «Fa Kia», cuyo tema esencial fue desarrollar una teoría del poder que dicte las leyes penales o «hing» como teoría de las leyes en cuanto solamente diputaban leyes a las que vienen impuestas bajo amenazas de castigos, algo así de lo que en Occidente solemos conocer como derecho positivo legislado.

Parece ser que las tesis fundamentales de esta tendencia nacieron en el grupo de letrados que solían reunirse cerca de la puerta Tsi, en la ciudad de Lin-tsö, capital del principado de Ts'i, hacia la segunda mitad del siglo IV antes de nuestra era; algo así como una especie de academia doctrinal, caracterizada exteriormente por usar sus componentes cierto gorro confeccionado de manera particular, plano por arriba, y que oficialmente era señalada com la Academia del Monte Hua, «Hua-chan Huei». Es de tal grupo de donde proceden muchos de los escritos de la escuela del «Fa Kia», unos firmados, otros atribuidos a venerables varones muertos tiempos atrás, pero cuyo nombre respetado aureolaba de prestigio las nuevas teorías allá novedosamente formuladas. En el fondo son la justificación de las tesis oficiales en el gobierno de la dinastía reinante en aquel principado de Ts'i, de moda desde que su aplicación robusteció extraordianariamente la potencia política del principado. Era una actitud realista, no faltando motivos a Arthur Waley en su *Tres maneras del pensamiento en la China antigua, Three ways of thought in Ancient China,* de asignarles mejor el apelativo de realistas que el de legistas con el que generalmente se les conoce [50].

Era aquella edad tiempo de crisis, la crisis de los valores tradicionales traída por la fragmentación de China en diversos señoríos, la ausencia de un supremo poder unificador y la resolución de los problemas a tenor del poderío y de las ambiciones de los interesados, sea en el plano de las relaciones entre los príncipes, sea en el de la gobernación de los pueblos. Las teorías de Confucio, cifradas en un moralismo restaurador de los principios aplicados por los primitivos creadores de la civilización china, asumidos para ejemplos vivificadores, quebrábanse contra la realidad de cada día. Numerosos gobiernos se ven en la precisión de dictar leyes penales concretas como único medio para cortar abusos y desmanes. El año 536 antes de nuestra era Tsen Ch'an, ministro en Tcheng, fundió las «ting» o calderas sagradas donde eran ofrendados los sacrificios en los templos para construir otras nuevas en las cuales iban grabados los textos de las «hing» o leyes penales; siendo de notar que tales calderas constituían los objetos más sacros utilizados en el culto, como apuntan Marcel Granet en su *Danses et légendes de la Chine ancienne, Danzas y leyendas de la China antigua* [51], y Siao King-fang en el *Exposé historique et analytique de la théorie des cinq pouvoirs en Chine, Exposición histórica y analítica de la teoría de los cinco*

50. New York, Doubleday, s. a., pág. 4.
51. Paris, Presses universitaires de France, 1926, pág. 491, nota 2.

poderes en China[52]. En el año 501 antes de Cristo otro ministro del principado de Ts'in, apellidado Teng Si, grabó el código penal de leyes «hing» en tablas de bambú, de donde fueran generalmente llamadas las leyes penales del bambú o «tch'u-hing».

Un ministro del país de Wei apellidado Li K'uei, de quien se sabe era consejero del príncipe Wen reinante entre los años 424 y 386, redactó un Libro de leyes o *Fa Ki*, breve de seis capítulos, pero dotado de importancia extraordinaria ya que sobre su texto han sido calcados cuantos códigos posteriores hubo en China entera: el de Siao Ho bajo la dinastía Han (206 antes de Cristo-219 después de Cristo); el de los Suei (580-617), el de los T'ang (618-906), y el resto de los promulgados hasta la caída del Imperio en el año 1911. Suponiendo el *Fa Ki* novedad insigne, porque en la China de la época diferenciábanse los pueblos civilizados de los salvajes precisamente en el rasgo de que las gentes civilizadas se gobernaban con arreglo a los «li» o ritos, mientras que los bárbaros eran quienes precisaban de los «hing» o leyes apoyadas en amenazas de castigos, cabalmente a causa de carecer de las reglas de los «li», signo de la civilización; en el *Chu Ki* o *Libro de las Historias*, refiérese expresamente el contraste de la inexistencia de los «hing» en China y de su existencia entre las tribus salvajes de los miao, bárbaros extraños a la China civilizada.

El menosprecio de las leyes característico del confucianismo va a ser contradicho por la escuela de los «Fa Kia», recogedora de la opinión de la incapacidad de obtener gobiernos perfectos por el exclusivo procedimiento de aconsejar la práctica de los «li». Cara al eticismo confuciano, al «li» exclusivo, surgirán tres principios nuevos, cada uno de los cuales dará lugar a una de las tres corrientes doctrinales agrupadas bajo el apelativo genérico de «Fa Kia». A saber: la del 勢 «shih» o autoridad; la de la 法 «fa» o norma; y la del 術 «shu» o eficacia en el mando[53], simplemente poder político para traducir el vocablo en modo más asequible a la mente occidental. La primera está representada por Chen Tao, personaje importante en la corte de Ch'i entre los años 342 y 323 antes de Cristo, al cual va atribuido el *Shen-tzu*, del que solamente restan fragmentos. La segunda, la más relevante, es la que abandera Han Fei-tsé, emparentado con la familia que ulteriormente gobernó al Imperio durante cuatrocientos años; ejercedor de varios cargos públicos en su país natal, enviado el año 234 en funciones de embajador a la corte de Ts'in y calumniado allí por su antiguo condiscípulo el ministro Li Sseu, fue encarcelado, envenenándose al año siguiente de 233; siendo su obra la mejor conocida, por habernos llegado casi íntegra en un libro que porta su nombre, en el cual se han recogido diversos escritos suyos, distribuidos desde la antigüedad en cincuenta y tres capítulos; contándose entre ellos, en el que hace el número 49, la reproducción del más célebre de sus tratados, el titulado *De los cinco gusanos*[54]. La tercera corriente o de exaltación del poder o «shu», es la acaudillada por

---

52. Bruxelles, Imprimiere médicale et scientifique, 1939, pág. 15.

53. Algunos comentaristas lo ligan con la imposición de castigos o 伐; otros con el gobernar rectamente o 處中. Ahorramos al lector los aquilatamientos del lenguaje, por lo demás harto conocidos de quienes poseen familiaridad con la lengua y con la cultura chinas.

54. Cito por la edición de W. K. Liao: *The complete Works of Han Fei Tsu, a classic of Chinese Legalism*. London, Probsthein, 1939. El *Tratado de los cinco gusanos*, según el texto publicado en la revista *T'ien Hsia Monthly*, de Shanghai, X (1940), 179-196. El capítulo 50, siguiendo al *Harvard Journal of Asiatic Studies*, III (1938), 161-171.

Chen Pu-hai, fallecido en 337 después de ejercer durante dieciséis años, desde el 351, el cargo de ministro del príncipe Chao, de Han; cuyo pensamiento sábese por lo que se dice en el capítulo 63 de los *Recuerdos históricos* o *Chih Ki*, comenzados por Ssu-ma T'an y concluidos por el hijo de éste Ssu-ma Ch'ien en el siglo II antes de nuestra era [55].

Chen Tao contradice la visión confuciana del orden social. La virtud perfecta no consiste en practicar los ritos, sino en obrar con prudencia siguiendo los dictados de la experiencia. Por ello en lugar de los «li» entra el «shih», la autoridad que impera el Derecho. «El derecho no procede del Cielo, ni tampoco de la Tierra, sino que nace entre los hombres, de acuerdo con sus sentimientos», dícese en el fragmento 11 de los conservados. Sentimientos que provienen de la naturaleza. En el fragmento 13 afírmase que la espontaneidad natural es la regla de la perfección; debiendo resultar del actuar tal como usamos de las manos o de los pies y de los ojos o de los oídos, tal como los pájaros vuelan o los peces nadan. De donde se deduce que el Derecho no es conjunto de reglas, sino manojo de métodos (fragmento 2); métodos que han de ser aplicados teniendo en cuenta por norte la conveniencia de los ciudadanos y, sobre todo, la del príncipe, cuya autoridad rige el pueblo (fragmento 7). De suerte que la eliminación de los ritos, sustituyéndolos por el criterio de la autoridad, supone el establecimiento de una ley reguladora de las conductas. Siendo la justicia el cabal cumplimiento de esa ley determinada por el «shih» o autoridad del príncipe. El fragmento 4 reza: «El perfecto no vulnera la ley». El «shih» ordena el «hing» y el orden pende del «fa» en lugar de manar del exacto cumplimiento de los ritos.

Lo que es la autoridad para Chen Tao es el poder político o «shu» para Chen Pu-hai, quien edifica su sistema de gobierno como ministro en el principado de los Han sobre tres principios: el dejar desarrollarse las iniciativas individuales, la reforma agraria que destruyó el sistema de la propiedad por clanes, y el Derecho, impuesto como norma obligatoria igual para todos; por ello comparado en el fragmento 8 a la balanza que pesa a los súbditos por igual sin tomar en consideración su puesto en la sociedad. Parejamente que a Chen Tao, no interesa a Chen Pu-hai qué sea el Derecho ni qué sea la justicia; lo que busca es robustecer el imperio de una norma eficaz al servicio del orden y de la prosperidad del principado que gobierna.

Por su indiferencia ante la ética y por subordinar todo a la eficacia, salvando las distancias evidentes, Chen Tao y Chen Pu-hai corresponden a los tecnócratas de nuestro siglo. Miran a los métodos y no al contenido, al mandato y no a la sustancia de la norma. El Derecho viene a ser para ellos reflejo del «shih» o del «shu», de la autoridad o del poder escueto. Les interesa apenas la eficacia. En la China del siglo IV antes de Cristo expresan la primacía de la técnica jurídica —si es que cabe aplicar este nombre

55. Puede leerse en lenguas occidentales en las referencias que constan en la versión francesa, debida a EDOUARD CHAVANNES, bajo el título *Les mémoires historiques de Se-ma Tsien.* Paris, E. Leroux, 1895, págs. 13, 43-56, 51, 163, 169, 175, 320, 369-370 y 404. Pero como comprenden apenas los primeros 47 capítulos, han de buscarse los trechos en escritos chinos, salvo acudir para partes sueltas a lo que está en las págs. 21, 170 y 193-194 del *Aids to the study of Chinese philosophy*, colección de textos traducidos por FUNG YU-LANG y L. C. PORTER, editadas en Peiping, Yenching University, 1934.

a circunstancias y mentalidades tan peculiarmente dispares— sobre los saberes filosóficos a lo Confucio o científicos a lo Han Fei-tsé.

Han Fei-tsé no rechaza la importancia de los métodos en el Derecho. Por el contrario, opina que autoridad y poder, que «shih» y «shu» son necesarios para la vigencia de la norma; o sea, postula unas leyes apoyadas en la coacción. En el capítulo 28 escribe: «Cuando se posee capacidad, mas no poder, incluso los más dotados son incapaces de dominar el mal. Tal si como colocamos un leño no mayor de un pie de largo en la cumbre de una alta montaña, rodará hasta el hondón del valle ocho mil pies de profundidad. Lo cual no acontece porque el leño sea grande, sino por la altura de su posición. El Hijo del Cielo Chieh fue capaz de mantener al Imperio en obediencia; lo que sucedió, no porque fuera inteligente, sino por la grandeza de su poder, de su «shih». Mientras Yao [56] fue un hombre del común, no consiguió ni gobernar a tres familias; lo que pasó, no porque fuese indigno, sino por la bajeza de su condición. Cuand un peso de treinta mil «ka-ti» [57] tiene una barca en que apoyarse, flota. Cuando un peso menudo no tiene barca, se hunde. Lo cual no tiene lugar porque los treinta mil «ka-ti» sean ligeros, ni porque el peso menudo sea pesado, sino porque aquél tiene poder o «shih» y éste no tiene «shih». De modo que a causa de su posición, el pequeño puede situarse por encima del grande y quien sea indigno puede gobernar a los sabios si posee el «shih» o «autoridad».

De donde deduce que para mantener el orden social sobran los «li» o ritos y sobran los sabios; bastan las leyes. Por lo demás, los ejemplos de los antiguos, que eran el nervio de la enseñanza de Confucio, antójansele ridículos. Todo el capítulo 19 está consagrado a probar que los «li» practicados en los primeros tiempos causarían risa si se pretendiera seguirlos en el tiempo que corría. Cada época requiere una regla diferente. Sobran, pues, los libros y sobran los sabios confucianos que aconsejan. El final del capítulo 19 es tajante a este respecto: «En el país gobernado por un gobernante inteligente no habrá ni libros ni memorias, porque las enseñanzas son las leyes. No habrá dichos de los reyes antiguos, sino que los funcionarios actuarán como maestros.»

En el fondo es una interpretación del «tao» como equilibrio entre el «yin» y el «yang», ahora definido en la realidad de ser equilibrio perpetuamente inestable. No es que Han Fei-tsé comulgue en ninguna visión del progreso, sino que al revés mantiénese en la línea típica del pensamiento chino, centrado en el «tao» como sola realidad del mundo y de la sociedad. Lo que contempla es la inestabilidad del «tao», su mudar en cada época. De ahí que le parezca absurdo pensar, como pensaba Confucio, que el orden social pueda existir fundado en los postulados de los «li», existentes en tiempos ya más que pasados. Es la ley, ley de cada edad y de cada pueblo, el cimiento del orden. En el capítulo 20 lo dirá: «El gobierno del pueblo no es regla inmutable, son las leyes las que hacen al gobierno. Si las leyes cambian a tenor del tiempo, el pueblo es gobernado; cuando el gobierno se adecua al tiempo, es bueno... Si los tiempos cambian y no se modifican las leyes, será el desorden». Ya en el capítulo 6 había establecido la regla de que «no existe mayor desgracia que la insatisfacción».

56. Uno de los soberanos legendarios de la primera China, según el relato del *Shuu Ki* o *Libro de la historia*.

57. Medida de peso china, equivalente a tres kilos aproximadamente en nuestras medidas de hoy.

En el propio capítulo 6 advierte que es Derecho lo que es adecuado. Lo que quiere decir que las leyes han de ajustarse a los tiempos y a las circunstancias, pero también que los hombres deben acomodarse a las leyes. En el capítulo 19 traza así tres épocas: la antigua, en que regían los «li»; otra posterior, en que dominó la prudencia de los gobernantes; la de su hora, en que la fuerza impone el cumplimiento de las leyes.

Contra la firmeza invariable de la ética confuciana, Han Fei-tsé proclama la relativización de lo justo a tenor de los tiempos mudadizos. Volviendo contra Confucio la idealización de la «hiao» o «pietas» hacia los padres y de la «t'i» o consideración para con los hermanos, en el capítulo 18 observa que resulta siempre más eficaz para mantener el orden familiar la autoridad del padre que la dulzura de la madre. En el fondo lo que late en Han Fei-tsé, igual que en la totalidad de los juristas teóricos de la «Fa Kia», es un cerrado pesimismo antropológico; es que no bastan las amonestaciones; es que parece precisa la imposición de los «hing» o leyes penales si se quiere que exista un orden social.

El príncipe impondrá las leyes de dos modos, muchas veces relatados bajo el nombre de «ping», literalmente puños: castigando a los malos y premiando a los buenos. Pero siendo preferible el castigo al premio. Como advierte en el capítulo 2, «con sus garras y con sus colmillos domina el tigre al perro; pónganse en el perro las garras y los colmillos del tigre y el perro domeñará al tigre».

En el fondo es la teoría científica del Derecho concebido como modo de mandar. No da en simple idealización de la fuerza, como en las doctrinas del «shih» de Chen Tao y del «shu» de Chen Pu-hai, porque Han Fei-tsé procura establecer reglas precisas, porque indaga sobre las razones del mando y porque asigna a las leyes penales o «hing» una función justificada en premisas cardinales. Es la suya una teoría científica de las normas, en la proporción en que cabe una ciencia jurídica dentro de los esquemas del pensamiento de la China clásica. Es un científico de la ley, ya que no un filósofo del Derecho; por supuesto, mucho más que los meros técnicos de la eficacia jurídica que fueran Chen Tao y Chen Pu-hai. No sube a filósofo del Derecho, porque nunca se preguntó qué sea el Derecho; lo que trató es de justificar con argumentos filosóficos sacados del taoísmo interpretando al «tao» como equilibrio inestable, la existencia de los «hing» para fórmula ineludible del gobierno. De otra parte, la reducción del «fa» al «hing» es consecuencia forzosa, y en efecto Han Fei-tsé emplea ambos términos equívocamente como idénticos; con lo cual la noción científico-jurídica del «fa» sirve para encubrir doctrinalmente lo que él trataba de hacer prevalecer en sus argumentaciones: la realidad de los «hing» en el ordenamiento de las sociedades humanas de la China de su época [58].

Pues en esta ocasión me ocupo solamente de trazar las relaciones entre los tipos diversos del Derecho en la China clásica, ahórrome entrar en más detalles. Baste hacer notar que en la China más fecunda en materias doctrinales, la de los siglos VI a IV antes de Cristo, asistimos a tres formulaciones —dicho sea con las repetidas reservas varias veces indicadas— de una filo-

58. Línea que no se pierde en los siglos posteriores y que es anotada por los viajeros. Tomándolo sin duda de ellos el padre del derecho comparado moderno, otra de nuestras glorias preteridas, el agustino fray GERÓNIMO ROMÁN, observa en su *Repúblicas del mundo*, en el estudio consagrado a la *Republica de la China*, que «esta República tiene su gouierno riguroso con que se conserua.» (Tres tomos. Salamanca, Juan Fernández, 1594. Cita al tomo III, folio 235 b).

sofía, de una ciencia y de una técnica del Derecho. La filosofía por mano de Confucio, bien aclarando que su empresa consistió en la reducción del Derecho a los «li» ancestrales, no en preguntarse por la esencia de lo jurídico; pero filosofía al fin, por cuanto se trata de la aplicación de determinados preceptos morales a los asuntos de la convivencia humana. La ciencia del Derecho por trabajos de Han Fei-tsé, empeñado en hallar fundamentos doctrinales a la situación de su siglo, esto es, a la vigencia necesaria de las leyes penales o «hing»; fundamentos que topa en una concepción del «tao» como equilibrio transitorio y en la estima de las leyes con arreglo a los fines establecedores y mantenedores del orden social, o sea por reglas para el convivir. Y la técnica en las teorías enarboladas por Chen Tao y por Chen Pu-hai, defensores de la eficacia descarnada, que en definitiva suponen la primacía de la eficacia de la técnica jurídica en cuanto técnica de autoridad en el «shih» del primero o por técnica del poder a secas en el «shu» del último.

Cabría agregar muchos nombres y otras escuelas, que harto fecunda es la cultura de la vieja China. Pero déjese aquí, habida cuenta de la índole limitada con que han de abordarse las cuestiones en libro de los recortados mojones espaciales del presente *Tratado*. Tanto más que en este punto me limito a rozar la distinción entre los tipos de los saberes jurídicos en la antigua China clásica.

4. *La primera Grecia: de la teología a la filosofía del Derecho*

Los saberes jurídicos en Grecia, punto de arranque de los saberes ju-jurídicos que hoy en día manejamos, esbozan tablas de noticias ordenadas en las cuales el discernimiento entre filosofía, ciencia y técnica jurídicas no se logró jamás con la acrisolada precisión a que supo llegar el genio del pueblo romano. Los especialistas han insistido en la escasa delimitación de los saberes del Derecho en Grecia; en efecto, la simple lectura del estudio de Louis Gernet *Introduction à l'étude du droit grec ancien, Introducción al estudio del derecho griego antiguo* [1], en donde con tanta maestría compendia los resultados del saber jurídico de la Grecia por antonomasia, confirman la impresión de que hablar de ciencia jurídica griega es creación de los contemporáneos nuestros, harto apartada de los criterios de los hombres de la vieja Hélade. Parece a primera vista ser forzoso aceptar las conclusiones asentadas por Ugo Enrico Pauli en sus *Studi sul processo attico, Estudios sobre el proceso ático* [2], desoladoras en definitiva, de que ni siquiera fue conocida una ciencia jurídica griega en medio del poderoso florecimiento cultural de los siglos V y IV, de que los pensadores helénicos jamás emprendieron el estudio sistemático de las normas jurídicas, de que la consideración osciló entre la contemplación técnica del caso concreto o la elevada meditación filosófica, y de que en el mejor de los casos habrá que buscar los planteamientos científicos en los discursos de los retóricos. Es la conclusión formulada con tristezas por Fritz Pringsheim en *Ausbreitung und Einfluss des griechischen Rechtes, Expansión e influjo del derecho griego,* de que saber jurídico especializado no se dio nunca, de que «eine juristische Fachkunde hat es in Griechenland nicht gegeben» [3]; no existiendo bibliografía jurídica aparte peculiar ni antes ni después de Teofrasto, debido al estancamiento del sistema legal, que trajo consigo la permanencia a lo largo de los siglos de conceptos invariables: «alte Vorstellungen leben unentwicklet durch Jahrhunderte fort» [4].

Ya se tasarán luego estas tajantes condenas, porque lo que de esta glosa y de la siguiente se deduce son conclusiones bastante diferentes. Por ahora me limitaré a contraponer dos observaciones que reblandezcan aquellos durísimos cortantes bordes. En primer término la variedad en las apreciaciones de las nociones fundamentales, hecho lógico dada la luenga evolución del pensamiento jurídico griego al correr de seis siglos; como

1. En los *Archives d'histoire du droit oriental,* II (1938), 261-292.
2. Padova, Cedam, 1933, págs. 2-4 y 10-11.
3. En las *Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften.* Phil.-Historische Klasse. I (1952), 1.
4. FRITZ PRINGSHEIM: *Ausbreitung und Einfluss des griechischen Rechtes,* 2.

por ejemplo en lo tocante al derecho natural, tal cual puso de relieve entre nosotros Angel Sánchez de la Torre en *Los griegos y el derecho natural.* aunque no comparta yo su enumeración de la existencia del derecho natural con la totalidad de las facetas por él enumeradas de un derecho sucesivamente religioso, moral, social, político, cósmico, animal y abstracto [5]. En segundo lugar porque los cambios en la mentalidad general de las gentes, por fuerza asaz numerosos en los quince siglos que perdura la cultura helénica, influyeron poderosamente en las estructuras institucionales en las que el pensamiento jurídico se apoya; baste tomar en cuenta los estudios de los especialistas en derecho penal griego para comprender lo que supuso en las contiendas judiciales de índole criminal la afirmación progresiva de la igualdad delante de las leyes a partir de las reformas de Solón en Atenas, tal como relata Artur Steinwenter en *La resolución de los litigios a través de los juicios, sentencias y compromisos según el derecho griego, Die Streitbeendigung durch Urteil, Schiedsspruch und Vergleich nach griechischen Rechte* [6]; o las mudanzas de la noción de la ὕβρις en los variados significados de este vocablo con referencias a la responsabilidad penal, analizadas exhaustivamente por el mismo Louis Gernet en el grueso volumen que titula *Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce (étude sémantique), Indagaciones sobre el desarrollo del pensamiento jurídico y moral en Grecia (estudio semántico)* [7].

Las discusiones acerca del saber jurídico griego provienen, a mi entender, de varias causas. En primer lugar de no haberse planteado el aquilatamiento de los modos del saber jurídico helénico tomando por criterio la distinción básica entre saberes común, técnico, científico y filosófico, con el resultado de que a menudo se les confunde al enjuiciarlos. La segunda, del pasar por válidamente irrefutable el menosprecio de la ciencia griega en relación a la romana, en cierta distribución arbitraria en la cual queda toda la ciencia del lado de Roma y toda la filosofía del lado de Grecia. La tercera, identificar a los saberes con el cuerpo especializado que los formula; con lo que no habría apenas juristas en Grecia; aunque no falten, sin embargo, críticos como el historiador Gustave Glotz en su *Histoire grecque, Historia griega,* que tasen por méritos de originalidad la carencia en Grecia de juristas «du métier» [8].

Cierto es que no cabrá esperar topar en el horizonte cultural griego con conceptos claramente delimitados; pero asimismo es verdad resulta hacedero bosquejar un cuadro de los saberes jurídicos donde la técnica, la ciencia y la filosofía encuentren su apoyo conveniente. Claro es que para conseguir esta visión, es necesario diferenciar dos líneas del pensamiento: la de la primera Grecia, que marcha desde la universal inicial problemática teológica hasta la secularización filosófica en una filosofía del Derecho por primera vez entrevista por Heráclito; y la de la Grecia clásica, que de una parte continúa esa dirección en Antifón y en Platón, superando la tecnificación retórica de los sofistas, mientras de otro lado descubre el saber científico, materialmente por mano de Aristóteles, formalmente en los tratados monográficos de Teofrasto.

---

5. Madrid, Tecnos, 1962, pág. 123. De mis discrepancias daré cuenta al ocuparme, Dios mediante, del concepto del derecho natural en Grecia en el tomo VI del presente *Tratado.*
6. En las *Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte,* VIII (1925), 117-140.
7. Paris, Ernest Leroux, 1917.
8. Paris, Presses Universitaires de France. II (1938), 335.

Cada una de estas líneas, que por lo demás se suceden cronológicamente, será considerada en la presente y en la siguiente glosa, con separación de las etapas por letras alfabéticas.

a) Igual que en todas partes, el saber jurídico griego nace en matriz religiosa, en una influencia que Kurt Latte en su *Heiliges Recht, Derecho sacro* [9] ha extendido al entero curso de su historia. De ahí que, al tratarse de saber sacro, presente desde los inicios la característica de suponer el afianzamiento de un orden y el acomodo a un orden, por más que en los comienzos no sea de un orden necesariamente justo desde los criterios de la razón humana. Trátase de saber total de cuño religioso, abarcador de las esferas cósmica y humanal, definido certeramente como «gnomisch-politische Weisheit», por sabiduría al tiempo gnómica y política, por el viejo Karl Hildebrand en su *Historia y sistema de la filosofía del derecho y del estado, Geschichte und System der Rechts und Staatsphilosophie* [10].

Θέμις o Themis es una diosa femenina, nacida de la cópula de Gaia o Tierra con Uranos o el Cielo, según cuenta Hesiodo en su *Teogonía*, 135. Hija del padre de todos los dioses, es deidad antiquísima, anterior a los días de Homero, hermana de Metis o la Prudencia aconsejante y de Mnemosine madre de las musas. En semejante trasfondo religioso Themis fue diosa del orden, no diosa de la justicia, según demostró Rudolf Hirzel en su esencial libro *Themis, Diké und Verwandtes, Themis, Diké y similares* [11]; no siendo aceptable la interpretación de que coincida con lo justo como ha pretendido entre nosotros Manuel Moix Martínez en su Δίκη. *Nuevas perspectivas de la justicia clásica* [12].

A fuer de encarnar el orden de las cosas y por ser su tarea la de mantener el orden de las cosas, es diosa chtónica, cuyo culto va ligado a los de Gaia o Deméter, sea en cuanto centro del universo y aquí su lugar es el del ὀμφαλός délfico en cuanto ombligo del mundo; sea en la acepción de diosa de la fertilidad y de la producción agraria en los ritos sacros atenienses; sea en la estampa de la Themiskyra o Roca blanca de Themis que aparece en la leyenda de Teseo y las Amazonas. Sentido de orden, que anda radicado en su etimología. Dejando a un lado la aventurada por M. Sánchez Ruipérez en su *Historia de Θέμις en Homero* [13], dado se recorta al horizonte de la poesía homérica sin buscar la línea general del desarrollo de sus significado, θέμις proviene de la raíz θε-, que indica lo puesto y lo establecido según Rudolf Hirzel [14]; o bien de la raíz θεμ-, que equivale a lo firmemente amontonado, a lo sólidamente ordenado, según asegura Víctor Ehrenberg en su *Die Rechtsidee in frühen Griechentum, La idea del derecho en el primer helenismo* [15].

La Themis viene de Zeus y va entregada por Zeus a los gobernantes, los jefes de los clanes o γένος, reyes o caudillos militares, en el acto mismo en que les confería el σκῆπτρον o bastón de mando. De ahí que se manifieste en los oráculos, tanto más eficaces cuanto que provienen de las fuerzas terráqueas más misteriosas y profundas, cual las que inspiran palabras entre-

9. Aalen, Scientia Verlag, 1964, pág. 1.
10. Aalen, Scientia Verlag, I (1962), 41.
11. Leipzig, S. Hirzel, 1907, pág. 2.
12. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, pág. 2.
13. En *Emerita*, XXVIII (1960), 99 y ss. Sostiene proviene de la designación de los asientos ocupados por los ancianos o gerontes en las asambleas descritas por Homero.
14. R. Hirzel: *Themis, Diké und Verwandtes*, 53.
15. Darmstadt, Wiessenschaftliche Buchgesellschaft, 1966, pág. 43.

cortadas a la pitonisa que se retorcía sobre el trípode del santuario de Delfos presa del mareo generado por los efluvios venenosos del vapor que salía de la fuente sacra.

Para Rudolf Hirzel la diosa Themis da consignas prudentes, consejos que habrán de ser cumplidos por más que ninguna fuerza física obligue a su cumplimiento [16]. Para Domenico Pezzi en su Ἀνάγκη. *Note filologiche* [17], encarna, por lo contrario, la forzosidad con que se imponen los decretos del Destino. En todo caso expresan una voluntad de los dioses, por ellos imperada a los gobernantes y que éstos han de seguir sea como fuere, por coacción cerrada o por imperativo religioso.

A lo cual es debido que la Themis carezca de contenido racionalmente explicado, de justificación moral razonada. Su contenido cuaja en proposiciones cuya fuerza deriva del origen divino, de los dioses que las dictan. Las θέμιστες son, en el comienzo del pensamiento griego, preceptos divinales, cuya obediencia resulta sin más de que son mandatos de los dioses.

En esta primera etapa lo que reflejan es la sociedad aristocrática pintada en los textos homéricos. Son las reglas sacras que rigen a la aristocracia descrita en los versos de la *Ilíada*: mandatos divinos para una sociedad de nobles aplicados a los nobles y cumplidos por los nobles. Por ello no afectan a los no nobles, y en primer lugar no afectan a los cíclopes, que en la *Odisea* IX, 112-115, están caracterizados precisamente como desconocedores de las themistes.

No son las themistes tampoco simples mandatos de los gobernantes. Si los gobernantes las imponen es porque las han recibido de los dioses, porque las dijeron los oráculos mediante los cuales los dioses expresan sus voluntades. Las cinco veces en que Homero habla de las themistes en la *Ilíada* pueden resumirse en el texto del libro I, verso 238, en donde las define como mantenidas por Zeus: δικασπόλοι οἵ τε θέμιστας πρὸς Διὸς εἰρύαται. Es que, en resumen, la Themis fue la primera definición del saber del orden universo, dentro del cual iban incluidas las sociedades humanas, pero siempre saber de tipo religioso. No faltaba del todo la razón a J. L. Myres cuando comparó las themistes con el tabú en su conocido libro *Las ideas políticas de los griegos, The political ideas of the Greeks* [18].

b) Diké es otra diosa hembra, nacida del ayuntamiento de Zeus con Themis, hermana de la Paz o Eirene y de la Eunomia o Situación Perfecta. Por cuyo origen ya no se presenta con los caracteres de diosa cerradamente terrena, chtónica, que su madre Themis poseyera. Desde sus orígenes Diké sí parece estar en cambio equiparada con lo justo. Es la decisión justa en la *Ilíada* XIX, 180, y en la *Odisea* IX, 215; es la sentencia correcta en la *Ilíada* XVI, 541 y en la *Odisea* III, 244; es la moralidad, lo que en tudesco exprésase por «Sitte», en la *Odisea* IV, 691: ἥ τ' ἐστὶ δίκη θεῖων βασιλήων; es la virtud de lo justo en suma. Diké está enlazada etimológicamente con δικεῖν, que de una parte indica lo justo y de otra, como señala Víctor Ehrenberg, supone el «Wurf» o proyección que resulta de la contienda [19].

Claro es que esta proyección o resultado puede ser justo o injusto, recto

16. R. HIRZEL: *Themis, Diké und Verwandtes*, 4.
17. En los *Estratti dagli Atti della R. Accademia delle Scienze* de Turín. XIV (1878-1879), 1236-1237.
18. London, Edward Arnold, 1927, pág. 72.
19. V. EHRENBERG: *Die Rechtsidee im frühen Griechentum*, 71.

o torcido, desde el ángulo de una consideración racional; pero será siempre justo y recto desde el lado de la consideración religiosa. Lo cual tiene lugar necesariamente desde el instante en que el primitivo proceso judicial griego era juicio de los dioses más que juicio de los hombres, toda vez que quien decide los litigios hácelo a fuer de representante activo de la divinidad. Bien lo prueba que las claves para la decisión sean, más que los argumentos de las partes, la suerte o la pelea, la ordalía o la apuesta. Por lo cual en la Grecia clásica la contienda judicial tenía idéntico nombre al de la lucha lúdica; en ambos casos exprésase por ἀγών. Según ha puesto de relieve Louis Gernet en su estudio *Sur la notion du jugement en droit ancien, Sobre la noción del juicio en el derecho antiguo,* la realidad jurídica del proceso agótase en la idea de la lucha, de suerte que el juez no puede conocer otros datos que los alegados por las partes que litigan, literalmente que pelean [20]. No otro es tampoco el origen del principio latino «iura non novit curia», admitido en todos los sistemas procesales del Occidente.

La Diké permite descubrir en el juicio la voluntad de los dioses, mas ya con lumbres de criterios de razón. Merced a la Diké el juicio de Dios es juicio interpretado para los hombres. En guisa que la Diké pasa a ser pretensión de justicia, exigencia de justicia, justicia a secas. Víctor Ehrenberg ha estudiado este proceso en su mencionado libro *Die Rechtsidee in frühen Griechentum* en páginas que pueden asumirse por definitivas [21].

El tránsito de un saber del orden porque sí a un saber de lo justo, groseramente coincidente con el paso de la Themis a la Diké, halla su expresión en Hesiodo, quien por algo maneja el mismo vocabulario empleado en los poemas homéricos, pero ya con significaciones paladinamente distintas. Hesiodo posee la mentalidad campesina y férvidamente creyente del campesino de la Beocia que fue, tan contrastante con las perspectivas de la sociedad aristocrática reflejada en la *Ilíada* y en la *Odisea.* Patente en tanta manera que Francisco Rodríguez Adrados en su *Ilustración y política en la Grecia clásica* ha podido hablar de un giro conceptual de ciento ochenta grados [22]. La doble significación de Diké, deducida respectivamente de δικεῖν o arrojar y de δείκνυμι o indicar rectamente tiene su tránsito en los versos de Hesiodo, para concluir en definitiva como acto de comprensión.

Interésase Hesiodo por la Diké a causa de haber perdido el pleito de la herencia paterna en pugna con su hermano Perseo bajo sentencia por él considerada injusta. Como reacción contra esta injusticia torna los ojos hacia la religión y profundiza para completarlos los viejos mitos cosechados por Homero; de ahí postule un orden nuevo diferente del orden aristocrático anterior en el verso 471 de sus *Erga e paralipómena, Los trabajos y los días.* Orden fundado en los dioses, ahora favorecedores de su acción legal, merced a la exaltación por diosa fundamental de la Diké en este nuevo orden que, con la Diké, deberá ser orden indiscutiblemente justo. A ello se debe que para Hesiodo sea la Diké uno de los elementos fundamentales de la vida, por decirlo con palabras de W. J. Verdenius en su *Aufbau und Absicht der Erga, Estructura y propósitos del Erga* [23].

20. En el volumen *Droit et societé dans la Grèce ancienne.* Paris, Sirey, 1964, págs. 63-81. Concretamente en la pág. 70.
21. V. EHRENBERG: *Die Rechtsidee im frühen Griechentum,* 78-83.
22. Madrid, Revista de Occidente, 1966, pág. 88.
23. En el volumen *Hésiode et son influence.* Genève, Fondation Hardt, 1962, págs. 109-159. Cita a las págs. 156-157.

Es en Hesiodo la Diké lo justo universal, mientras las themistes quedan por la norma propia de las aristocracias retratadas por Homero. Racionalización y universalización van de su mano ligadas a la identificación de la Diké con la justicia. Si las themistes eran consejos sacros con vigencia necesaria en las aristocracias homéricas, Diké será lo justo para la totalidad de los humanos, incluidos los sencillos campesinos de la Beocia como Hesiodo fue. Con singular maestría Erik Wolf en su *Griechisches Rechtsdenken, El pensamiento jurídico griego,* ha subrayado esta forzosidad justa de la Diké frente a la indiferencia del orden reflejado en las themistes [24]. La Diké es la justicia universal respecto al orden divino encarnado por la Themis para los recortados estratos superiores de las sociedades aristocráticas que encontramos leyendo la *Ilíada* y la *Odisea.*

De manera que la Diké es lo que justifica las quejas de Hesiodo contra su hermano Perseo en los versos 274 y 275 de los *Trabajos y días;* es la corrección del βία, de la fuerza poderosa; es la negación del ὕβρις, de lo injusto, como resulta de la imprecación a Perseo en el verso 213 de los *Erga e paralipómena.* Con fe cierta de que Diké vencerá a Hybris en el verso 217: δίκη δ' ὑπὲρ ὕβρεος ἴσχει. Algo así como el derecho a la justicia de los débiles contra los fuertes, del hombre justo o δίκαιος ἀνήρ contra el poderoso tal como lo delatan los versos 190 y 191. Las δίκαι, justas y universales, corrigen la ciega voluntad de los dioses encarnada en las θέμιστες merced a su referencia a la racionalidad en la comprensión por todos los hombres en cuanto seres racionales. Son la justicia general frente a las reglas de los clanes, indica Pierre Guérin en *L'idée de la justice dans la conception de l'univers chez les premiers philosophes grecs, La idea de la justicia en la concepción del universo de los primeros filósofos griegos* [25]. En el tránsito de la madre a la hija, de Themis a Diké, se da de esta manera el salto desde lo celestial a lo terreno, de lo delimitado a lo universal y de lo establecido a lo justo, según puntualiza Rudolf Köstler en su *Die homerische Rechts- und Staatsordnung, El orden estatal y jurídico en Homero* [26]. Con la nueva división de la Diké aparece una nueva dimensión del saber jurídico.

Y no porque se desligue por completo del marco religioso ni porque quede ayuna de contenidos divinales. Lo que acontece es que el saber jurídico ya no es lo estatuido para el orden de los clanes aristocráticos; es saber universal y, en consecuencia, saber con posibilidades de llegar a concluir en un sistema de valores de justicia interpretado por la razón humana. Al ciego y fatalista porque sí y porque así de las themistes sucede el abierto resultado de unos juicios legales en los que cabe la intervención de argumentos de raciocinio. Si la diosa Diké es una diosa encuadrada en el fondo de la teología, es también a la par un principio apto para la secularización. Themis estaba más allá de todo saber jurídico humano, ya que era la encarnación de la voluntad inescrutable de los dioses. Diké, su hija, diosa nueva pero más celeste que chtónica, permite nuevos cultos en los que se cultive la razón. La sustitución progresiva de Themis por Diké en el pensamiento helénico abre las puertas a la secularización del orden en funciones de lo justo. Esto es, hace posible pasar desde una teología del orden a una futura y en embrión filosofía del Derecho, de acuerdo con la regla

24. Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann. I (1950), 125.
25. Paris, Alcan, 1934, pág. 20.
26. En las *Gesammelte Aufsätze.* Wien, Österreichische Bundesverlag, 1950, págs. 7-25. Cita a las págs. 16-17.

general asentada en el tomo I del presente *Tratado* de que todo saber filosófico no es otra cosa que la secularización racionalizada de saberes religiosos anteriores.

c) La evolución posterior de los conceptos de la Themis y de la Diké da pie al tercer período del saber jurídico en Grecia, caracterizado por la progresiva secularización racionalizada de ambas nociones, y que es dable caracterizar de dos maneras. La primera, por la paulatina desaparición de la Themis, no obstante resístase a su desvanecimiento de la escena del pensamiento por el modo de aferrarse a la identificación con el concepto de ley. La segunda, en la cada vez mayor reducción de la Diké a consciencia jurídica de los habitantes de la polis, con el resultado de acabar por la confusión entre la Δίκη inspiradora y los νόμοι que en la πόλις vigen. Epoca de transición iniciada en las reformas codificadoras; en la circunstancia ateniense por Dracón, patente en las mudanzas llevadas a cabo por Solón y a cuyo final asistiremos al nacimiento del saber jurídico como saber filosófico por obra y gracia de Heráclito.

La complejidad de la vida ciudadana, patente a partir del siglo VII especialmente en Atenas, requirió reformas políticas que hicieran posible el cambio desde civilizaciones radicalmente agrarias a modos de vida urbanos. Tal es el significado de los intentos de codificaciones o reformas llevados a cabo por Dracón en el año 624 y por Solón (634-560). El apelativo que dan a sus códigos es el de θεσμός [27], pero el vocablo, bien que derivado de las normas dictadas por la diosa Themis, cobra valor harto distinto. Llámanse así porque son la ordenación de reglas ya compiladas por los thesmotetes, seis conocedores del derecho sacro instituidos en corporación hacia el año 638 [28] con la misión de preservar el saber jurídico sacro recogido en las themistes transmitidas por los antepasados. O sea, cuanto no quedaba reservado al arconte rey encargado del culto, al polemarca como jefe militar o al arconte ordenador de los cultos familiares. Pero si las θέσμια imperadas por Dracón reflejaban servilmente los dictados sacrosantos de la Themis arcaica, la palabra será en Solón cosa muy diversa. Solón apelará θεσμοί a sus normas, pero adorará más que a la madre a la hija, a la diosa Diké.

Claro es que Solón cuídase de mantener el nombre, porque procuró presentarse siempre por continuador del saber filosófico sagrado, nunca por el innovador que fue de veras. En el fragmento 28 manifiesta cumple un mandato de Zeus, de quien recibe ἀγαθὴ τύχη que expresa en sus thesmoi. En el fragmento 7 invoca a Afrodita por protectora. Y es de leer como buscó el apoyo de las bendiciones del santo cretense Epiménides en las brillantes descripciones con que lo relata, entre historiador y lírico, algún estudioso del siglo XIX, como E. Lerminier en su *Histoire des législateurs et des constitutions de la Grèce antique, Historia de los legisladores y de las constituciones de la Grecia antigua* [29], munido de tanta deliciosa elegancia imposible de trasladar aquí. En toda ocasión la obra de Solón está enlazada con los mitos viejos, recalca Erik Wolf en su *Griechisches Rechtsdenken* [30].

Pero de la diosa Themis no se acuerda para nada en modo directo. Si Solón inaugura la tercera etapa del saber jurídico en Grecia es en la medida

27. Así Solón en el fragmento XXIV, 28.
28. Es la data que resuelve A. H. J. GREEDNIDGE en la pág. 136 de su *Handbook of Greek Constitutional history*. London, Macmillan, 1928.
29. Paris, Aymot, dos tomos. Cita al I (1852), 183-187.
30. E. WOLF: *Griechisches Rechtsdenken*. I, 212.

en que prescinde de la diosa Themis en sus *Leyes* o θεσμοί. Solón canoniza a Diké, la hija de Zeus, porque Solón es un filósofo que centra ya en el hombre la vida de las sociedades. El meollo del pensamiento solónico alienta en esa contraposición humanísima, deducida de su observación de las exigencias de la vida ateniense más que de la repetición de mitos; es afirmar al ἀνὴρ δίκαιος frente al ἀνὴρ ἄδικος.

Con la particularidad de que es hombre justo quien guarda su puesto en la sociedad, quien no comete excesos ni desmesuras, quien cumple con el primero de sus apotegmas, entre la veintena de los conservados por Stobeo: μηδὲν ἄγαν, nada demasiado [31]. Era lo que correspondía a lo que entonces significaba ser filósofo: el prudente, y no el docto que fuera en siglos ulteriores.

Solón traslada la cuestión del saber de lo justo en la convivencia al plano de los hombres. Solón entierra por ende en su vocabulario la viejísima Themis desde el instante en que opina que el buen orden social es más asunto de hombres que de dioses. Tiene fe en la Diké porque opina, cual puntualizó Werner Jaeger en la *Paideia. Los ideales de la cultura griega*, que los hombres mismos, si adoran a Diké, pueden remediar las injusticias sin necesidad de apelar al ciego cumplimiento de los mandatos inescrutables de los dioses [32]. Es el suyo un saber jurídico nuevo, estrictamente humano, racional a secas. Si no cumple con él la secularización del saber jurídico, ya anda los pasos en la senda secularizadora desde que alborea con tamaña prestancia el papel definidor de la razón.

Signo de ello es el relieve que obtiene la palabra cuyo uso señala incluso en la nomenclatura este tercer período del saber helénico. Nomos es palabra desconocida por Homero fuera de otro alcance que el de lugar donde pastan los ganados; así, entre otras partes, en la *Odisea* IX, 217 y 159 o en la *Ilíada* II, 474, sitios en los cuales νομῷ es sencillamente pasto de los caballos. En Hesiodo pierde ya este sabor campesino de pastoreo para pasar a significar uso o rito en general; tal lo cantan las Musas en el verso 66 de la *Teogonía*, tal es la morada invernal habitual de los pulpos en los versos 525-526 de los *Trabajos y días*. Y hasta inicia la aplicación general al referir en el verso 221 de los mismos *Trabajos y días* los sacrificios rituales de la ciudad como νόμος ἀρχαῖος ἄριστος. Es lo que corresponde al natural de cada ser. En los *Trabajos y días*, 276-277, es lo que imperó Zeus a cada ser según su condición: por el nomos comen los animales y tienen diké los humanos. Hasta los dioses cumplen su nomos respectivo a tenor de sus divinales calidades, de estar al verso 66 de la *Teogonía*.

Que Diké sea el nomos o condición natural del hombre lleva a que la condición de la racionalidad permite al hombre entender qué sea lo justo y, consiguientemente, ordenar justamente la convivencia en la ciudad. Que el nomos no presente nunca carácter religioso sirve para secularizar la Diké puesto que la Diké resulta del perfecto nomos o armonía de las cualidades de los hombres. Con el νόμος la Δίκη puede realizarse en la ciudad según el proceso del razonamiento humano. La Diké estará cada vez más alejada de sus orígenes celestes para concluir en dar por el resultado del criterio racional.

---

31. Vide el texto en la recopilación de BRUNO SNELL: *Leben und Meinungen der Sieben Weisen*. München, Heimeran Verlag, 1943, pág. 92.

32. Versión castellana. México, Fondo de Cultura Económica, tres tomos. Cita al I (1946), 164.

A cuyo proceso cooperará el lenguaje de los médicos. Lo que después fuera designado *Corpus Hippocraticorum* compílase hacia el año 430 como Περὶ ἀέρων ὑδάτων τόπων sobre la base de contraponer la φύσις o actividad meramente natural al νόμος o regla del quehacer del hombre; o sea, contraposición entre realidad efectiva y realidad razonada convencional, de seguir la interpretación dada por Marcello Gigante en su Νόμος βασιλεύς, *Regla real*[33]. Poco a poco el nomos va pasando a ser regla de conducta establecida por los hombres usando de su razón, en contraste con el ciego mandato de los dioses entrañado en las reglas estatuidas por la Themis. Hasta muda el alcance de la Diké, desde orden justo inmanente al universo a regla recta inspiradora del buen orden en la ciudad, la εὐνομία. El fragmento 24, 16 de Solón declara el cambio al referir el nomos por el orden justo en la ciudad: κράτει νόμον βίην τε καὶ δίχην συναρμόσας.

d) La tercera etapa del saber jurídico, con el proceso secularizador y racionalizador que la caracteriza, permitirá llegar al nacimiento de la filosofía del Derecho como saber jurídico especial. Bien que Heinrich Ryffel en su Μεταβολή Πολιτείου. *Der Wandel der Staasverfassungen, Los cambios en las constituciones políticas,* haya pretendido presentarlo como consecuencia de las mudanzas políticas[34], juzgo yo que la implicación entre ideas y hechos no altera el dato crucial de que la noción del nomos es esencialmente jurídica y de que la construcción de la teoría de la norma no puede reducirse a unas alteraciones en las normas positivas vigentes en los distintos pueblos y ciudades de la Grecia clásica.

El nacimiento de la filosofía del Derecho tiene lugar en el curso de las consideraciones alrededor de la Diké, sobre el modo en que se realiza la Diké en cuanto armonizadora del universo en general y de la ciudad o sociedad en particular.

Plantea la cuestión con rasgos filosóficos Anaximandro en el primero de los fragmentos coleccionados por Hermann Diels, que reza:

> «'A ... ἀρχὴν ... εἴρηκε τῶν ὄντων τὸ ἄπειρον ...
> ἐξ ὧν δὲ ἡ γένεσίς ἐστι τοῖς οὖσι, καὶ τὴν
> φθορὰν εἰς ταῦτα γίνεσθαι κατὰ τὸ χρεών·
> διδόναι γὰρ αὐτὰ δίκην καὶ τίσιν αλλήλοις
> τῆς ἀδικίας κατὰ τὴν τοῦ χρόνου τάξιν.»[35].

De este dificilísimo texto se han dado versiones numerosas, no todas coincidentes. Repásese las del propio Hermann Diels o las cuatro de Wilhelm Nestlé, Wilhelm Capelle, Walter Kranz y Olof Gigon recogidas por Erik Wolf en su *Griechisches Rechtsdenken*[36]. A mi ver pudiera verterse del siguiente modo: «De esto (del ἄπειρον, lo indeterminado, lo infinito) tienen su origen los seres, y se hallan sometidos necesariamente a perecer; pues se reparan ellos mismos y los unos a los otros sus injusticias con arreglo al orden del tiempo.»

Lo cual viene a significar, rectamente interpretado, que la justicia se realiza siempre al cabo de las contraposiciones de las cosas, que la jus-

33. Napoli, Edizioni Glaux, 1956, pág. 11.
34. Bern, Paul Haupt, 1949.
35. HERMANN DIELS - WALTHER KRANZ: *Die Fragmente der Vorsokratiker.* Quinta edición. Berlín, Weidmannsche Buchhandlung, tres tomos. Cita al II (1934), 89.
36. E. WOLF: *Griechisches Rechtsdenken,* I, 219.

ticia es el logro final e inexorable de un proceso dinámico de contrastes. En su estudio *Kosmos als philosophischer Begriff in frühgriechisches Zeit, El cosmos como concepto filosófico en la Grecia primera,* Walter Kranz dio a este trecho interpretación cosmológica, refiriéndolo al orden de las cosas en el universo [37]. Mas a mi ver semejante interpretación está todavía tarada del planteamiento dimanado de Platón y de Aristóteles, para el cual todo el grupo entero de pensadores presocráticos fueron pura y simplemente filósofos de la naturaleza, circunscritos a plantear los problemas externos del orden de los seres en el mundo. Juzgo cabe aplicarle al orden social humano, tal como ya lo vieron otros escritores del tiempo clásico aquél, para quienes las injusticias remédianse en el tiempo precisamente porque la Diké realízase a través del juego de contraposiciones en todos los aspectos, incluido el de la ordenación de las sociedades. Sea suficiente memorar las palabras de Orestes en *Las coéforas* de Esquilo, quien, a fuer de escritor que presenta sus piezas dramáticas delante de la consideración del común del público, puede facilitarnos la comprensión del tema con amplitud que excede a los limitados círculos de los filósofos y a la terminología empleada en tales restringidos grupos. En el verso 461 de *Las coéforas,* Esquilo coloca con boca de Orestes la afirmación de que «"Αρης "Αρει ξυμβαλεῖ, Δίκα Δίκα», la fuerza luchará contra la fuerza y Diké (o lo justo) contra Diké.

Tal concepción de la Diké que se realiza en el juego de las contraposiciones sirve para contemplar la realidad, incluída la realidad de la vida de convivencia en la polis, como quehacer dinámico. La Justicia será el resultado de una pugna, en la que Diké triunfa siempre. Bastará acentuar el planteamiento en el plano de la convivencia humana para que nazca la primera temática del modo de realizarse lo justo entre los hombres. O sea, la primera filosofía del Derecho.

Es lo que lleva a cabo Heráclito, cuyo apogeo vital coincide, según Diógenes Laertio, con los años de la olimpiada 69, o sea, entre los 504 y 501 antes de Cristo; aunque su obra Περὶ φύσεως tal vez no fuese publicada hasta el 478 dado que en el fragmento 121 de los compilados por Hermann Diels censúrase la expulsión de Hermodoro por los habitantes de Efeso, hecho acaecido en esta data. Por lo demás, lo llegado hasta nosotros son sentencias dictadas posiblemente en sus funciones de intérprete de los oráculos o sacerdotes de Artemisa, la diosa patrona de Efeso, expuestas en tono simbólico asaz difícil, que ya entre los antiguos le mereció los calificativos de Αἰνικτήρ y de Σκοτεινός, el Enigmático y el Oscuro. Con tamaña dificultad en la intelección de los contenidos que para especialista de tanto fuste cual John Burnet en su *Early Greek Philosophy, La primera filosofía griega,* los hay que quizá no puedan ser adecuadamente interpretados jamás [38].

Desde un punto de vista general Heráclito completa la visión dinámica del universo en su necesario reajuste constante expuesta por Anaximandro, terminando en lo que Abel Rey calificó de metafísica del mobilismo en su *La jeunesse de la science grecque, La juventud de la ciencia griega* [39]. Desde el ángulo que interesa en este *Tratado* fue mucho más que el estrecho filósofo de la naturaleza a que le recluyó la crítica de los magnos presocrá-

37. En *Philologus,* XCIII (1959), 430 y ss.
38. London, Adam and Charles Black, 1945, pág. 152.
39. Paris, Albin Michel, 1933, pág. 313.

ticos. Ya lo apuntó Rudolf Hirzel en su *Themis, Diké und Verwandtes* [40] y lo corroboró Werner Jaeger en su *La teología de los primeros filósofos griegos* [41]; juicios que por autoridad y verdad es conveniente suscribir.

En efecto, según relata Diógenes Laertio en el capítulo V del libro IX de su *Vitae et placita clarorum philosophorum decem libros comprehensa*, el Περὶ φύσεως de Heráclito constaba de tres partes o tratados, uno tocante a la naturaleza, otro a la teología y otro a materias políticas. Siendo de notar que en esta consideración aparte de los problemas humanos y dado lo que supuso para los griegos de aquella época el alcance de lo político, es dable calibrar ya una especificación en los estudios jurídicos, ignorada por los pensadores precedentes.

El punto central de la consideración heraclitiana de lo justo reside en el fragmento 23 de los coleccionados por Hermann Diels, que reza: Δίκης ὄμονα οὐκ ἂν ἤιδεσαν, εἰ ταῦτα μὴ ἦν. A la letra: «No se conocería el nombre de lo justo, si no existiera.» Diels lo completó interpretándolo en el sentido de que si no existiera «la injusticia» [42]. Enrico Soulier en su *Eraclito Efesio* lo completó a su vez con las palabras τὰ νόμινα, o sea: si no existieran «las leyes» [43]. Jean Bollack y Heinz Wismann en su *Héraclite ou la séparation, Heráclito o la separación*, vieron en este fragmento la distinción entre lo permanente de la Diké como nombre y lo contrapuesto de sus realizaciones [44]. Friederich Nietzsche en *Die Philosophie in tragischen Zeitalter der Griechen, La filosofía en la edad trágica de los griegos*, lo definió por la victoria final de lo justo por encima de luchas permanentes [45]. Erik Wolf en su mencionado *El pensamiento jurídico griego* lo traduce en la acepción de que el brillo y la fama de la justicia, de la Diké, serían desconocidos caso de que Diké misma no existiera [46]. A mi entender la cuestión solamente puede ser resuelta de manera satisfactoria si se parte de la evidencia de que Diké es una diosa también para Heráclito, la diosa de la Justicia, y de que el empeño del filósofo consistió en racionalizar el contenido religioso de lo que la diosa significaba, replanteando en el modo más hacedero sus símbolos a lo que cabe en la captación racional de sus mandatos.

En Heráclito es sin duda la Diké el orden mismo de la naturaleza, como certeramente mostró Rodolfo Mondolfo en su *Heráclito. Textos y problemas de su interpretación* [47]. Pero el conocimiento de los preceptos de ese orden encarnado por la diosa Diké está abierto a la razón humana, al λόγος, palabra que en Heráclito cobra nuevo sentido, adecuado a su nuevo planteamiento. En efecto, el Logos era en Homero el diálogo con que Pátroclo distrae al herido Eurípilo en la *Odisea* I, 56. Para Hesiodo es mero relato en los *Trabajos y días*, 106, cuando no reitera la acepción homérica del diálogo de la *Teogonía* 890, o en los mismos *Trabajos y días*, versos 78 y 789. En Heráclito el Logos es el constitutivo del orden en el cosmos y por ello se equipara con la Diké, cual señalan con claridad G. S. Kirk y J. E. Raven en *Los filósofos presocráticos. Historia crítica con selección de textos* [48].

40. R. HIRZEL: *Themis, Dike und Verwandtes*, 392.
41. Versión castellana. México, Fondo de Cultura Económica, 1952, pág. 117.
42. H. DIELS: *Die Fragmente der Vorsokratiker*. I (1934), 156.
43. Roma, Innocenzo Artero, 1885, pág. 252.
44. Paris, Les éditions du Minuit, 1972, pág. 115.
45. En el volumen *Die Geburt der Tragödie. Die griechischen Staat*. Stuttgart, Alfred Kröner, 1955, pág. 286.
46. E. WOLF: *Griechisches Rechtsdenken*. I, 239.
47. México, Siglo XXI, 1966, pág. 318.
48. Madrid, Gredos, 1969, pág. 302.

Al fundir Logos con Diké Heráclito ha hecho posible una comprensión racional de lo justo y ha comenzado la fundación de la filosofía del Derecho.

Bien lo indica la secularización definitiva de la noción del nomos por Heráclito, lo que Víctor Ehrenberg con vocablo ciertamente no muy afortunado para el lenguaje de hoy aunque exacto en la terminología de la Grecia del siglo V, caracterizó por la politización del Nomos [49]. Lo cual, a mi ver, tiene lugar en el fragmento 44: μάχεσται χρὴ τὸν δῆμον ὑπὲρ τοῦ νόμου ὅκωσπερ τείχεος. O sea: el ciudadano, o el pueblo, deberá luchar por su ley igual que por sus murallas.

Si ponemos en relación este texto con lo que del nomos fue arriba dicho, se comprenderá el absurdo de identificar al nomos con la ley positiva de la ciudad. El nomos era el conjunto de factores que hacía ser a la ciudad aquello que era y a los hombres ser lo que eran, algo peculiar y aparte. Entraban en la constitución del nomos la raza, la geografía, las costumbres y los ritos, algo mucho más amplio que las leyes positivas. El nomos es la misma polis en su radical calidad. Si las murallas eran cosa sagrada en la primera mentalidad helénica, lo que Heráclito quiso significar es que el nomos o cualidad propia de la ciudad es tan sagrado cuanto los muros que la protegen. Por eso sobra razón a Antonio Fernández Galiano en su *Conceptos de naturaleza y ley en Heráclito* al poner de relieve que la norma jurídica estaba para Heráclito por encima de todo y de todos [50]. Es que nomos y polis se identifican; es que la polis consiste en la realización de los caracteres expresados en el nomos.

De ahí que en el fragmento 33 dígase que nomos es seguir la voluntad de uno solo, no la de la multitud: νόμος βουλῆι πείθεσθαι ἑνός. Ese solo que es la misma diosa Diké, establecedora del orden en las ciudades. El nomos es regalo de los dioses, aunque provenga de la naturaleza humana como recuerda damião Berge en *O Logos heraclítico. Introduçcão ao estudo dos fragmentos* [51]. De acuerdo con que Diké penetra la conciencia humana, en el fragmento 116, amonestará Heráclito que el mayor deber del hombre es conocerse a sí propio.

La justicia en la ciudad, o sea el Derecho, apóyase en la ley para Heráclito, corrobora Kostas Axelos en *Heráclito y la filosofía, Héraclite et la philosophie* [52]; pero porque realizan el nomos dictado por los dioses para cada ciudad como contenido esencial propio de cada una de ellas. La justicia se realiza en la ciudad tal como se realizaba en el cosmos, asevera Hermann Fränkel en *Heraklit über Gott und die Erscheinungswelt, Dios y el mundo de lo visible* [53]. La sola diferenciación está en que, según consta en el fragmento 102, mientras que para Dios todo es bello y es justo, los hombres han de buscar la justicia remediando las injusticias. El ἕν del fragmento 53 es el λόγος mismo; un Logos en el que también participan los hombres dado que son seres racionales y usando del cual les será hacedero entender las normas puestas por la Diké en los nomoi de cada una de las ciudades griegas.

De esta guisa polis y nomos son creaciones lógicas del Logos divino, en-

49. V. EHRENBERG: *Die Rechtsidee im frühen Griechentum*, 117.
50. En el *Anuario de Filosofía del Derecho*, V (1957), 300.
51. Río de Janeiro, Instituto Nacional do Livro, 1969, pág. 217.
52. Paris, Les éditions du Minuit, 1968, pág. 153.
53. En *Wege und Formen frühgriechischen Denkens*. München, C. H. Beck, 1955, págs. 237-250. Sobre todo en págs. 237 y 249.

tendidas y captadas por los hombres racionales, sujetos a la voluntad, ésta sí ya no racional ni inteligible, de los dioses. El nomos crea a la polis y es algo superior a las leyes concretas que los hombres dicten para la polis en el que hoy diríamos derecho positivo. Es un acto racional de la comprensión de lo justo para Heráclito, concluirá Gustav Kafka en *Die Vorsokratiker, Los Presocráticos* [54]. De ahí que en el fragmento 112 explique Heráclito que la comprensión de la verdad, esto es del orden de la Diké, es la suprema entre todas las virtudes.

Heráclito crea la filosofía del Derecho en Grecia porque aplica a la Diké el criterio por el cual las religiones se transforman en filosofías: racionalizando sus contenidos. Y no porque trace un paralelo entre las leyes del cosmos y las humanas de la ciudad, como quería Ernest Barker en *Greek political theory. Plato and his predecessors, La teoría política en Grecia. Platón y sus antecesores* [55]; pues eso era creencia común desde los primeros tiempos. Ni tampoco porque en Heráclito las contraposiciones respondan a la unidad interna del orden, cual postula Michael C. Stokes en *One and many in presocratic philosophy, Uno y muchos en la filosofía presocrática* [56]; porque no calibra la aplicación del orden universo al nomos constitutivo de las ciudades. Ni porque reduzca el fuego a la razón, cual indica Maurice Solovine en su *Héraclite d'Ephèse* [57]; ya que la superación del naturalismo no es bastante e incluso no está sobradamente clara en lo que a las conexiones entre fuego y razón afecta. No; Heráclito funda la filosofía del Derecho por dos motivos; formalmente, en cuanto incluye en su Περὶ φύσεως tratado especial acerca de la vida humana en sociedad; en el contenido, porque seculariza la Diké al colocarla en situación de accesible para la razón humana, al Logos que también por naturaleza el hombre tiene.

Tal es lo que me parece deba concluirse de este Heráclito que cifra la cuarta etapa del saber jurídico en Grecia. Aunque sobre el oscuro Heráclito siempre resta en pie la duda. No se olvide que ya Oswald Spengler decía en 1904 de él que cada lector lo interpreta a su manera [58].

e) Paralela a la línea recién descrita, que es la medular del pensamiento propiamente griego, tuvo lugar otra racionalización de los saberes jurídicos arrancando de dispar hontanar cuyos caudales últimos se pierden en el cercano Oriente. Tal fue el pitagorismo, corriente fundada por Pitágoras de Samos. Samos, la vieja colonia epidáurica cuya trayectoria sucesiva de reyes, tiranos y «geomoroi» o nobles locales fue tan insufrible para este dorado varón de cuarenta años que escapó de su suelo para trazar en la Magna Grecia, entre Crotona y Metaponto, los legendarios perfiles de aquella su personalidad tan misteriosa que hasta se dudó a veces de la misma existencia terrenal del apóstol fundador.

La fuente de Pitágoras son los misterios, declara Julius Evola prologando *I versi d'Oro pitagorei, Los versos áureos de Pitágoras* [59]. Misterios que apesadumbran de oscuridad su silueta de pensador. Para los coetáneos fue leyenda desprovista de ribetes de saber científico, ha puntualizado el mayor indagador del problema, Isidore Lévy en sus *Recherches sur les*

54. München, Ernst Reinhardt, 1921, pág. 58.
55. London, Methuen and Co., 1925, pág. 51.
56. Harvard, University, 1971, pág. 90.
57. Paris, Félix Alcan, 1931, págs. XXVIII.
58. O. SPENGLER: *Heráclito*. Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1947, pág. 90.
59. Roma, Atanór, 1973, pág. 11.

sources de la légende de Pythagore, Investigaciones sobre las fuentes de la leyenda de Pitágoras [60], en juicio reiterado entre nosotros por Juan B. Bergua en el capítulo preliminar de su *Pitágoras* [61]. Las tres obras escritas que le vienen siendo atribuidas, sobre *La educación*, el *Arte de gobernar* y *La naturaleza*, no han llegado a la posteridad, habiendo resultado harto discutibles los esfuerzos para reconstruirlas emprendidos por Hermann Diels en su *Ein gefälschtes Pythagorasbuch, Un libro falseado de Pitágoras* [62]. En el campo de los saberes jurídicos lo concerniente al pitagorismo ha de buscarse en los fragmentos, en especial en los provenientes de discípulos de los siglos V y IV, en el Περὶ νόμῳ καὶ δικαιοσίνας, *Acerca de la ley de la justicia*, y cierto Hipodamo en su Περὶ πολιτείας, *Sobre la política* [63].

Las notas generales en torno a la concepción pitagórica de la ciencia, recogidas en el apartado segundo de la glosa primera a la lección primera del presente *Tratado*, proyéctanse en los saberes jurídicos hasta dar en la reducción de la totalidad de ellos a fórmulas aritméticas o a figuras geométricas; trasplante de la problemática que da en matematización más que en racionalización genérica, o, si se quiere, en la más extremosa de las racionalizaciones, en la racionalización matemática.

Puesto que los números son cosas o en la interpretación más moderada sustentada por Edwin L. Minar en su *Early pythagorean politics in practice and theory, La primera política pitagórica en la teoría y en la práctica*, sistemas de conexiones expresables en números [64], resultará hacedero definir a los conceptos del saber jurídico por números. Ya lo declaró explícitamente Aristóteles en lo tocante a la justicia en su *Metafísica* I, 985 b 29.

Serán los sistemas de proporciones que nos relatan Filolaos y Arquitas: la aritmética, según la igualdad, en la fórmula: $\frac{a-m}{m-b} = \frac{a}{a}$; la geométrica, según la desigualdad en la fórmula $\frac{a-m}{m-b} = \frac{a}{m}$; y la armónica, en la fórmula $\frac{a-m}{m-b} = \frac{a}{b}$, caracterizada porque para obtenerla es preciso sumar los términos extremos y multiplicarlos por el término medio, con lo que se consigue el doble del producto de la multiplicación de los extremos entre sí. Los pitagóricos calificábanla de ὑπερκαυτία o subcontraria, porque opinaban era la inversión de la media aritmética, aplicándola sobre todo a las relaciones musicales; de la proporción armónica parece ser salió el descubrimiento de la octava nota musical.

Entre todas ellas la segunda o geométrica es la única verdadera proporción, como señala Vincenzo Capparelli en *La sapienza di Pitagora, La sabiduría de Pitágoras* [65]. En el Derecho, en la racionalización por vía arit-

60. Paris, Leroux, 1926, pág. 6.
61. Madrid, Ediciones Ibéricas, 1958, pág. 40.
62. En el *Archiv für Geschichte der Philosophie*, III (1890), 451-472.
63. Para estos datos la edición, que puede considerarse definitiva, de ARMAND DELATTE: *Essai sur la politique pythagoricienne*. Liège, Vaillant-Carmanne, 1922.
64. Baltimore, Waverley Press, 1942, págs. 114-115.
65. Padova, Cedam, dos tomos. Cita al II (1944), 485.

mética de los saberes jurídicos, las que cuentan son las dos primeras de estas proporciones o μεσότητες.

Es que las proporciones van ligadas al Logos. Kurt von Fritz en su *Die ἀρχαί in die griechischen Mathematik, Los principios en la matemática griega,* ha demostrado, textos en mano, que para los pitagóricos el Logos era la mediación misma de lo esencial al objeto, «Mitteilung von etwas Wesentlichen an einen Gegenstand» [66]; lo cual aplicado a nuestro tema, quiere decir que el Logos mismo de los números en la definición de lo justo con arreglo a números o a figuras, suponía ya para los pitagóricos una reducción voluntariamente buscada de los saberes jurídicos. Era ya el intento de comprender racionalmente lo justo en la convivencia. Era ya la indagación filosófica del Derecho; o sea, una filosofía jurídica, al menos en los contenidos y por más que no incidiera en la matización de disciplina aparte. Si tenemos en cuenta las peculiaridades del saber matemático, colocado en región intermedia por los griegos de la época y por el propio Platón entre lo científico y lo filosófico, será dable captar con sobrada facilidad lo mucho que supuso esta reducción de los saberes jurídicos a fórmulas matemáticas en la empresa intelectual característica de la escuela pitagórica.

La justicia fue expresada por diversos números. Aristóteles precisa en la *Magna moralia,* I, I, 1182 a 11, que la justicia es un número cuadrado. Jámblico en su *De vita Pythagorica,* 179 que estaba expresada por un triángulo escaleno. Anatolio en su *De los diez primeros números* o Περὶ δέκαδος, 4, que es el cuadrado, ya que en la figura del cuadrado se da un área igual a su perímetro. Macrobio en el *Commentarius in Ciceronis Somnium Scipionis, Comentario al Sueño de Escipión de Cicerón* I, 5, 17, que la justicia es el número ocho pues es el número que puede ser descompuesto dos veces dos. Son ejemplos que no he de valorar aquí trayéndolos simplemente para prueba de la manera en la cual los pitagóricos consumaron la racionalización matemática de los saberes jurídicos.

Tampoco es mi tarea la averiguación de si semejante perspectiva vino desde Egipto o desde las tierras que hoy llamamos del Asia menor; ni si el teorema por antonomasia dicho de Pitágoras se conocía ya en la India, según exhaustivamente ha razonado con abundante aparato bibliográfico Walter Burkert en su *Weisheit und Wissenschaft. Studien zu Pythagoras, Philolaos und Platon, Sabiduría y ciencia. Estudios sobre Pitágoras, Filolaos y Platón* [67]. Ni si Pitágoras lo que fundó fue cierto partido político aristocratizante, como sostenía A. B. Krische en su *De societatis a Pythagora in urbe Crotoniarum scopo politico* [68], y reitera W. A. Oldfather en su *Pythagoras on individual differences and the authoritarian principle, Pitágoras sobre las diferencias individuales y el principio autoritario* [69]; o si lo que propugnó fue una reforma simplemente ética, en la opinión de A. Jardé en *La formación del pueblo griego* [70]. Lo que cuenta es que ya para el pitagorismo el Derecho viene deducido de la contemplación racional de la realidad, nunca de imposiciones religiosas o de fuerza. En su Περὶ νόμῳ καὶ δικαιοσύνας Arquitas ve a la comunidad política como la proporción con-

66. En el *Archiv für Begriffsgeschichte,* I (1953), 13-103. Sobre todo en la pág. 81.
67. He manejado la traducción inglesa, titulada *Lore and science in Ancient Pythagoreism,* impresa en Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1972. Cita a las págs. 427-447. La edición alemana está estampada en Nürenberg, por la Verlag Hans Clarl, en 1972.
68. Göttingen, Universität, 1830.
69. En el *Classical Journal,* XXXIII (1938), 538 y ss.
70. Traducción castellana. Barcelona, Cervantes, 1936, pág. 299.

veniente entre tres factores: los gobernantes, el pueblo y la ley[71]. Era la última proyección, ya con incidencias en el pensamiento político, de esta secularización de los originarios misteriosos principios jurídicos. Caminando vía paralela a la de la corriente predominantemente helénica, los pitagóricos llevan a término la formulación de una doctrina del Derecho que, por quedar anclada en el ámbito matemático, para los griegos de aquel entonces ocupó lugar intermedio entre la ciencia y la filosofía.

f) Bien que no signifiquen por sí mismos la aparición de la ciencia jurídica como saber aparte en Grecia, son indispensables para su nacimiento los códigos que, a partir del siglo VII, van poniendo orden en las normas vigentes en las sociedades helénicas. Ya aludí incidentalmente a algunos atenienses, al rozar la evolución del saber jurídico desde la Themis a la Diké; ahora será ocasión de valorarlos en cuanto preludios del saber científico del Derecho.

Dejando aparte el atribuido a Licurgo para Esparta, puesto que es lícito dudar de su existencia habida cuenta de que Tirteo no le menciona y las noticias aportadas por Heródoto en su Κλαίο I, 65, quien nos le presenta redactando la constitución espartana según algunos copiando los dictados de la Pitonisa délfica y según otros yendo a copiar a Creta amén de que el sistema lacónico vino a dar en bandería política antidemocrática en las pugnas políticas helénicas. Dejando aparte a Licurgo, en tal caso el más antiguo de los legisladores conocidos sería Zaleuco, redactor de leyes para Locris, en la Magna Grecia, hacia los años 663 o 662 antes de Cristo. Leyes de sello aristocrático; para Aristóteles en la *Política* II, 12,5 1274 a, inspiradas por Tales el Cretense; para su moderno estudioso Max Mühl en *Die Gesetzen des Zaleukos und Charondas, Las leyes de Zaleuco y Carondas,* con evidentes huellas pitagóricas[72]. Siguiéndole una generación después Carondas, legislador de la Catania siciliana, cuyo código obtuvo tanto éxito que fue imitado en la isla de Cos, en la Tracia calcídica, en Lébedos, en Teos y hasta en ciudades escondidas en el hondón remoto de la Capadocia. Sistemas de leyes conocidos por fragmentos entre los cuales cabe distinguir dos redacciones, según ha puesto de relieve F. E. Adecock en *Literary Tradition and early Greek codemakers, Tradición literaria y primeros autores de códigos en Grecia*[73]: la primera recogiendo noticias viejísimas de los primeros tiempos; otra ulterior, que es cuando se le insertan juicios moralizadores, presumiblemente de origen pitagórico.

Filolaos de Corinto legisla en Tebas, Dracón en Atenas sucesivamente. En el año 621 Dracón recibe el encargo de ordenar las θεσμοί en un código del cual Aristóteles nos trajo referencias que es dudoso respondan a la redacción original. Pese a la leyenda forjada en torno a la dureza de su contenido y, no obstante, el confesado empeño de ordenar thesmoi antiguas de origen divino más que redactar nuevas normas, Dracón orienta la línea de los códigos griegos en su permanente tendencia a ensanchar el papel social de los individuos, debilitando, ya que romper era imposible, las ataduras que les unían al armazón jurídico del clan, del γένος. Quizá la meta era acabar con los potentes partidos desgarradores de Atenas, los cifrados en las dos familias de Kilón y de Megacles, cual observó el abate Carlo

71. Puede verse en ARMAND DELATTE: *Essai,* 86. El texto viene del *Florilegio* de STOBEO, XLIII, 132.
72. Aalen, Scientia Verlag, 1964, pág. 53.
73. En *The Cambridge historical Journal,* II (1925), 95-109.

Denina en su *Historia política y literaria de Grecia*[74]; sea por tal causa o por otra cualquiera, las leyes draconianas establecen la obligación de intentar la reconciliación entre las partes en el establecimiento de los τὰ ὑποφόνια o precio de la sangre en los casos de asesinato, recortando la facultad de provocar al asesino, la πρόρρησις, a los familiares; con lo que se disminuían altamente las ocasiones de pugnas violentas de unos clanes contra otros.

Que tal era la tendencia a seguir, dícelo el dato de que Solón respete esas reglas al dictar su código, así como que Solón mismo limitase las facultades de los padres de familia en cuanto a la exposición del recién nacido, en la venta de las hijas o en los derecho sobre los varones. Lo que arriba se dijo acerca de la sustitución de la Themis por la Diké como criterio esencial de lo justo completa la orientación legisladora de Solón en la preparación de una racionalización de la idea de la norma, del nomos.

Cooperaba a ello la ausencia de lo que hoy llamamos derecho consuetudinario en la Grecia clásica, demostrada sobradamente por Hans Julius Wolff en su *Gewohnheitsrecht und Gesetzesrecht in der griechischen Rechtsauffassung, Derecho consuetudinario y derecho legislado en la concepción jurídica griega*[75]. Los pleitos eran resueltos ateniéndose a la inspiración religiosa, admitiéndose por pruebas las ordalías en que la divinidad exterioriza sus decisiones, e incluso las echadas a suerte. Es que el proceso griego nace imitando los ritos de los juegos, como ha probado Louis Gernet en *Jeux et droit* (*Remarques sur le XXIII chant de l'Iliade*), *Juegos y derechos* (*Notas sobre el canto XXIII de la Iliada*)[76]. El ἄγων o pelea judicial, la lite, cobra su nombre del ἄγων o pugna lúdica; la remisión de la sentencia díjose χερσὶ τιθέναι, igual que la entrega de los premios en los juegos: «poner en la mano»; los litigios principian, igual que los juegos, por el juramento de sumisión al juez que decidirá, juramento que en ambos casos parejamente obliga al entero grupo familiar del litigante y a quienes le garantizan y apoyan[77]. Con la consecuencia de que la práctica delante de los tribunales estaba abierta para una racionalización semejante a la que tuvo lugar en el pensamiento desde los iniciales planteamientos teológicos hasta las posteriores temáticas filosóficas. Bastaba que el primer sentido según el cual las sentencias eran decisiones expresantes del querer de los dioses pudiese ser estimado con criterios de pruebas razonadas para que en la práctica procesal los conceptos jurídicos cambiasen asimismo de alcances lógicos.

Es lo que sucede en el siglo v cuando el nomos pierda su primer valor de «mores» o reglas fundadoras de la comunidad para ir adquiriendo poco a poco la versión de reglas legales, o sea, de leyes positivas a secas. En su *Nomos and the beginnings of the Athenian democracy, El nomos y los comienzos de la democracia ateniense,* Martin Ostwald aduce datos bas-

74. Traducción castellana. Madrid, Pantaleón Aznar, cuatro tomos. Cita al I (1793), 274-275.

75. En el *VI. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Hamburg, 1962.* Tübingen-Berlín, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)-Walter de Gruyter, 1962, pág. 10.

76. En las páginas 9-18 del volumen *Droit et société dans la Grèce ancienne.* Paris, Sirey, 1964.

77. A este respecto, abundantísima bibliografía. Entre otros: KURT LATTE: *Der Rechtsgedanke im archaischen Griechentum, El pensamiento jurídico en la Grecia arcaica;* en el volumen *Zur griechischen Rechtsgeschichte, Para la historia jurídica griega.* Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1969, págs. 77-98. R. J. BONNER: *Administration of Justice in the age of Hesiod;* en *Classical Philology,* VII (1912), 17-23. R. J. BONNER: *Administration of Justice under Pisistratos;* en *Classical Philology,* XIX (1924), 359-361. G. SMITH: *Early Greek codes;* en *Classical Philology,* XVII (1922), 187-201, etc. etc.

tantes como para concluir que en el siglo v antes de Cristo el nomos pierde su significación primera de norma general fundadora de la existencia de la polis para venir a significar estatutos o reglas de derecho positivo. Hállalo en tres inscripciones de la época: la de Halicarnaso, correspondiente a los años 660-455, en que ya dícense nomoi y no thesmia las reglas legisladas acerca de la propiedad territorial; la que relata el establecimiento de Naupactus como colonia locria; y la que, proviniente de Eritrea, fechada hacia el año 450, regulaba la función de los magistrados judiciales[78]. Significación que parece faltar en Esquilo, mas que, en cambio, es la tónica del vocabulario manejado por Sófocles. Sea en la *Antígona*, III, 31, 2-5, al describir la proclama de Creonte prohibiendo el entierro de Polinices; sea en *Edipo en Colonia*, 548, al presentar la queja de Edipo delante de los «gerontes» de esta ciudad; sea en las frases de Agamenón en el *Ajax*, 1247, al asentar no cabe instituir nomos ninguno en el caso de que Ajax rehuse someterse al veredicto de los jueces. Y que perdura en Eurípides cuando llana y expresamente diga en *Las suplicantes*, 433, que las leyes escritas constituyen una barrera contra la tiranía, apoyadas en los dioses en el verso 563, pero reconocidas para ser válidas por la humanidad en el verso 378. Significado equiparador de nomoi con leyes escritas que perdura en Aristófanes en numerosos trechos; en *Las aves*, 1650 y 1655-1656, al designar como tales las normas establecidas por Solón para la regulación de las herencias; en la parodia a los decretos del Pritaneo en *Las ranas*, 761-764; en la burla, en el *Plutón*, 914, del sicofante que acude en ayuda de los nomoi vigentes; en *Las avispas*, 467, tocante a las leyes de la polis; o en *Las tesmóforas*, 361-362, cuando plantea el cambio por el pueblo de los nomoi existentes.

Tanto se alteró el alcance del nomos al correr del siglo v que en el año 409, al reproducirse la ley de Dracón castigando antes los homicidas, en el prólogo sustitúyese ya con él la primera redacción de θεσμός[79].

De suerte que el nómos, de norma constitutiva fundamento de la comunidad en la polis, pasa a ser la garantía de la libertad en el lenguaje usual; tal lo ve Gunther Zuntz en Eurípides, aportando textos euripidianos en *The political plays of Euripides, Las piezas políticas de Eurípides*[80]. En Eurípides mismo, libertad y nomos se confunden, apunta Max Pohlenz en su *Griechische Freiheit. Wesen und Werden eines Lebensideals, Libertad griega. Esencia y proceso de un ideal de vida*[81]. La defensa de la ciudad se identifica ahora con la observancia de sus leyes, observará Víctor Ehrenberg en *Der Staat der Griechen, El estado de los griegos*[82]. El luengo caminar de los conceptos jurídicos ha servido para que los códigos, comenzando por recopilación de las thesmoi recibidas de los dioses, transforme su contenido racionalizado en una Diké comprensible para los humanos; así como que los nomoi que inicialmente eran normas sacras para la vida de la polis truéquense en el derecho legislado por el que la polis se gobierna. Lo cual, en la Grecia templada de los siglos v y iv, equivale a decir que fueron el factor que permitió la progresiva disolución de las entidades tribales y el fortalecimiento del papel del individuo en la existencia colectiva.

Con lo cual la redacción de los códigos, paralela a la mudanza del concepto del nómos, preparó el camino para la aparición de una ciencia del De-

78. Oxford, at the Clarendon Press, 1969, págs. 43-45.
79. M. Ostwald: *Nomos*, 50-51.
80. Manchester, Manchester University Press, 1955, pág. 18.
81. Heidelberg, Quelle und Meyer, 1955, pág. 30.
82. Versión italiana, Firenze, La Nuova Italia, 1967, págs. 144-145.

recho. Al cerrarse el cuarto período en la marcha de los saberes jurídicos en Grecia la confluencia de la línea central en torno al concepto de la Diké, con sus paralelas de la matematización pitagórica y de la práctica ordenadora de las legislaciones, deja abierta la puerta para una reelaboración de la que saldrá la tipificación de los tres saberes técnico, científico y filosófico. Lo que tendrá lugar en la edad áurea del clasicismo helénico, que se analiza en la glosa siguiente.

5. *Los saberes jurídicos en la Grecia clásica: de la retórica a la ciencia del Derecho.*

Superados los días de lo que Enrico Opocher en sus *Lezioni di storia delle dottrine politiche, Lecciones de historia de las doctrinas políticas,* llamó el medievo griego [1], al arribar a la edad madura de la sabiduría antigua, vuelve otra vez a presentarse delante de nosotros la pregunta de si se dio o no ciencia jurídica en Grecia, al lado de la técnica y de la filosofía del Derecho. La respuesta general torna a dar en la misma negación que para los tiempos anteriores al siglo V: la de que no existió literatura jurídica propiamente tal, la de que, pueblo genuinamente filosófico, trazó las perspectivas de cualquier posible ciencia del Derecho dentro de los esquemas de los sistemas de la filosofía. Nunca tuvieron sistemas jurídicos, arguye Jean Imbert en *Le droit antique, El derecho antiguo* [2]. En sentido estricto hay que confesar no hubo bibliografía jurídica griega, decreta George M. Calhoun en su *Introduction to Greek legal science, Introducción a la ciencia jurídica griega* [3]. Este apartado intenta responder a la pregunta, matizando el alcance de tan rotundas negaciones. Pues pudiera darse que el pensamiento jurídico helénico, cabalmente por no haber merecido consideración especial, siguiese el rumbo general de la totalidad de los saberes en Grecia; esto es, fue retórica en la rebeldía tecnificadora de los sofistas, subió a elevada especulación filosófica en Platón y solamente a partir de Aristóteles alcanza equilibrada mesura en lo científico cuanto en lo filosófico.

g) La quinta etapa de los saberes jurídicos en Grecia estuvo encarnada en la sofística, donde va exagerado el individualismo en la formulación de los conceptos y se subjetiva tan extremosamente la valía del conocimiento que a la postre será puro relativismo, anarquía en la gnoseología jurídica. Siendo de recordar lo dicho en la glosa primera a la lección 1.ª de este *Tratado*, de que la sofística fue más movimiento que escuela, sin que sea hacedero reducir a unidad las dispares, a veces tan dispares, teorías de los integrados en aquel movimiento cultural.

Siendo la retórica para los sofistas en general un fin en sí misma, por decirlo con palabras de Víctor Duruy en su *Historia de los griegos*, al extremo de que no creían en nada, salvo en el arte del bien decir [4], con la

1. Padova, Cedam, 1966, pág. 37.
2. Paris, Presses universitaires de France, 1961, pág. 38.
3. Oxford, at the Clarendon Press, 1944, pág. 58.
4. Traducción castellana. Barcelona, Montaner y Simón, tres tomos. Cita al III (1891), 17.

secuela del primado absoluto de la técnica retórica, la sofística supuso, sobre todo, la estima de los saberes jurídicos como técnica oratoria. Si tenemos en cuenta que vivieron en los tiempos del apogeo de la democracia en Atenas y que el arte retórico era la escuela de ciudadanía en la contemplación de la ley por norma de convivencia, sentir entonces harto difundido por más que resulte incomprensible para nosotros cual advierte Werner Jaeger en su *Paideia* [5], la palabra vino a ser el arma con que defender la libertad ática del ciudadano, o sea el instrumento de la justicia tal cual podía ser concebida la justicia, en su aplicación a hombres libres y sin consideración para la masa de los esclavos.

Típico de esta doctrina agnóstica y neutral en la convicción del poder persuasor del formalismo de las palabras, era acometer los razonamientos en sus dos aspectos de lo verdadero y de lo falso, de lo bueno y de lo malo, de lo justo y de lo injusto, ofreciendo la posibilidad de demostrar, merced a la magia embaucadora del verbo retórico diestramente manejado, cualquiera de ambas facetas. Los Διϲϲοὶ λόγοι o *Dobles discursos*, tratado anónimo compuesto verosímilmente en el siglo v, bríndannos muestra clara de tal procedimiento. La indiferencia en los fines a conseguir aliábase con la fe en la oratoria bien granada para terminar en la actitud relativista de sujetar lo justo y lo injusto a las dotes del orador que argumentara.

En los saberes jurídicos la consecuencia fue su vaciamiento de contenidos, dada la subordinación de la objetividad filosófica o científica a las técnicas. También aquí tuvo lugar una inversión en la tabla de los saberes y un primado total de la técnica sobre las ciencias y sobre la filosofía. Bien lo prueba que desde los textos de los sofistas cabe concluir temas tan contrarios como un relativismo positivista y una fundación racional del derecho natural. Depende de los autores en cada caso, aunados tan sólo por el denominador común de ver en los saberes jurídicos saberes sujetos a la hegemonía de la técnica retórica. Es que con los sofistas asoma nueva visión de los saberes, o por decirlo en términos caros a los varones de aquel siglo v, una παιδεία fundada en la πολιτικὴ τέχνη, técnica política sin contenidos permanentes, cuyo fin sería la consecución de la δημοτικὴ ἀρετή, de aquella virtud democrática cifrada en arrastrar a los ciudadanos al giro de las opiniones de quien persuasiva y brillantemente les hablase. En el fragmento 1 de los conservados del tratadito Περὶ τῆς μεταστάσεως, *Sobre la revolución*, Antifón de Ramnunte definió meridianamente la cuestión cuando declaró como él por fuerza había de ser demócrata, ya que en su condición de maestro de la palabra (τοῦ λέγειν), sólo podría triunfar dentro de un sistema democrático, el sistema en donde la oratoria es la expresión suprema de la totalidad de los saberes. Es que el ideal de los sofistas carecía de significación moral y de contenido espiritual; era meramente técnico, de habilidades, como señaló Leon Robin en *La morale antique*, *La moral antigua* [6]. Si fuese cierta, que no lo es, la opinión de Pamela M. Huby en su *Greek Ethics*, *La ética griega*, de que los sofistas fueron los primeros en plantearse los problemas morales [7], sería en la medida en que no intentaron siquiera resolverlos. Se lo impedía aquel su tajante relativismo y aquel encerrarse en la virtuosidad de la palabra. Mezcla de conferenciantes, profesores y periodistas, cual los pinta Enrique Molina en *La herencia moral*

5. México, Fondo de Cultura Económica, tres tomos. Cita al I (1946), 326.
6. Paris, Presses universitaires de France, 1947, pág. 23.
7. London, Macmillan, 1967, pág. 7.

de la filosofía griega[8] eran técnicos en el hablar, brillantes virtuosos oradores, pero estrechamente técnicos. Cuanto opinen o escriban penderá de semejante dedicación al cultivo del poder avasallador de la oratoria.

Natural de Abdera, jonio de la periferia de la Hélade, Protágoras (circa 485-después del 411), vino desde los linderos de la Tracia para deslumbrar a los atenienses al extremo de que, de creer lo que asienta C. M. Bowra en *La Atenas de Pericles*, cambió la atmósfera intelectual[9]. Protágoras cultivó los saberes jurídicos, habiendo cosechado aplausos por entendido en el Derecho del alemán Theodor Gomperz[10], de los franceses Gustave Glotz en su *Histoire grecque*[11] y Michel Nouhaud en *Panorama du siècle de Périclès, Panorama del siglo de Pericles*[12], de Enrique Alvarez Zabala en el *Ensayo sobre las ideas filosófico-jurídicas de Protágoras* entre nosotros[13]. Incluso llegó a actuar como legislador asumiendo la función de dictar leyes para la colonia de Turii por encargo de Pericles, cuando éste la fundó el año 444 con ambiciones de que fuese un centro panhelénico de cultura; actividad valorada como de jurista por Adolf Menzel en su *Protágoras als Gesetzgeber von Thurii, Protágoras como legislador de Turii*[14].

Por los fragmentos que Diógenes Laertio nos transmitiera de las *Antilogías* o Ἀντιλογίαι, Protágoras fue el creador del procedimiento de argumentar según las dobles posibilidades del discurso, poniendo en contraste los dos λόγοι posibles en clara relativización de las respuestas. Según precisó Séneca en la LXXXVIII de sus *Epistolae*, sostuvo que «de omni re in utramque partem disputari posse ex aequo et de hac ipsa, an omnis res in utramque partem disputabilis sit». Al ser valorados igualmente ambos, el resultado será que el hombre es la medida de todas las cosas. En su Καταβάλλοντες λόγοι expresó, según testimonio de Sexto Empírico, que πάντων χρημάτων μέτρον ἐστιν ἄνθρωπος, τῶν μὲν ὄντων ὡς ἔστιν· τῶν δὲ οὐκ ὄντων ὡς οὐκ ἔστιν. Esto es, el hombre es la medida de todas las cosas, de las que son como son, de las que no son como no son.

En nuestros días Mario Untersteiner en *I sofisti, Los sofistas*, ha pretendido que semejante texto no andaba reñido con la aspiración a la búsqueda de un saber seguro en un conocimiento universal[15]; lo que equivaldría a concluir que Protágoras superó el saber técnico para elevarse a saberes filosóficos y científicos. Pero los argumentos aducidos por Mario Untersteiner no son en modo ninguno convincentes, ya que fuerza los textos originales hasta un paladino retorcimiento, sin que nada abone pensar que la retórica era en Protágoras medio para hacer triunfar lo justo y lo verdadero; todo lo más la retórica «puede» coincidir con lo verdadero y con lo justo, cual el mismo Untersteiner reconoce[16]: mas no coincide necesariamente como sería preciso para advenir a un saber seguro superior, científico o filosófico, con arreglo a los cánones exigidos por Aristóteles y sin excepción desde Aristóteles seguidos para la catalogación de los saberes.

Más razón tuvo Erik Wolf en su *Griechisches Rechtsdenken*, al mostrar

8. Santiago de Chile, Nascimento, 1938, págs. 42-43.
9. Versión castellana, Madrid, Alianza Editorial, 1974, pág. 185.
10. TH. GOMPERZ: *Pensatori greci*, II (1964), 251 y 202.
11. G. GLOTZ: *Histoire grecque*, II (1938), 483.
12. Paris, Seghers, 1970, pág. 105.
13. Madrid, Góngora, 1931, págs. 193-194.
14. En las *Abhandlungen der sächsische Gesellschaft der Wissenschaften*. Phil.-historische Klasse. LII (1910), págs. 189 ss.
15. Torino, Einaudi, 1949, págs. 56, 67-70 y 73.
16. M. UNTERSTEINER: *I sofisti*, 93.

que la justicia deja de ser para Protágoras diosa y se confunde con la razón humana [17]. Pues es verdad que en su Περὶ θεῶν, *Sobre los dioses*, si bien no llegó a negar la existencia de ellos, Protágoras sostuvo la imposibilidad de que fueran conocidos por los hombres, de acuerdo con la tesis protagoriana de que no caben más conocimientos que los que vienen por la vía de los sentidos. Al dar en incognoscible para el hombre, Diké cesa de ser diosa para encarnar en la razón. Tal como el hombre es la medida de todas las cosas, la razón humana es la medida de los saberes jurídicos. Su relativismo en los saberes jurídicos resulta de que, como notó Giuseppe Saitta en *L'illuminismo della sofistica greca, El iluminismo de la sofística griega*, por mano de Protágoras la cultura vence a la naturaleza [18]. Es que para Protágoras todo depende de la razón del hombre, o si se prefiere, de la educación jurídica y ética que la pólis proporciona con arreglo al ideal del ser humano civilizado, vigente en la Atenas del siglo v. El Derecho sigue la ruta que seguía la ética para Protágoras; según William Lillie en su *An Introduction to Ethics, Introducción a la ética*: depende del ser humano [19]. El hombre, en este caso la razón del hombre, es la medida de lo justo. Todo lo más que cabría admitir para atemperar el rotundo anárquico subjetivismo jurídico, es que no se tratase del hombre aislado, sino del hombre educado en la vida de la pólis.

Los saberes jurídicos son, pues, para Protágoras, saberes racionales en primer término, y en segundo lugar, saberes que dependen de las dotes retóricas de quienes los sustenten. La dualidad de planteamintos no se supera más que en la fuerza oratoria de quien aborde las cuestiones; que el hombre forja el Derecho en el nomos ciudadano será el resultado que en Protágoras topa Max Salomón en su *Der Begriff des Naturrechts bei den Sophisten, El concepto del derecho natural en los sofistas* [20]. El mito referido como de Protágoras en el *Protágoras* 320 c - 322 d platónico confirma esta catalogación de los saberes jurídicos como técnicos, retóricos, relativistas en suma. Cuando llegó la hora marcada por el Destino para que los dioses o el demiurgo creasen a los hombres del limo de la tierra, concediéronles numerosas cualidades, con lo cual las usaron para enzarzarse en lucha unos contra otros. No resolvió nada el robo del fuego por Prometeo. Para evitar el desgarramiento de la especie humana Zeus envió por medio de Hermes el pudor y la justicia, Αἰδώς y Δίκη, causantes de la virtud política. Mas, puesto que Zeus otorgó pudor y justicia a todos los hombres por igual, es la razón humana la que los define en cada instante. Los saberes jurídicos, en la aplicación de lo justo a la vida de convivencia, son saberes estrictamente humanos. Que únicamente valdrán en la medida en que los hombres los mantengan. O sea, según la capacidad retórica para persuadir unos a otros. El relativismo retoricista de los saberes jurídicos coincidía de esta guisa con la mentalidad de la democracia ateniense que fue el marco de la vida intelectual de Protágoras de Abdera.

En la teoría que remachará, incluso exagerándola, Gorgias de Leontinoi (circa 485-380), la minúscula Lentini que ahora cruza indiferente el inadvertido viajero que anda por Sicilia desde Catania a Siracusa. Para Gorgias el Lógos es la fuerza motriz del universo, dado ser el hombre incapaz de

17. E. Wolf: *Griechisches Rechtsdenken*, II (1952), 40.
18. Milano, Bocca, 1938, pág. 96.
19. London-New York, Methuen and Coldt-Barnes and Noble, 1961, pág. 93.
20. En la *Zeitschrift des Savigny-Stiftung fiir Rechtsgeschichte*. Romanische Abteilung. XXXII (1911), 139.

conocimientos. En el Περὶ τοῦ μὴ ὄντος ἢ περὶ φύσεως, *Acerca del no ente o sobre la naturaleza*, proemio, transcrito por Sexto Empírico, arguye Gorgias que nada existe, que si algo existiera sería incognoscible y que, aunque fuese existente y cognoscible, sería imposible transmitir su significación a los demás [21]. Defecto que únicamente podrá suplir el Logos con su violencia, con la βία mágica de la palabra. Un Logos que escapa a la razón humana y que, desde la razón humana, resulta por completo irracional.

Igual que en Protágoras, para Gorgias también el Logos es ambivalente. Puede imponer al hombre la verdad y el bien lo mismo que puede imponerle sus contrarios, sea lo falso o ψεῦδος que es el falso propiamente tal u objetivo, sea el falso subjetivo o ἀπάτη. La tragedia de Elena y el argumento con que Gorgias la exonera de culpa en el famoso *Elogio de Elena* o Ἑλένης Ἐγκώμιον, estuvo en que el Logos omnipotente y para ella inasequible a comprensiones la arrastró por las vías del engaño y de la falsedad en lugar de enderezarla por los caminos de lo verdadero y de lo bueno. El Logos, irracional en su universalidad absoluta, permanece incognoscible para el hombre dada la contraria posibilidad de sus manifestaciones. Es indiferente en su doble presentación y por ello inaprehensible. En el párrafo 1 de la *Apología de Palamedes*, Ὑπερ Παλαμήδους ἀπολογία, la φύσις o naturaleza coincide con la Δίκη o Justicia, pero la Diké no logra eludir su permanente contraste con la violencia, con la βία. La Physis no se manifiesta necesariamente como Diké, porque el engaño o apaté la puede hacer seguir vías torcidas. De suerte que, cual aduce Adolfo Levi en sus *Studi su Gorgia*, faltan garantías para que el pensamiento acierte [22]. El hombre es víctima de las antítesis que le presenta un Logos irracional, que su razón no capta. Por lo cual son parigualmente válidas todas las interpretaciones de la realidad, de la verdad o de lo justo. Con razón concluyó J. Koerner en su *Tragik und Tragödie, Lo trágico y la tragedia*, que éticamente la doctrina de Gorgias está presidida por el caos [23]; opinión confirmada a la letra por Paul Friedländer en su *Die griechische Tragödie und das Tragische, La tragedia griega y lo trágico* [24].

La salida única que resta es el poderío avasallador, aunque formal, de la palabra. De otra suerte Gorgias caería en el abismático pantano del escepticismo. Como ha escrito bellamente Alfonso Reyes en *La crítica en la edad ateniense*, «herido por la saeta de Zenón, náufrago de la duda absoluta, se agarra a la palabra como a una tabla de salvación» [25]. En el campo jurídico la opción salvadora residió para Gorgias en apelar a la oportunidad, al καιρός, a la conveniencia ya exaltada por los pitagóricos en el valer del número 7. Derecho y καιρός coinciden, con la particularidad de que el Kairós era en retórica el arte de la persuasión, según consta en el 453 a del *Gorgias* platónico. Traducido en términos retóricos, Kairós será la habilidad para persuadir, que en cada caso cuajará en lo πρέπον, en lo conveniente, en aquello que proporciona congruencia a la expresión verbal con la realidad. Mas como el Kairós es tan irracional cuanto el Logos lo era aunque ya objetivamente y no en sus manifestaciones incomprensibles para la razón humana, la realidad de lo justo queda ocultada por las apariencias de la retórica. El saber jurídico bajará a oratorios virtuosismos, el arte retó-

21. Hermann Diels: *Die Fragmente der Vorsokratiker*, II (1935), 279-283. En 82 h 3.
22. Separata de *Logos*, XXIV (1941), de 38 págs. Cita a la pág. 26.
23. En el *Preussische Jahrbuch*, CCXXV (1931), 63.
24. En *Die Antike*, I (1925), 5.
25. México, El Colegio de México, 1941, pág. 59.

rico absorberá en la técnica del bien hablar a la totalidad de los saberes del Derecho. Quien lea al *Gorgias* platónico verá la coincidencia de la retórica con el saber de lo justo en la vida social, expresamente dicha en 454 b y 452 d. El saber jurídico será un saber retórico, saber técnico.

Dada la condición simplemente orientadora de estas glosas resulta imposible profundizar en el proceso detallado de la formación del pensamiento de Gorgias tal como lo compuso Hermann Diels en su *Gorgias und Empedokles* [26], ni mucho menos indicar como idéntica orientación tecnificadora de lo jurídico asoma en otros sofistas. Baste lo dicho para captar como en el siglo V los sofistas abren nueva etapa de los saberes jurídicos, caracterizada por la sumisión de ellos a las técnicas oratorias. Un paso atrás respecto a Heráclito si en la multiforme variedad de la oleada sofística no existieran otros profundizadores de los saberes del Derecho.

h) Pues retóricos fueron los padres de la técnica judiciai, desde sus orígenes acunados en la Magna Grecia. En la glosa 2 a la lección 3 de este *Tratado* hablóse de ellos, mostrando como Corax y Tisias aplicaron procedimientos típicamente retóricos a las contiendas judiciales, reiterados más tarde por el discípulo directo de Gorgias que fue Isócrates [27]. Lysias aprendió la retórica judicial de Tisias, refiere J. Girard en *La elocuencia ática* [28]. Consecuencia de la sofística fue, pues, la aparición de la técnica judicial y el hallazgo de reglas para la actuación de los abogados delante de los tribunales. La reducción del Derecho a la retórica dio de sí el conocimiento de la técnica jurídica. En el cuadro riquísimo de la cultura griega donde mecen sus alboradas los saberes todos del Occidente, asimismo brota la primera forma de la técnica jurídica. Encauzada, propiciada y hecha posible gracias a esta perspectiva sofista de colocar en la palabra bien dicha la persuasión convencedora de los ánimos. Aunque semejante persuasión no conduzca siempre a la verdad. Mas ésta es precisamente la diferencia que escinde a la técnica de la ciencia y de la filosofía.

i) Dada la amplitud de incitaciones movedoras de la curiosidad del movimiento sofístico, los sofistas atendieron, no podía ser menos, a la preocupación mayor del siglo V: la validez del nomos, la relación de la naturaleza con las normas vigentes en las distintas ciudades helénicas. La segunda generación de los sofistas se hace cargo de la problemática para abrir dos líneas paralelas, cuya consideración será hasta nuestros días la clave de toda la filosofía del Derecho: la orientación positivista, canonizadora del nómos legislado, y la orientación jusnaturalista, que lo menoscaba al sujetarlo a la norma impuesta por el orden natural de los seres.

En la generación siguiente a los dos primeros cabecillas de la tendencia, abre la cuestión Pródicos de Ceos, nacido alrededor del año 465 antes de Cristo, en quien Max Heinze en la monografía que le consagró bajo el título de *Prodikos aus Keos* ve el ejemplo típico de lo que sea un sofista [29]. En su Ὧραι, *Las Horas,* presenta a la Humanidad andando dos etapas: una primera, en la cual vivíase con arreglo a la Physis; otra segunda, en la que gracias al em-

26. En los *Sitzugsberichte der kaiserlichen Akademie der Wissenschaften,* I (1884), 343-368.
27. Sin que obste escribiera contra los sofistas. Para aclarar esta contradicción, Véase HANS RAEDER: *Platon und die Sophisten.* Kobenhavn, Ejnar Munksgaard, 1939, págs. 24-27 .
28. Traducción castellana. Madrid, La España Moderna, s. a., pág. 16.
29. En las *Sitzungsberichte der königlichen sächsische Gesellschaft der Wissenchaften* de Leipzig. XLVII (1903), 316.

pleo de las técnicas los hombres forjan una regla o nomos que hace posible más perfecta convivencia [30]. Esbozo de distinción que no cuaja en contraposición, dado que el nomos es perfeccionamiento de la physis; logrado, muy al giro de las preocupaciones sofísticas, merced a que las palabras, lejos de responder a signos arbitrarios convencionales como sostuviera Gorgias cuando opinó la imposibilidad de la transmisión de los conocimientos, son, por el contrario, nociones ancladas sólidamente en la realidad de las cosas, realidades físicas que se transforman en reglas o nómoi cuando van a ser aplicadas prácticamente en el lenguaje. Con lo que las palabras llevan a la verdad, la etimología coincide con la sinonimia, los vocablos no caen en mero arbitrio, correspóndense los nombres con las cosas. De donde cabría una concepción filosófica del Derecho en el caso en que Pródicos hubiese aplicado sus principios a los saberes jurídicos, punto acerca del cual carecemos por entero de noticias.

En la misma dirección, ya con aplicaciones al Derecho, opera Antifón el Sofista, cuya actividad de pensador coincide con las postrimerías del siglo V, y a quien es preciso no confundir con el más famoso Antifón el de Ramnunte, jurista logógrafo también empapado en la mentalidad sofística, cuya vida nos conservó Plutarco y de quien han venido hasta nosotros hasta media docena de discursos forenses [31]. Antifón el Sofista no inventó, en verdad, la antítesis entre physis y nomos, entre naturaleza y norma, que venía siendo lugar común en la mentalidad de los griegos del siglo V; lo que hizo fue formularla en términos filosófico-jurídicos desde que la coloca por eje de una especulación filosófica del Derecho, en las dimensiones que entonces podía alcanzar una filosofía del Derecho. En el 4 de los fragmentos llegados hasta hoy de su Περὶ τῆς ἀληθείας o *Sobre la verdad* considera a la ley positiva de la ciudad como un accidente, a la norma natural como una necesidad; aquélla salida artificialmente de un pacto, ésta generada por sí misma. De donde una oposición entre lo justo natural y lo justo legal. Lo que en el fragmento 5 supone sea artificial la diferencia que separa a los griegos de los bárbaros, puesto que la totalidad de los humanos respiran el mismo aire por la misma boca y por las mismas narices.

El resultado era que el verdadero Derecho sería el que mana de la naturaleza; el nómos positivo era fruto de la doxa, de una opinión sujeta a fallo. El φύσει δίκαιον era el verdadero Derecho, del cual depende y al cual ha de amoldarse el nomos legislado si a su vez aspira a ser Derecho. El nomos positivo es una techné, cae dentro de la técnica, muy de acuerdo con la opinión general de la sofística; pero por encima de él existe otro nomos superior, desconocido para el relativismo sofístico: el derecho natural, el φύσει δίκαιον, de validez universal. El engaño o ἀπάτη del Logos cae sobre el derecho positivo, mas de él se halla exento el derecho natural. Consecuencia final será la de que el nomos positivo está dentro de la técnica y su saber es un saber jurídico técnico, mientras que el nomos físico está dentro de la filosofía y su conocimiento es un saber jurídico filosófico. Por eso el primero pende de la opinión mudadiza, al paso que el segundo es invariable. Por ello aquél es incapaz de arribar a un saber seguro y universal, por encima de la especificación de bárbaros y de griegos; saber que el nómos físico proporciona. El saber técnico del derecho positivo no será ya desde Antifón el único saber jurídico, como acontecía ser para Protágoras

30. HERMANN DIELS: *Die Fragmente der Vorsokratiker*, II, 312-316. Es el fragmento 84 B 2.
31. Editados por LOUIS GERNET en su *Antiphon. Discours*. Paris, Les belles lettres, 1923, páginas 38-157.

o para Gorgias; a su lado existe otro saber jurídico, cierto, seguro y universal, esto es filosófico: el saber del Derecho según la naturaleza humana.

Antifón el Sofista da forma decisiva a la diversificación de los saberes jurídicos entre técnicos y filosóficos. Los fragmentos que de él nos quedan poseen por ende importancia suma para la historia de los saberes jurídicos en Grecia. Consagran definitivamente una tabla novedosa. El saber filosófico del derecho, esbozado unilateralmente por Heráclito, es ya contrapié del saber técnico. La huella de Antifón será arranque para la renovación de la tabla de los jurídicos saberes. Personalmente pudiera yo añadir que esta aportación de Antifón el Sofista es lo que ha hecho posible sea escrito el presente *Tratado;* e incluso todos los demás tratados hasta ahora escritos sobre Filosofía del Derecho. Influido o no por Demócrito, según juzga Guido Fassó en su *Diritto e morale nel pensiero greco, Derecho y moral en el pensamiento griego* [32], Antifón el Sofista es el máximo protagonista de la quinta etapa de los saberes jurídicos en Grecia y piedra miliar que marca un hito en la historia del pensamiento occidental.

j) El dualismo irreducible de los saberes jurídicos, propuesto meridianamente por Antifón y verificado en los acontecimientos tristes que forzaron a beber la cicuta al varón ejemplarmente justo que fuera Sócrates delante de los ojos de sus discípulos, va a perdurar en Platón en semejantes términos parejos; esto es, para lo que a nosotros nos importa en la presente glosa en presentar de una parte la especulación filosófica sobre el Derecho en cuanto realización de lo justo en la convivencia, y de otra parte la existencia de una técnica ceñida a la δόξα u opinión inscrita en los nomoi del derecho positivo de las ciudades helénicas coetáneas.

No quiero decir con esto subrayar aquella separación entre lo filosófico y lo técnico sino que Platón no consideró ninguna ciencia jurídica, antes permaneció encerrado en los dos extremos de lo filosófico y de lo técnico. La ciencia jurídica como tal vendrá cuando Aristóteles tome en consideración las constituciones de las ciudades griegas para enlazarlas entre sí, teniendo en cuenta su desenvolvimiento cronológico, pero, sobre todo, cuando aplique al Derecho la noción del kairós, según veremos en seguida. Pues es cierto que Platón asume la realidad vivida; pero desde el punto de mira exclusivo de atender apenas a su calificación desde las reglas altísimas de la filosofía.

Porque Platón se acerca a la realidad vecina en numerosas ocasiones. Ya en el *De legibus* III, 2, 5, anotó Cicerón que Platón razonaba «ut Charondas in suis facit legibus»; lo que corroboró Max Mühl en *Die Gesetze des Zaleukos und Charondas* al demostrar que en *Las leyes* XI, 915 d, cópiase una de las leyes dictadas por Carondas para Catania; por lo demás harto explicable dada la común fidelidad del legislador y del filósofo a las doctrinas enseñadas por Pitágoras. *La República* está henchida de referencias a los sistemas políticos del tiempo: al Gran Rey de los Persas en 553 c, a las oligarquías fenicias en 436 a. *El político* fue escrito ante el desengaño en el empeño de convertir a Dionisio II de Siracusa en filósofo apto para la gobernación perfecta, según resulta paladinamente de la VII de sus *Cartas* [33],

32. En los *Scritti in memoria de W. Cesarini Sforza.* Milano, A. Giuffré, 1968, págs. 333-344. Sobre todo en la pág. 339.

33. Puede verse en la edición cuidada por José Manuel Pabón y Suárez de Urbina. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1970, págs. 60-104. Si es que la estampa del tirano dibujada en *El Político* no retrata al mismo Dionisio, como juzga ENRICO TUROLLA, en las págs. 250-251 de su *Vita di Platone.* Milano, Bocca, 1939.

la que Cicerón calificó de «praeclara epistola» en las *Tusculanae* V, 35. El *Gorgias* es reacción amarga contra la Atenas patria que sacrificó al justísimo Sócrates a unas leyes positivas injustas, opina certeramente Adela Marion Adam en *Platón. Sus ideas morales y políticas* [34]. *Las leyes* están empedradas de alusiones a las legislaciones de Creta y de Esparta en 634 b-e y 686 b; de Egipto en 656 c - 657 c y 798 d - 800 b; de Atenas en 693 e y 698 a-b; de Persia en 694 a-b; por citar algunos ejemplos sacados al vuelo azaroso de la lectura. Quien haya seguido las argumentaciones platónicas dará mucha más razón a Ernest Barker cuando en su *Greek political philosophy. Plato and his predecessors* suponía que la *República* fue compuesta como réplica a las ingerencias suscitadas por hechos reales de la vida helénica [35]; y a Constantino Despotopoulos cuando en su Πολιτική φιλοσοφία τοῦ Πλάτωνος, *La filosofía política de Platón,* aseveró que el fundador de la Academia fue un pragmático al analizar los sistemas políticos del siglo V [36]. Y es que Platón jamás prescindió de la circunstancia vecina. Sus viajes, sus lecturas, el comercio intelectual con hombres doctos de la Hélade propia, de la Magna Grecia o de Egipto, le habían puesto de relieve la multiforme variedad de las maneras de regirse los hombres y la disparidad de los preceptos de los nómoi de las diversas gentes.

Lo que no hizo nunca Platón fue bajar a observar empíricamente las instituciones consideradas, ni descender a examinarlas con ánimo de encontrar las raíces comunes de ellas o los motivos por los que diferían; hubiera sido la tal empresa científica y Platón no tuvo jamás en mientes ninguna formulación científica del Derecho. Si las estudia es desde la perfección de la ciudad ideal, como señaló Santiago Daurella Rull en su *Doctrinas filosófico-jurídicas de Platón* [37]. Más que aquel «distacco pieno della storica contingenza», que aquel alejamiento completo de la mutabilidad histórica de que habló Felice Battaglia en su *Corso di Filosofía del diritto, Curso de Filosofía del derecho* [38], lo que hay es su voluntaria exclusión de los planteamientos científicos del Derecho. Platón baja a los hechos desde la filosofía con el exclusivo intento de aplicarles las reglas que la filosofía había formulado.

Ante la realidad jurídica de la Grecia cabían tres actitudes: la ordenación técnica de las normas, incluso colocándolas como hechos objetivos libres de las argucias acechadoras de la técnica retórica, que tanto encandilaran a los sofistas y por Platón repudiadas desde las bellísimas sentencias inmortales del *Gorgias;* la búsqueda de las raíces profundas de tales normas positivas, sea en sus fundamentos razonados, sea en las conexiones con los supuestos humanos o culturales de cada ciudad o de cada grupo; y la medición de semejantes normas desde los principios supremos del bien por excelencia que la filocofía del Derecho descubre y expone.

Lo primero fue para Platón técnica judicial, con sus ineludibles puntas de retórica; era el arte de la política, en líneas generales. Es lo que aplica al Derecho el Extranjero cuando acorralado en *El político,* 283 b, confiesa que también aquí se da el arte de medir, la μετρητική τέχνη. Arte que —por ser arte y no ciencia ni filosofía— es el que sirve para medir la relación

34. Versión castellana. Madrid, Saturnino Calleja, 1922, págs. 45 y 93.
35. E. BARKER: *Greek political theory,* 239.
36. Ἀθῆναι, Ἐκδότικος οἶκος Σεφέρλη, 1957, pág. 101.
37. Barcelona, Pedro Ortega, 1921, pág. 32.
38. Roma, Società editrice del «Foro Italiano», tres tomos. Cita al I (1949), 114.

con la justa proporción, la conveniencia y la oportunidad, el trépon y el kairós a que expresamente hácese alusión en 284 e. Es el arte de los jueces y de los legisladores usuales, estrictamente atenidos a factores extraños a la auténtica e inalcanzable superior Justicia, muy lejos de la Idea de la Justicia pura que los filósofos contemplan. El arte judicial es más hermoso que el de la medicina o que el de las finanzas, puesto que se ocupa del bien y de las almas en lugar de tratar de los cuerpos y de los dineros, consígnase en la *República,* 478 d; pero arte al fin y al cabo. De ahí la facilidad con que los jueces yerran en sus sentencias, corrobora en el 409 a. Arte inferior, razónase en 303 d — 305 e, parejo a la ciencia militar o a la retórica. La regla de los jueces es regla técnica, no filosófica, la «τέχνη-Norm» de que con lujo de detalles habla Hans Joachim Krämer en su *Areté bei Platon und Aristoteles. Zum Wesen und zur Geschichte der platonischen Ontologie* [39]. La legislación es a la justicia lo que la culinaria es a la medicina, dijo Sócrates soberbia y despectivamente en el *Gorgias,* 464 b-c.

La segunda manera es el tratamiento científico de las cuestiones. Platón lo elude, para saltar a la tercera posición posible: la filosófica. En efecto, Platón se acerca a la realidad no con intentos de describirla ni de razonarla, sino de someteria críticamente a aquello que define a lo justo en la sociedad: a la idea suprema del Bien, tal como la refiere la filosofía. El Derecho en la convivencia es el Bien aplicado por los filósofos. A. Diès en su *Autour de Platon, Alrededor de Platón,* ha demostrado para los planteamientos generales, perfectamente aplicables a los círculos del Derecho, que para Platón es el Logos, y solamente el Logos, lo único que permite superar la doxa, subiendo desde la errabilidad de las opiniones hasta la cumbre de la seguridad científica [40]; con la certeza que los lógoi contrarios admitidos por Protágoras no eran capaces de conseguir jamás a causa de la neutralidad inútil de la retórica. Es que para Platón el Bien es la idea eterna, imperturbable, perfecta, situada más allá de los humanos; invariable siempre; lo que podrá variar no es la exactitud perfecta de su contenido, lo que varía es el grado y modo de su conocimiento por los hombres. Las contradicciones del Logos no existían desde que las supera su condición ideal de infinitud, según probó hace más de un siglo Karl Uphues en numerosas exquisitas monografías, cuales las tituladas *Elemente der platonischen Philosophie, Elementos de filosofía platónica* [41] *y Das Wesen des Denkens nach Platon, La esencia del pensamiento en Platón* [42]. Contra los sofistas, Platón asienta el afincamiento del saber seguro en un Logos exento de contradicciones. Su grande avance dimanó del convencimiento de que la técnica jurídica, el quehacer de jueces y de legisladores usuales, no alcanzará jamás al conocimiento de la Justicia; pues para conocerla es necesario acertar a captar el orden universal por encima de los casos particulares, objetivizarla en frase de Víctor Brochard en *La moral de Platón* [43]. Toda la magnífica monografía de Robert William Hall intitulada *Plato and*

39. Heidelberg, Universitätsverlag, 1959, págs. 224-225.

40. Paris, Les belles lettres, 1972, págs. 464-465.

En el mismo sentido MANLIO BUCELLATO: *La retorica sofistica negli scritti di Platone.* Milano, Fratelli Bocca, 1953, págs. 72 y 96.

41. Soest, Rasse'sche Verlangsbuchhandlung, 1870, págs. 20-26.

42. Landsberg a. W., Hermann Schönrock, 1881, págs. 93-98.

43. En los *Estudios sobre Sócrates y Platón.* Versión castellana. Buenos Aires, Losada, 1945, página 177.

the individual, Platón y lo individual, constituye la aportación de una serie de datos convincentes del modo profundísimo en que Platón calibró la inferioridad del saber técnico jurídico propio del empirismo judicial respecto al saber filosófico del Derecho [44]; allí podrá topar el lector cuantos numerosos datos es imposible recoger en escrito de las limitaciones de la presente glosa.

Recoge ahora Platón el dualismo suscitado por Antifón el Sofista entre los derechos natural y positivo comprendidos por dos tipos irreducibles de los saberes jurídicos, mas completando magistralmente los perfiles. El derecho positivo es ahora producto de la empirie, el derecho natural radica en la physis. Una physis con fundamentos religiosos, porque el Bien es el mismo Dios inalcanzable para los humanos y lo que ha de mirarse en la physis no es la pluralidad de los elementos ordenados en el cosmos, sino la idea transcendente de la justicia situada más allá de las apariencias de los seres empíricos, según con apoyos en la *República,* 509, y en la *Carta VII,* 341, arguyó decisivamente Hans Kelsen en sus dos estudios *Die platonische Gerechtigkeit, La justicia platónica* [45] y *Platon und die Naturrechtslehre, Platón y la doctrina del derecho natural* [46], contra las superficiales apreciaciones de John Wild en su *Plato's modern enemies and the theory of Natural Law, Los modernos enemigos de Platón y la teoría del derecho natural* [47]; sin que sirvan de nada las réplicas de éste en su *Plato and the Natural Law, Platón y el derecho natural* [48].

El acierto de la exégesis kelseniana está probado porque el derecho natural, que es el sólo Derecho verdadero, no es conocido ni por los jueces ni por los comunes legisladores, dado que éstos para Platón se atienen a un saber empírico y fragmentario del mundo; pero solamente por los filósofos, para Platón exclusivos sabedores del Bien y de la aplicación del Bien que es la Justicia. Es la distinción característicamente platónica entre filodoxos y filósofos. Es que los verdaderos gobernantes son las Ideas y no los hombres, como consta en la *República,* 501 a — 502 a; porque el Dios y no los hombres es la medida de todas las cosas contra lo que opinó Protágoras, remáchase en *Las leyes,* 716 c. Es que para Platón el Derecho es siempre derecho sacro, en la expresión que argumenta el poco sospechoso Zdzislaw Jerzy Czarnecki en su *Religia i spoleczenstwo w pogladach Platona, Religión y sociedad en el pensamiento de Platón* [49] y con quien coincide Jean Luccioni en *La pensée politique de Platon, El pensamiento político de Platón* [50]. Es que en la temática platónica los legisladores verdaderos deben ser filósofos, conocedores de lo justo, iguales a los profetas y a los sacerdotes, sacerdotes del dios ideal encarnado en la idea de la justicia, del Apolo que ilumina a la tierra en imagen platónica harto conocida.

La filosofía enseña el Bien inscrito en el transfondo del cosmos como derecho natural, Derecho auténtico de los filósofos. Conocen la justicia en sí misma, conocedores racionales de la justicia, aunque falten en los textos

44. The Hague, Martinus Nijhoff, 1963. Sobre todo en las páginas 72, 80, 82 y 119.
45. En los *Kant-Studien,* LXXVIII (1933), 113 ss.
46. En al *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht,* VIII (1957), 1-43.
47. Chicago, University of Chicago Press, 1953.
48. En la *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht,* XI (1961), 177-200.
Completa el cuadro MORRIS STOCKHAMMER, en su *Reine Rechtsphilosophie. Eine Platon-Studie.* En el *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie,* XLVII (1961), 333-354.
49. Warczawa, Ksiazka i Wiedza, 1968, págs. 121-158.
50. Paris, Presses Universitaires de France, 1958, pág. 33.

platónicos datos para opinar la conocen intuitivamente, como opina Georges Vlachos en *Le principe de légalité et l'idée d' «homme royal» dans la pensée de Platon, El principio de legalidad y la idea del «hombre real» en el pensamiento platónico* [51]. Los filósofos sí pueden ser legisladores con garantías de acierto, en contraste con los yerros que cometerán los legisladores técnicos y los jueces técnicos. Por boca de Clinias, Platón redactó *Las leyes* a fin de que sirvieran para hipotético código con destino a la colonia que iban a fundar los de Knosos, según dícese en el 702 b-c, empresa que le era factible dada su condición de filósofo. Pues, en efecto, *Las leyes* son un código a secas, como interpretan Michel Villey en sus *Leçons d'histoire de philosophie du droit, Lecciones de historia de la filosofía del derecho* [52] y Theodor Gomperz en su *Pensadores griegos* [53], o por lo menos un manual para perfectos legisladores, cual opinó Antonio Freire en su *Platão* [54]. El que en *Las leyes* insista en el valor de las normas no creo yo implique la renuncia por parte de Platón a otorgar a los filósofos la posesión del saber jurídico verdadero; pues los filósofos siguen dictando en *Las leyes* las normas, tal como venían dictándolas en *La República;* lo que pasa es que, siendo imperfectos los hombres del común, para ellos son precisas las normas del derecho positivo, los nómoi de las ciudades; dícelo a la letra el mismo Platón en *Las leyes*, 875 c-d, insistiendo en la regla de que ha de ser así, filósofos legisladores y hombres vulgares legislados, «porque no existe ley ni ordenación ninguna superior al saber (de lo justo), ni es lícito que la inteligencia sea súbdita ni esclava de nadie, sino que ha de ser señora de todo con tal sea verdadera inteligencia y efectivamente libre por naturaleza». Cual ha escrito Francisco Puy Muñoz en sus *Lecciones de derecho natural*, en Platón la legalidad objetiva obtiénese como término del entendimiento [55]; una objetividad, completo yo, que por ende es absolutamente asequible a los filósofos, nunca a los técnicos del Derecho, sean jueces, sean legisladores usuales. En verdad que para el estudioso de Platón resulta ininteligible al par que absurda la desvalorización del saber concebido por virtud suprema y la exaltación a máxima virtud del sentimiento, intentada por Hugo Marcus en su *Plato und die Tugendlehre, Platón y la teoría de la virtud* [56]; pues el primado del saber jurídico filosófico es en Platón algo tan innegable que, de rechazarlo, resultaría incomprensible la perspectiva platónica de los saberes jurídicos.

No es hacedero conceder más espacio a la doctrina platónica de los saberes jurídicos, aun en la consciencia de haberla esbozado simplemente. Pero de lo dicho puede colegirse como Platón no admite más que dos tipos de ellos: el filosófico, saber del auténtico Derecho por quienes conocen el orden cósmico más allá de los rasgos menudos en que se presenta; y el técnico, conocimiento del nomos legislado, saber sujeto a yerros sumos, saber de legisladores comunes y de comunes jueces, el saber de aquéllos que condenaran a Sócrates a beber la cicuta en un proceso que para Platón supuso desdén eterno hacia los tribunales atenienses. El problema del saber científico es cuestión que ni siquiera se plantea. Quien impera es el saber racional del cual la justicia y el Derecho auténticos son dos

51. En los *Archives de Philosophie du droit*. IX (1964), 195.
52. Paris, Dalloz, 1962, pág. 24.
53. Th. Gomperz: *Pensatori greci*, III, 605.
54. Braga, Livraria Cruz, 1954, pág. 140.
55. Tercera edición. Barcelona, Dirosa, 1974, pág. 175.
56. En el *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, XLI (1954), 281-286.

«Äusserungen», dos expresiones, en palabras de Reinhard Maurer en su *Platons Staat und die Demokratie, El estado platónico y la democracia*[57].

k) Hasta donde llegan mis noticias fue Aristóteles el primero en separar los tres sectores técnico, científico y filosófico de los saberes jurídicos. Porque, si bien es verdad tenía razón Hans Kelsen en su estudio sobre *La politique gréco-macédonienne et la Politique d'Aristote, La política greco-macedónica y la Política de Aristóteles* en definir a la *Política* por una doctrina constitucional[58], no es menos cierta la opinión de George M. Calhoun en su *Introduction to Greek legal science* de que Aristóteles nunca discernió a la ciencia jurídica de la ciencia política[59]. En ambos casos, sin embargo, las tesis dispares adolecen del mismo fallo: no aquilatar qué sea ciencia y qué sea técnica del Derecho en el ámbito de la ciencia del siglo IV. Error análogo al que comete inexplicablemente Constantin Vicol Ionescu en *La filosofía moral de Aristóteles en sus etapas evolutivas*, cuando recae en el trasnochado juicio positivista de que Aristóteles construyó la teoría de una ciencia «empírica» del Estado[60]; tópico general entre los escritores decimonónicos cuales Hermann Rehm en su clásica *Geschichte der Staatsrechtswissenschaft, Historia de la ciencia del Estado*[61], o Wilhelm Oncken en su *Die Staatslehre des Aristoteles in historisch-politischen Umrissen, La teoría del Estado de Aristóteles en bosquejos histórico-políticos*, al clasificarle sin más, al gusto positivista, por «Naturforscher der Politik», por investigador naturalista de la política[62]; pero que parecía inconcebible en nuestros días después de las páginas magistrales con que W. L. Newman aclaró ya en 1887 la cuestión en su «Introducción» a la admirable edición de *The Politics of Aristotle*, cuando distinguió al método práctico del productivo y mostró cuán dispar de como fue hubiera sido la estructura de la *Política* si Aristóteles aplicase el método positivista del empirismo que el positivismo adscribía a las ciencias de la naturaleza, trasladándolo a las cuestiones políticas: «It is easy to see how different the plan of the *Politics* would have been if Aristotle had identificied the methode of physical and political study»[63]. Aclaración de la cuestión cara al cerrado positivismo decimonónico, reafirmada por W. D. Ross en su no menos excelente *Aristóteles*, al dejar claro que el método utilizado por el Estagirita fue sin duda en gran manera inductivo, pero nunca empírico, ya que jamás perdió de vista las concepciones comprensivas y universales aportadas por la metafísica y por la ética[64]. Juzgar por empírico al saber político, del cual es ramal el saber jurídico en la terminología aristotélica, es desconocer el equilibrio sazonado con que Aristóteles asumió la realidad; nunca tomada por punto exclusivo de los saberes del Derecho, sino como hontanar de datos que tener en cuenta. Realismo y no empirismo es la catalogación del saber jurídico de Aristóteles. Decir lo contrario equivaldría a colocar la metodología de Augusto Comte en el mismo plano que

57. Berlín, Walter de Gruyter, 1970, pág. 117.
58. En los *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, IV (1934), 38.
59. G. M. CALHOUN: *Introduction*, 71.
60. Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, dos tomos. Cita al I (1973), 384.
61. H. REHM: *Geschichte*, 60.
62. De 1870. Cito por la edición en Aalen, Scientia Verlag, 1964, dos tomos. Desde la pág. 3 del volumen I a la 528 y última del volumen II.
63. Oxford, at the Clarendon Press, cuatro tomos. Cita al I (1887), 10. Razonado en las páginas 11 y 15.
64. Versión italiana. Bari, Laterza, 1946, pág. 352.

la de Santo Tomás de Aquino, por citar una comparación que entre por los ojos del lector.

Tan es así que el arranque de los saberes jurídicos para Aristóteles está en la doctrina de la justicia. Lo han reconocido siempre sin excepción los comentaristas todos; bastará memorar entre los libros que cuando esto escribo tengo al alcance de la mano en mi biblioteca y aun a sabiendas trátase de lugar común a todos ellos, lo que asienta Joachim Krämer o Joachim Camerario en su *Politicorum et Oeconomicorum Aristotelis, interpretationes et explicationes accuratae, nunc primum a filijs in lucem editae, Interpretaciones y explicaciones sobre la Política y la Económica de Aristoteles, editadas por primera vez ahora por sus hijos*[65]. El que Aristóteles tenga en cuenta la realidad con mayor recepción de la que hubo en el sistema platónico es actitud puramente filosófica, dimanada de haber rechazado la noción de las ideas como realidades situadas fuera del mundo de la naturaleza, con la secuela de ver la razón y universalidad de las cosas en las cosas mismas, no en el orbe de las ideas separadas en donde lo veía Platón; de pretender unidad lógica, ya que no ontológica, basada más en el modo de conocer los objetos que en los objetos mismos; de donde que a la Idea del Bien sustituya los bienes en las cosas y de ahí que maneje en novedoso modo la ἐπαγωγή o inducción lógica, aunque siempre ligada a la función iluminante del entendimiento sobre los problemas de la imaginación. Mas sin que este nuevo procedimiento de la epagogué tenga nada de común con el empirismo del positivismo decimonónico; la ἐμπειρία aristotélica es en verdad algo que no se ha de confundir con lo que el empirismo moderno es.

Tanto más que en Aristóteles hay que separar sucesivas etapas doctrinales. Independientemente de las polémicas suscitadas, sobre todo de la crítica harto admisible en muchos puntos formulada por Hans von Arnim en diferentes escritos y especialmente en su *Zu Werner Jaegers Grundlegung der Entwicklungsgeschichte des Aristoteles, Para la fundamentación de la historia de la evolución de Aristóteles de Werner Jaegers*[66], hay que admitir la existencia de un primer Aristóteles, ligado estrechamente al pensamiento platónico, y de otro segundo Aristóteles propiamente tal, por más que sean discutidas muchas de las aseveraciones concretas trazadas por Werner Jaeger en su *Aristóteles. Grundlegung einer Geschichte seiner Entwicklung, Aristóteles. Bases para una historia de su evolución*[67]. Siendo en el segundo periodo cuando aparece en Aristóteles un saber científico, separado del técnico y del filosófico del Derecho o sea un tercer tipo de saber jurídico no tomado en cuenta por Platón. Veamos cómo.

Platón no había admitido más que la justicia absoluta, la por Zeus mismo señalada a los hombres, la que Διὸς γὰρ δὴ κρίσις ἐστί, en las palabras consignadas en *Las Leyes*, 757 c; la equidad, esto es la aplicación de lo justo absoluto según criterios de acomodamiento a la realidad, queda rechazada de plano porque toda ἐπιείκεια no es más que la distorsión de la exacta precisión de la justicia misma, deduce las consecuencias en 757 d-e. En la rígida concepción de Platón no cabe ninguna equidad, pues sería torcimiento de la justicia invariable. El saber filosófico de lo justo no

65. Francofurti, apud Andream Wechelum, 1581, pág. 39.
66. En los *Wiener Studien. Zeitschrift für klassische Philologie*. XLVI (1928), 1-48.
67. De 1923. Hay versión castellana, estampada en Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1957.

toleraba aproximación al saber técnico de retóricos, jueces y legisladores no filósofos.

Como ha demostrado Peter Trude en su *Der Begriff der Gerechtigkeit in der aristotelischen Rechts- und Staatsphilosophie, El concepto de la justicia en la filosofía jurídica y política de Aristóteles,* en la *Tópica* VI, III, 141 a 16-17, Aristóteles sigue fielmente la postura platónica de contemplar en la equidad una mengua de la intangible verdad de la justicia, según la noción de una virtud invariable e irreducible a cualquier estima de las apreciaciones de los casos concretos [68]. Postura que prosigue en la *Magna Moralia* II, I, 1198 b 25-31, donde es esencia de la justicia en cuanto verdadero único Derecho, no permitir menguas ningunas. En la *Magna Moralia* 1198 b 35 — 1199 a 3, cabe todo lo más un completamiento mediante cierto εὐγνωμοσύνη o recto pensar que complete la norma justa allí donde ésta no llegara en sus previsiones; mas el abismo entre los saberes filosófico y técnico del Derecho no tolera puente alguno que lo salve. En la *Retórica* 1374 a 27-28 lo equitativo es lo justo colocado fuera de la norma: τὸ γὰρ ἐπιεικὲς δοκεῖ · εἶναι · ἔστιν δὲ ἐπιεικὲς τὸ παρὰ τὸν γεγραμμένον νόμον δίκαιον.

Por el contrario, en el segundo Aristóteles de la *Etica a Nicómaco,* la equidad es determinada manera de la justicia. Tras compararla con la regla de plomo de los lesbios, que se adapta a las formas de la piedra pues no es rígida, en 1137 b 30-31, Aristóteles escribirá en 1138 a 3-4 como la equidad es una especie de la justicia y no disposición de otra índole: δικαιοσύνη τις οὖσα καὶ οὐκ ἑτέρα τις ἕξις. Al aplicar la equidad quien lo haga colócase en el sitio mismo del legislador. Cual señala Constantino Despotopoulos en *Le raisonnement juridique d'après Aristote, El razonamiento jurídico según Aristóteles,* quien aplique la equidad ha de decidir imaginando aquello que el legislador decidiría si tuviese conocimiento de las circunstancias del caso [69].

Dejando a un lado el saber técnico, Aristóteles discierne aquí al saber filosófico del saber científico del Derecho. Y no lo hace arrastrado de ninguna preocupación empírica, sino porque aplica aquí en manera extraordinariamente consecuente su repudio de la noción platónica de las ideas concebidas por entidades separadas de los seres, distinguiendo a la sabiduría de la prudencia. Era distinción ya formulada en varios pasajes de la *Magna moralia,* por ejemplo en 1197 a 34-35 y en b 8, cuando estableció que la sabiduría afecta a lo eterno, mientras la prudencia toca a las cosas sujetas a cambio. La sabiduría conoce de lo justo, la prudencia de lo útil; teniendo en cuenta, puntualizará en 1197 a 38 — b 1 que lo que es útil hoy puede no serlo mañana y que lo que es útil para uno puede no serlo para un otro y que lo que es útil en determinadas circunstancias puede no serlo en circunstancias diferentes. La variabilidad expresada por los griegos como tiempo oportuno o como ocasión favorable, como kairós.

La razón reside en que en su segunda etapa y en lo que toca al Derecho Aristóteles ha repudiado la perspectiva platónica de la matematización de los saberes, perspectiva que Platón heredara de los pitagóricos, pero que en Aristóteles carece de ecos. Aristóteles sitúa al Derecho entre los saberes tocantes a la cultura humana y al resultado del quehacer humano, muy remo-

68. Berlín, Walter de Gruyter, 1955, pág. 117.
69. En los *Archives de Philosophie du droit,* XVII (1972), 94.

tamente de los saberes físicos de las cosas naturales; saberes de conducta en los cuales, sin mengua de la perfección del fin encarnado por la justicia, el fin de la acción está sometido a la realidad de las circunstancias: τὸ δὲ τέλος τῆς πράξεως κατὰ τόν καιρόν ἐστιν, en sus palabras en la *Etica a Nicómaco*, 1110 a 13. Al rechazar el concepto rígido del bien absoluto postulado por Platón como existente fuera de los seres, Aristóteles coloca los bienes en los seres y admite adecuaciones en el Derecho semejantes a las que se dan en la navegación o en la medicina, en la propia *Etica a Nicómaco* 1104 a 8-9.

Con lo cual define un tipo de saber que ni es el rígido saber filosófico de lo justo, porque son bienes de justicia que se dan en los seres; ni es tampoco saber técnico a secas, dado que se trata de saber racional de verdades objetivas, puesto que deriva de la justicia absoluta, de cuya objetividad nunca prescinde Aristóteles cuando la encaja en los seres o la aplica a los casos particulares. Pues la prudencia, como observó Giuseppe Zuccante en *Aristotele e la morale, Aristóteles y la moral*, es virtud de lo universal que se adecua a lo particular por idéntico proceso mental al que da lugar en el silogismo a mantener en las conclusiones lo universal sin que sufra menoscabo por aplicársele a lo particular[70].

Es el realismo tenaz y fecundo de Aristóteles lo que le permite atisbar un saber científico del Derecho; objetivo, porque consiste en contemplar lo justo sin perder jamás de vista que hemos de actuar con arreglo a la recta razón, principio común que ha de darse por supuesto, cual insiste numerosas veces, por ejemplo, en la *Etica a Nicómaco*, 1103 b 31-32: τὸ μεν οὖν κατὰ τὸν ὀρθὸν λόγον πράττειν κοινὸν καὶ ὑπὸ κεῖσθω. De donde resulta se trata de un saber universal y seguro, de un saber científico de la objetividad justa del Derecho. Pero que aplica la rigidez de los saberes filosóficos a los casos concretos, porque el Derecho entra en el círculo de los saberes prácticos, porque la conducta humana no puede recogerse con invariables fórmulas matemáticas, porque no cabe en el quehacer de los hombres la precisión exacta de los números. Léase en apoyo de lo que está escrito en la *Etica a Nicómaco*, 1112 b 8-11.

Ahora bien, saber racional y objetivo es saber científico; pero saber que tenga en cuenta el kairós, la conveniencia de la circunstancia. Usa Aristóteles para expresarlo un nombre: φρονεῖν, tal vez tomado de Píndaro, como sugiere Pierre Aubenque en *La prudence chez Aristote, La prudencia en Aristóteles*[71]. La ciencia del Derecho será el saber fronético del Derecho, tal como la filosofía moral era el saber de lo justo y la técnica era el empleo retórico en las asambleas y en los tribunales.

Trasladada la cuestión al plano de las normas de los nómoi, tanto el derecho cimentado en la naturaleza cuanto el que nace de la voluntad humana están sujetos a la variabilidad de la circunstancia. Expresamente lo consigna Aristóteles en la *Etica a Nicómaco*, 1134 b 18-1135 a 5. Ambos nómoi están subordinados a una norma superior, a la de la justicia; porque será el trasfondo del universo, tal como en Platón lo era, pero no el derecho natural. Platón había reducido el derecho natural a la regla inmanente reflejadora del encadenamiento de los seres en el orden cósmico, como ya mostré; para Aristóteles en cambio dáse diferencia entre justicia y derecho

70. Firenze, Vallecchi, 1926, págs. 196-197.
71. Paris, Presses universitaires de France, 1963, pág. 105.

natural, por Platón cosas fundidas. En Aristóteles justicia es el trasfondo del orden cósmico y derecho natural es el orden cósmico. Por eso tanto la norma del derecho natural, saber filosófico, como la del derecho positivo, saber científico, son variables y están sujetas al kairós en contraste con la rígida invariabilidad de la Justicia. El derecho natural radica en la equidad, que es la contemplación de la Justicia absoluta vista en los seres, esto es en la naturaleza de las cosas.

Pero la variabilidad del derecho positivo, el kairós que en él se advierte, es harto dispar de la variabilidad del derecho natural, del kairós que mira al derecho natural. Es que Aristóteles aplica aquí la distinción entre las cosas que en sus raíces no pueden ser más que como son y las que en sus principios pueden ser como ahora no son, indicada en la *Etica a Nicómaco*, 1139 a 8, de creer lo que dice Max Salomon en *Le droit naturel chez Aristote, El derecho natural en Aristóteles* [72]. Yo veo aquí dos tipos de kairós: el primero, que mantiene la fijeza en distinguir siempre ante todo lo justo de lo injusto, es materia de la ciencia del Derecho, pues le preside la consideración del saber filosófico fundamental, que es la justicia; el segundo, cuyo kairós afecta a lo útil y a lo no útil sin tener en cuenta el tema filosófico de la justicia, es el saber técnico del Derecho. De esta guisa Aristóteles completa el cuadro en la separación de tres especies de saberes jurídicos.

En su *Das Naturrecht bei Aristóteles, El derecho natural en Aristóteles*, señaló Emmanuel M. Michelakis que en el *Protréptico* y en la *Etica a Eudemo* la naturaleza es en Aristóteles igual a la verdad, que ἀληθῶς ἀγαθά y φύσει ἀγαθά coinciden [73]; así en la *Etica a Eudemo*, 1248 b 26-30, 1249 a 21, 1249 b 3 y 1249 b 16-19. Por el contrario, en la *Etica a Nicómaco* la physis carece del valor absoluto que en la primera etapa del pensamiento aristotélico tenía; en 1094 b 11 y siguientes, o sea el inicio del capítulo II del libro I, la physis constituye el fundamento ineludible que es la naturaleza humana sobre el cual los pactos y acuerdos forjan las leyes positivas, bien entendido que para ser tales leyes positivas no pudiendo prescindirse de aquellas bases necesarias. Lo que quiere decir que la necesidad del derecho natural no obstaculiza se dé un kairós fundamentador, que en sí será variable tal como la realización del Bien absoluto cambia según los bienes existentes en los seres; pero que es necesario forzosamente para la fundación del derecho positivo o técnico, sujeto a otro tipo de kairós en el cual cuenta ya la consideración de la utilidad en lugar de la justicia que era la esencia del kairós del derecho natural.

No es éste el lugar de aclarar si el kairós del derecho natural refleja la naturaleza humana común a la totalidad de los seres racionales, como opinaron Erich Voegelin en *Das Recht von Natur, El derecho de la naturaleza* [74]; o si recoge cierto ethos peculiar en la opinión de Joachim Ritter en *Zur Grundlegung der praktischen Philosophie bei Aristoteles, Para la fundamentación de la filosofía práctica en Aristóteles*, punto que se refleja en la exigencia de que las normas del derecho positivo no lleven la fragilidad mudadiza de su kairós a salirse de los límites marcados por los preceptos del orden de los seres en la naturaleza [75]; o si supone la cultura propia del hombre helénico coetáneo, dentro de las instituciones de la Atenas del

72. En los *Archivos de philosophie du droit et de sociologie juridique*, VII (1937), 124.
73. En el volumen citado *Zur griechischen Rechtsgeschichte*, pág. 161.
74. En la *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, XIII (1964), 38.
75. En el *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, XLVI (1970), 179-199. Cita a la pág. 187.

siglo IV, cual sustenta Alfred Verdross en su *Die aristotelische Naturrechtslehre, La teoría del derecho natural en Aristóteles*[76]. Lo que importa es matizar que con Aristóteles nace en verdad la doctrina de la equidad en Grecia, cual puntualizó Max Hamburger en *Morals and Laws. The growth of Aristoteles Legal theory, Moral y Derecho. El desarrollo de la teoría legal aristotélica*[77]. Y que, añado yo, en la teoría de la equidad nace por mano de Aristóteles nuevo tipo del saber jurídico, el saber científico del Derecho.

Escindidos por lo que acabo de indicar el saber científico y el filosófico, queda por debajo el saber técnico, saber retórico de oportunidad con arreglo a la utilidad, saber propio de jueces y de comunes legisladores. Siendo de advertir que en los legisladores cabe todavía cierto empleo de la equidad en el alcance científico del vocablo, mas no en el juez. Porque la función del juez es más retórica que otra cosa, más artificial que racional, más oportunista que lógica, como ha hecho notar con apoyo de textos Antonio Pieretti en *I quadri socio-culturali della «Retorica» di Aristotele, Los marcos socio-culturales de la «Retórica» de Aristóteles*[78]. Baste recordar lo que en la *Retórica* escribe Aristóteles acerca del saber técnico de los jueces; a quienes nos pinta dejándose arrastrar del odio y de la ira en 1354 a 15-19; de cuya rectitud desconfía puesto que han de resolver los asuntos de improviso, «de modo que es difícil que los jueces atribuyan bien lo justo y conveniente», en 1354 b 2-5; al extremo de pedir en 1354 b 11-13 les sea encomendado el menor número posible de decisiones. El menosprecio y las reservas contra el saber técnico de los jueces alíase en Aristóteles al repudio de otro tipo de justicia al revés: de la injusticia técnica practicada por los tiranos; distinción entre tiranos injustos y leyes justas que es la sumisión de la técnica a la ciencia del Derecho, según es dable deducir del comentario de W. F. R. Hardie en su *Aristotle's ethical theory, La doctrina ética de Aristóteles*[79], por más que ahí se eche mano de otro vocabulario; pues los tiranos acaban siendo la reducción al absurdo de la técnica jurídica. A lo que se debe provengan del pueblo, de la multitud apta para ser manejada por el encanto retórico de la persuasión oratoria. En la *Etica a Nicómaco*, 1310 b 12-13 está escrito: ὁ δὲ τύραννος ἐκ τοῦ δήμου καὶ τοῦ πλήθους, que los tiranos salen del pueblo y de la multitud[80]. No cabía mayor desprecio al saber técnico jurídico en Aristóteles que cifrarlo en los tiranos y en los jueces.

Por lo dicho cabe colegir que Aristóteles fue el primero en entender la existencia de un saber científico del Derecho, saber de las verdades fundamentales contempladas en la realidad de los seres. Su tabla de los saberes jurídicos pudiera explicarse así. En primer lugar el saber filosófico del Derecho, referido a la idea de la Justicia, manifestada en el orden de los seres en el cosmos a tenor de sus naturalezas respectivas. En segundo término el saber científico, averiguación de lo justo en cada uno de los seres; equivaldría a la ciencia jurídica y, habida cuenta de las salvedades antes

76. En el *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, XLVI (1970), 527-534.

77. New Haven, Yale University Press, 1951, pág. 89.

78. Roma, Edizioni Abete, s. a. Sobre todo en la pág. 65, al notar la importancia de las influencias psicológicas. En el mismo sentido A. VIANO: *Aristotele e la redenzione della retorica*. En la *Rivista di filosofia*, LVIII (1967), 411.

79. Oxford, at the Clarendon Pres, 1968, pág. 203.

80. A este respecto los sagaces comentarios de GIUSEPPE RENZI en las págs. 525-527 de *Il carattere della democrazia secondo Aristotele*, en la *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, X (1930), 515-527.

indicadas, al derecho natural. Por último, el saber técnico, esclavizado a la doxa, a la opinión mudable que encandila la retórica.

Su labor recopiladora de las constituciones de los varios pueblos y ciudades de las que nos queda su Αθεναίων πολιτεία o *Constitución de Atenas*, es un saber más de doctrina política que de filosofía del Derecho, porque su intento último consistió en buscar, más que la descripción de las instituciones jurídicas, la raíz profunda de las que en cada pueblo los nómoi derivaban; los nómoi en el sentido metapositivo del vocablo, el kairós más según el derecho natural que el derecho positivo, llevando la comparación a la interpretación por mí mantenida en las líneas precedentes. Baste ver como siempre hay en el trasfondo la distinción entre constituciones ideales y constituciones reales, por seguir la observación de Gustav Kafka en su *Aristóteles* [81]. Puesto que Aristóteles tuvo constantemente en mente esa comparación hace en su estudio de las constituciones trabajo comparativo de ciencia más que de técnica, contra la acusación de empirismo con que errados exégetas modernos le han tachado.

l) La aparición formal de la ciencia jurídica, cuya materia separó Aristóteles, vino en Grecia de la mano de sus discípulo Tírtamo, por el maestro transformado en Teofrasto o «divino expositor» en la versión de Manuel Fernández Galiano en la introducción antepuesta a la traducción castellana de *Los caracteres*, Χαρακτήρες [82]. Hijo del cardador Melantas, nacido en Ereso, en la isla de Lesbos, hacia el año 372, heredó la dirección de la escuela peripatética al fallecer Aristóteles el 322, para acabar muriendo en el 287, tras legar más de doscientos veinticinco tratados, en su casi totalidad perdidos para nosotros.

Entre los afanes de Teofrasto figuraron tareas jurídicas, ponderadas por Georgios S. Simonetos recientemente en su *Die Willensmängel in den Rechtsgeschäften nach altgriechischem Recht, La falta de voluntad en los negocios jurídicos según el derecho griego antiguo* [83]; mas ya celebrado desde muchos siglos como lo señala el dato de que pasaron al *Digesto* dos fragmentos de su autoría, en I, 3, 3, y en I, 3, 6. En el tratado titulado *Veinticuatro libros para un léxico jurídico*, Νόμον κατὰ Στοικείον κδ', probablemente trató las diversas ramas del Derecho en manera de disciplinas separadas; aunque apenas pueda juzgarse demasiado por los escasos trechos transmitidos en el *Florilegium* de Stobeo de su *Sobre los contratos* o Περὶ Συμβόλαιων. Sobre todo porque el texto clave para la calificación de la obra entera debió residir en el proemio. Por lo demás sabemos en el testimonio de Diógenes Laertio en los *Vita et placita clarorum philosophorum decem libros comprehensa* compuso Teofrasto otros tratados, también hoy lamentablemente perdidos, que por sus títulos denotan afectar a cuestiones jurídicas; tales los dos libros de política o Πολιτικῶν, el de *Las leyes* o Περὶ νόμου o los dos acerca *De los Reyes* o Περὶ βασιλείας.

Aparte la posible independencia en el tratamiento de los problemas jurídicos que pudieran significar esos trabajos, existe un dato que permite juzgar tuvieron contenido propiamente científico, no ya filosófico ni técnico. Es el texto de Marco Tulio Cicerón en el *De finibus* V, 4, 11, en donde

81. München, Ernst Reinhardt, 1922, págs. 163 y 166.
82. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966, pág. IX.
83. En el citado volumen *Zur griechischen Rechtsgeschichte*, 459-460. Sobre trechos transmitidos por STOBEO del Περὶ Συμβόλαιων.

tráese testimonio del proceder científico de Teofrasto como jurista. Contrapónele allí al tratamiento filosófico a que tendía Aristóteles cuando buscaba fijar la mejor forma política, el «optimus reipublicae status», indicando como Teofrasto insistió sobre todo en encontrar el kairós que sirve de fundamento y de explicación a las leyes positivas a tenor de las inclinaciones de los seres, de la coyuntura de las cosas y de los tiempos: «quae essent in republica rerum inclinationes et momenta temporum, quibus esset moderandum, utcumque res postularet».

De creer las noticias que Cicerón aporta, con Teofrasto habría nacido la ciencia jurídica en Grecia; andando los pasos de su maestro Aristóteles, trazó nuevo campo de saberes jurídicos entre la filosofía del Derecho y la retórica, entre los filósofos de un lado, los gobernantes comunes, los tiranos y los jueces de otro.

6. *Ciencia y filosofía del Derecho en Roma*

La ciencia jurídica en Roma forma parte de un prolongado proceso de forja de saberes jurídicos duradero diez siglos, en el cual han de señalarse cuatro etapas: teológica, científica, filosófica y compiladora. La última cae en realidad fuera del derecho romano porque en la rigidez de sus textos y por el espíritu que la anima, entra más bien dentro del orbe bizantino fundamentado en concepciones políticas asaz dispares de las de la Roma auténtica. Aspecto de notar desde los inicios, habida cuenta que el derecho romano hasta ahora considerado paradigmático es precisamente este derecho de la postrera etapa orientalizante: el justinianeo.

En el umbral teológico los saberes del Derecho son parejos a los que se dan en los comienzos de los pueblos en general; apéndices de la teología cifrada en la averiguación de la voluntad de los dioses, una teología jurídica consistente más en ritos que en dogmas y en la cual la técnica de la adivinación del querer divino fue más importante que las motivaciones del querer divino, puesto que intentar conocer los motivos que mueven a los dioses caería en blasfemia irrespetuosa; por lo que no restaba a los humanos otra posibilidad que la del acatamiento, una vez averiguados los dictados concretos emanados de las decisiones de aquellos seres suprahumanos divinizados.

En la época científica razónanse los ritos empleados para averiguar la voluntad de los dioses, bien entendido que jamás osóse pretender conocer nada más allá de los simples ritos; el único material del que se valdrá la razón de los jurisconsultos será el de los modos de la inquisición del Derecho que de los hombres viene, sin aspirar nunca a conocer las causas que sirven de criterio a los dioses. El jurista razona paralelamente a lo que los dioses razonaran, atenidos a los ritos, mas sin pasarle por mientes la audacia de que le es asequible pedir a los dioses sus razones. Precisamente la secularización de los ritos da origen a un saber razonado —que es el saber científico en Roma— del Derecho, porque este saber paralelo al contenidos de los inescrutables principios de las divinidades, principios que el respeto a lo sacro impide siquiera demandar.

En el tercer momento el aluvión de doctrinas venidas de Grecia permite contemplar la cultura elaborada ya por los juristas bajo el ángulo de perspectivas filosóficas; de suerte que será hacedero encontrar fundamentos razonados de saberes universales y seguros para aquella ciencia jurídica que en el segundo período no pasaba de «noticia» de los saberes divinos y de «ciencia» de lo justo, deducida de la contemplación de fórmulas misteriosas sobre las que los razonamientos habían de limitarse en la indagación de los contenidos del Derecho.

En la hora final, una serie de factores que van desde las exigencias de la clarificación de las fuentes hasta los intereses pecualiares del Imperio del Oriente, empeñado en mantener la herencia universalista de Roma en la Νέα Ῥώμη, en la nueva Roma constantinopolitana, o en las preocupaciones enciclopédicas de la cultura de los siglos VI y VII en la moda que en Occidente reflejan las *Etimologías* isidorianas, contribuyen a la ingente tarea sistemática llevada a cabo por el emperador Justiniano.

No es posible captar al derecho que llamamos romano prescindiendo de considerar la evolución marcada por estos cuatro períodos sucesivos, íntimamente enlazados entre sí. Cunde en el vulgo de los estudiosos la errada impresión de que lo que por derecho romano suele estudiarse en las cátedras universitarias o consta en los manuales es bloque cerrado y rígido en el estatismo inmutable de los textos del *Código*, de la *Instituta* o del *Digesto*, los que se tienen por salidos de las «aulae» palatinas de Bizancio como cuentan salió Minerva del cerebro de Júpiter: armados de todas las armas de la perfección sistemática más completa que pueda concebirse. Siendo así que, por el contrario, en los textos justinianeos entremézclanse definiciones filosóficas magistrales con retazos de la concepción de un derecho entendido en arte de solucionar equitativamente múltiples casos reales, cuando no perviven —en ocasiones velados bajo interpolaciones patentes— residuos de temáticas nacidas en tiempos anteriores, incluso llegadas desde los umbrales de la teología jupiterina que fue la más antigua de las manifestaciones del derecho en Roma. Si ya nuestro Lucio Anneo Séneca en su *Naturales quaestiones* IV, 7, aludía a los testimonios incomprensibles de una antigüedad perdida cuando habla de que «rudis adhuc antiquitas credebat et attrahi imbres cantibus et repelli, quarum nihil posse fieri tam palam est», mucho más se dará este olvido del verdadero sentido de creencias o de instituciones en aquellas compilaciones magnas por cuyos entresijos deslízanse huidizas sombras del pasado vivo, sombras tan efectivas para la comprensión del derecho de Roma que son cabalmente las que permiten entender el trazo de las experiencias jurídicas sucedidas más allá del imponente armazón hieráticamente inamovible de lo que Justiniano ordenó coleccionaran. Los documentos justinianeos tienen detrás de sí transfondo de diez siglos, a lo largo de los cuales los conceptos han variado de sentido según la mudanza de los vocablos y de las instituciones. Si los cantos antiquísimos de los salios o los fragmentos de las canciones de los arvales ya no eran comprendidos por los contemporáneos de Quintiliano, según éste refiere en sus *Institutiones oratoriae* I, 6, 40, porque entre ellos y el latín ciceroniano mediaba más distancia que la que se da entre el alemán de Lutero y el de los cantos de los Nibelungos por seguir la comparación aducida por Teodoro Mommsen en la *Historia de Roma*[1], será lícito concluir que el Derecho de las etapas anteriores a la compilación justinianea está representado por estilos jurídicos dispares de los del *Digesto;* estilos vivaces, dinámicos, creadores, fecundos, que contrastan con la sequedad, la tensión apagada, el cuidado seleccionador de pasajes encadenados que es el derecho romano en el siglo VI de nuestra era.

Para comprender los saberes jurídicos romanos será preciso distinguirlos según las cuatro etapas dichas, sin atender a otras clasificaciones, por más algunas estén autorizadas por nombres sobremanera respetables.

1. Madrid, Francisco Góngora, nueve tomos. Cita al I (1876), 326.

Así, por citar algunos, Edward Gibbon en su archiconocida *History of the decline and fall of the Roman Empire, Historia de la decadencia y caída del Imperio romano,* ateniéndose a la simbología ya manejada por los romanos mismos para cifrar en los reyes primeros los momentos cardinales de la evolución de Roma, separó tres períodos con arreglo a tres monarcas; el derecho natural fue encarnado por Rómulo, el derecho de gentes por Numa Pompilio, el derecho civil por Servio Tulio [2]. Independientemente de la consideración de que semejante distinción apenas aparece en el tercer período filosófico, no hay que gastar tinta alguna en la simplificación de colocar toda la historia de Roma en los primeros tiempos de su primer siglo de existencia.

Aunque más atenida al proceso de los acontecimientos tampoco es dable aceptar la tripartición formulada por Giuseppe Carle en *La vida del derecho* con arreglo a la cual había tres períodos: el del derecho civil, en la Roma de las *Doce Tablas,* legislación tradicional y consuetudinaria; el del derecho de gentes, en la edad de la expansión republicana; y el derecho natural, en la época clásica de la recepción de las teorías filosóficas importadas de Grecia [3]. Porque semejante diferenciación posterior, fraguada con criterios de nuestros días modernos, no la hubieran entendido los romanos ni abarca en su seno el curso inicial del derecho de Roma: la resolución de lo jurídico en lo religioso, eludida la cual el íntegro derecho romano resulta plenamente ininteligible. Para admitir la división apuntada por Giuseppe Carle sería mejor aceptar, pues no la expresa en años determinados, la separación establecida por Giambattista Vico en su *De uno universi juris principio et fine uno* entre lo verdadero, lo incierto violento y lo cierto pacífico: «ius naturale verum, sed incertum; gentium certum, sed violentum; civile, certum et pacatum» [4]; habida cuenta de que, con las galas de la intuición genial que fue su característica, Giambattista Vico resume espléndidamente, por encima de fijaciones de fechas, el momento teológico de la cuna del derecho en Roma, el tránsito de las leyes dictadas a las pactadas a lo largo de las pugnas de patricios con plebeyos y el adensamiento doctrinal de la dorada madurez clásica. Aunque de todas suertes, permítaseme insistir con la máxima modestia en la mayor efectividad de la división por mí establecida.

A) *La etapa teológica.*—La marcha histórica de Roma es la incorporación de gentes varias en la más colosal hazaña política por los hombres conseguida. Cuando Roma nacía, a mediados del siglo VIII antes de Cristo, no menos de sesenta «oppida» o aldeas protegidas había en los escasos dos mil quinientos kilómetros cuadrados del Lazio, una docena de ellas en el radio de treinta kilómetros alrededor del monte Palatino; la mayor parte de cultura y lengua latinas, como ha puesto de relieve Pietro de Francisci en su *Primordia civitatis* [5]. Tres «vici» o «pagi», en la acepción latina y no en la helénica de colina o πάγος que la otorga Dionisio de Halicarnaso en la Ῥωμαϊκὴ Ἀρχεολογία, *Arqueología romana* IV, 15, 2, poblaban las alturas del Palatino: Germalos, Palatual y Velia; otros tres las laderas del Esquilino: Fagutal, Oppidus y Cispius; una la del Celio; y otra, pron-

2. London-Liverpool, Joseph Ogle Robinson-A. C. Baynes, 1830, pág. 753 a.
3. Versión castellana. Madrid, Daniel Jorro, 1912, págs. 190-192.
4. En la edición de *Il diritto universale,* cuidada por FAUSTO NICOLINI, en tres tomos. Bari, Gius. Laterza e figli. Cita al I (1968), 109.
5. Roma, 1959, págs. 90-92.

tamente agregada, la del Collis en el Quirinal, presumiblemente colonia de los sabinos. Uníales la fiesta septimanial, reservada a los «montani» habitantes de las cumbres y a los «pagani» de los núcleos de habitación esparcidos por los alrededores, fiesta que perduró hasta muchos siglos después según testimonio del reatino Marco Terencio Varrón en *De lingua latina* VI, 24, uno entre los «ruderi» a los que Séneca hubiera podido referirse. Tratábase de cierta incipiente confederación mínima, sustancialmente religiosa, cuyos núcleos no excedían a los mil pobladores del Quirinal, por término medio no más de cien en las demás aldeas de atenernos a las suposiciones de León Homo en *Las instituciones políticas romanas de la ciudad al estado* [6]. Los primeros romanos fueron los habitantes de las aldeas asentadas en el Palatino, ya que los establecidos en el Esquilino eran extraños, cual la propia etimología denota: «ex-colae». El «mundus» o cavidad sacra desenterrada en la cámara bajo cúpula descubierta bajo el triclinio del palacio flaviano, parece haber sido el centro de la federación septimanial, aunque tal vez el centro efectivo existiera en Velia, colocada entre los montes Palatino y Esquilino. El dato de que Tito Livio hable en sus *Annales* XII, 24, del «pomoerium» del Palatino lleva a Raymond Bloch en *Les origines de Rome, Los orígenes de Roma,* a pensar que los linderos de la Roma «prima» excedían ya a los de la Roma «quadrata» palatinal bien que sin extenderse hasta los mojones alcanzados por la Roma etrusca al discurrir del siglo VIII [7]; el que el rito más notorio de los festejos septimaniales fuese, incluso en días clásicos, el sacrificio palatual en el «sacellum» del Palatino parece indicar los ejes culturales de la primera población de la Roma anterior a lo que suele definirse como historia romana. Por lo demás no estamos delante de acontecimiento excepcional, ya que puede encontrarse entre otras gentes itálicas; en Iguvium, el actual Gubbio, por ejemplo, cual muestra J. Rosenzweig en *Ritual and cults of pre-roman Iguvium, Ritual y cultos en el Iguvium prerromano* [8].

Probablemente aquellas aldeas eran habitadas por gentes del mismo origen, descendientes de un mismo antepasado común, bien en línea biológica, bien por incorporación al núcleo de los herederos del fundador de cada una de ellas, según suele suceder en la mayoría de las formaciones primitivas. De donde que la unión religiosa fuera al par unión de gentes y congregación de familias, regida cada una por un «paterfamilias» encargado sobre todo de mantener el culto del fundador y demás antepasados familiares. Es lo que indica Teodor Mommsen al contemplar la formación de la Roma arcaica como congregación de asociaciones familiares [9], no extinguidas por la unión, antes conservando sus estructuras orgánicas y sus derechos particulares, como la potestad de vida y muerte, la «vitae necisque potestas» reconocida a los padres de familia hasta siglos más tarde [10].

Es de suponer que, al lado de sus funciones religiosas, la primera unión tuviera también carácter militar para defensa contra los otros vecinos en

6. Versión castellana. Barcelona, Cervantes, 1928, pág. 8.
7. Paris, Presses universitaires de France, 1967, pág. 54.
8. En *Studies and documents* IX (1937), 26-33.
9. T. MOMMSEN: *Historia de Roma,* I, 98.
10. Es claramente falsa, si es que no interpolación tardía fruto de la mitificación de los primeros reyes, típica del pensamiento romano clásico, la aseveración de PAPINIANO de que el derecho de vida y muerte fue conferido a los «paterfamilias» por una «lex regia»: «Cum patri lex regia dederit in filium vitae necisque potestatem». A este respecto RICARDO ORESTANO: *I fatti di normazione nell'esperienza giuridica romana arcaica.* Torino, G. Giappichelli, 1967, pág. 56.

días tan turbios y belicosos, si es cierta la aseveración de nuestro José María Antequera en sus *Lecciones de historia de la legislación romana* que desde sus orígenes tuvo el pueblo romano por notas distintivas la religiosidad rayana en la superstición y el valor de la condición guerrera [11]. La existencia de las curias, así como que la delimitación de los confines estuviese emplazada dejando dentro de la muralla un «pomoerium» o zona para ejercicios militares de defensa, son indicios que contribuyen a apoyar semejante suposición.

Verdad es que el rito delimitador del «pomoerium» era rito etrusco, no latino, en el testimonio aportado por Varrón en *De lingua latina* V, 143; consistente en uncir a un arado toro por la parte exterior y vaca por el lado interno en día fasto, arando de modo que la tierra levantada cayera hacia dentro: «oppida condebant in Latio Etrusco rito multi, id est iunctis bobus, tauro et vacca interiore, aratro circumagebant sulcum (hoc faciebat religionis causa dia auspicato), ut fossa et muro essent muniti». Pero ello no puede conducir a pensar que la fundación de Roma sea más etrusca que sabina o que latina, aunque está comprobado que los nombres de los reyes anteriores a Tarquino Prisco no son memorados más que por la leyenda, mientras que los de Tarquino Prisco y de Servio Tulio constan en pinturas de la Tumba François, descubierta en Volsci, bajo la anotación en lengua etrusca de Cneue Tarchu Rumach o Tarquino de Roma y de Mastarna, como puede verse en las reproducciones numerosas; cual las de la tabla 99 de *Il mondo degli etruschi, El mundo de los etruscos,* de Luisa Banti [12] o en la edición castellana de *El arte etrusco* de Raymond Bloch [13]; siendo de notar que Mastarna, o más exactamente «macstrna» en la inscripción sepulcral, es la versión en lengua etrusca del latín «magister», del señor, del gobernante, en la apreciación dada por Massimo Pallottino en su *Etruscologia* [14]. Aunque no ha faltado quien achaque al propio Rómulo progenie etrusca, basándose en el pasaje de Varrón en *De lingua latina* V, 55: «Ramnense ab Romulo: omnia haec vocabula etrusca»; así Angel Montenegro Duque en *La onomástica de Virgilio y la antigüedad preitálica* [15].

En todo caso las mudanzas políticas dependían, al uso general de los pueblos en los albores de la civilización, de las perspectivas religiosas. Si la primera unión fue sagrada, es porque lo divino presidía la vida colectiva en cada instante. El hecho de que Roma naciese asentada en la encrucijada comercial del Lazio en los momentos más fecundos de la penetración etrusca hacia el sur, colocada en el cruce de los caminos que anudaban los etruscos con los griegos instalados en la Campania, requería que las garantías en los tratos comerciales viniesen acompañadas de sólida seguridad jurídica, solidez apenas si alcanzable bajo garantías religiosas. Pues es la fe la condición fundamental para el comercio; no en balde la más presumible de las etimologías de la palabra «fides» la enlaza con «facere», puesto que «fides» equivale a cumplimiento de promesa: «fit quod dictum est». De donde se procurase solemnizar la fe dada, requisito de los pactos convenidos, porque así se situaba el negocio comercial bajo la pauta de la garantía de la protección de las divinidades. Muéstralo que Numa Pompilio dedicase un templo

11. Madrid, Imprenta del Colegio de Sordomudos y Ciegos, 1845, pág. 97.
12. Roma, Editrice Primato, 1960, con el comentario en la pág. 399.
13. Barcelona, Seix Barral, 1965, pág. 90.
14. Quinta edición. Milano, Ulrico Hoepli, 1957, pág. 187.
15. Salamanca, Universidad, 1949, pág. 64.

a la Fe, siendo de notar asimismo en este sentido los numerosos pasajes de los historiadores latinos ensalzando la «fides romana», contraponiéndola a las inseguridades de la «punica fides» o de la «graeca fides». La pujanza mercantil de Roma, patente desde sus primeros pasos en el tiempo histórico, no fue posible más que amparándola en la firmeza de la religiosidad profunda, merced a la cual los dioses otorgaban temple invariable a los tratos comerciales.

De donde sea el Derecho religión al tiempo, en Roma igual que entre todas las gentes primitivas; pero en Roma además por la condición de ser plaza de mercaderías. Debieron los pontífices su apelativo a cuidar del puente de tablas que era el único paso para el tránsito de las caravanas de mercaderes saltando el obstáculo del Tíber entre Cumas y Tarquinia, entre Neápolis y Veio. Siendo unánime casi entre los autores más recientes la opinión afirmadora de las conexiones profundas de la religión con el Derecho; basten por todos los decisivos estudios concluyentes de Axel Hägerström, *Religionsfilosofi, Filosofía de la Religión* [16] y *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung, El concepto romano de la obligación a la luz de la visión general romana del derecho* [17], sin dejar de mentar el de Kurt Latte, *Religiöse Begriffe in frühromischen Recht, Conceptos religiosos en el derecho romano primitivo* [18]. Tuvo Cicerón por título de gloria en su *De haruspicum responso, De la respuesta de los arúspices,* que en «pietate ac religione» los romanos «omnes gentes nationesque superavimus». En *La conjura de Catilina, De coniuratione Catilinae,* 12, Salustio pondera a los romanos viejos por «nostri maiores, religiosissimi mortales». En las historias *Ab urbe condita, Desde la fundación de Roma,* I, 21, 1, Tito Livio subraya la puntualidad devota, la «deorum assidua insidens cura». En la *Historia natural, Naturalis historia* XXVIII, 51, 17, Plinio el Viejo certifica la presencia de lo divino en cada acto de los hombres: «omnibus negotiis horisque interesse credebant deos».

Pues, en efecto, desde el nacimiento hasta el óbito, entre el orto y el ocaso de la existencia, una turba de dioses no dejaba al hombre carente de protección ni un solo instante de su vida. Paurca Maurtia presidía el parto, Levana el primer movimiento, Cunina la cuna donde reposaba, Cuba los primeros sueños infantiles, Rumina el mamar, Ossipagina el endurecimiento de los huesos, Vagitanus los primeros vagidos, Fabulinus los iniciales balbuceos, Statilinus el comienzo del andar, Educa los alimentos, Potina las bebidas, Abeona los pasos fuera de la casa, Adeona las travesuras infantiles, Iterduco los paseos del niño, Domiduca el retorno al hogar. La casa no poseía menor número de divinidades; Cardea cuidaba de las jambas de las puertas, Forculus de las hojas, Limentinus del umbral, Arculus de la masera, Lateranus de los ladrillos del llar, Deversa de las inmundicias. En cualquier actividad que emprendiera el romano topábase con los dioses. No podría causar excepción el Derecho. En la *Storia del pensiero romano, Historia del pensamiento romano,* Antonio Mirabelli lo consignó casi gráficamente: «tutti i dritti eran dei, e noi abbiamo una lingua sacra, per la quale le instituzioni umane divenivamo venerabili, come istituzioni divine. La proprietà della casa erano i Lares; l'ospitalità erano dii hospitales; la potestà paterna dii penates; il matrimonio deus genius; e la sepoltura dii manes. Bastava a questi dei l'idea e

16. Stockholm, Natur och Kultur, 1949, págs. 138-139.
17. Uppsala, Almsqvist och Wichells Boktryckeri, 1927, págs. 1-6, del «Vorwort».
18. En la *Savigny Zeitung.* Romanische Abteilung. LXVII (1950), 47 ss.

la parola: la Fede da idea astratta diviene dea» [19]. El matrimonio es cambio de religión, cambio de dioses familiares del cual deriva la entera temática jurídica, según probó sobradamente Fustel de Coulanges en *La cité antique, La ciudad antigua*, hace ahora más de un siglo, en días contemporáneos a los de Antonio Mirabelli [20]. Fusión entre religión y Derecho merced a la cual, a términos del *Digesto* XXIII, 2, y del *Código* justinianeos IX, 32, 4 definíase comercio en lo humano y lo divino, «nuptiae sunt divini juris et humani communicatio», en la coparticipación de la religión y de la vida: «uxor socia humanae rei atque divinae»; visto ya por Dionisio de Halicarnaso en su Ῥωμαϊκὴ Ἀρχεολογία II, 25, expresándose en idénticos términos: Κοινός χρημάτων καὶ ἱερῶν. Los primeros reyes fueron sacerdotes y sabios en la magia, anotó Giambattista Vico en el *De uno universi juris principio et fine uno*, al consignar que «sapientia, sacerdotium, regnum, una res primis gentibus» [21]. Dentro de los muros de la «civitas» por excelencia que Roma fue vigía tabú sagrado, era territorio sujeto a normas jurídicas especiales en cuanto se trataba de recinto sacro religiosamente protegido; en las *Recherches sur l'imperium, Investigaciones sobre el «imperium»*, André Magdelain ha reseñado la serie de protecciones que guardaban a Roma de las impurezas del pecado [22]; entendiendo al pecado en sentido tanto material como espiritual de acuerdo con la opinión dominante en las religiones primitivas; pecado producido por los conjuros del dios Marte, dios de la guerra y de la muerte, contra quien enarbola sus encantos Júpiter, dios del poder mágico y supremo protector de Roma. Cuyo sacerdote, el «flamen dialis», vestido de púrpura y maquilladas las mejillas igual que las de la estatua del dios, no puede contemplar soldados ni ver muertos; motivo al que se debía no hubiera cementerios en la ciudad, ni tampoco pudieran entrar armados los soldados en el recinto de la urbe; y si entraban habían de hacerlo pasando bajo los arcos de la «porta triumphalis» a fin de purificarse de sus furores guerreros, operación que también tenía lugar coronándose con corona de hojas de laurel; de donde que el laurel no sea signo de la victoria en sí como tal victoria, sino de de la victoria pacificante y pacificada. En cada una de las instituciones jurídicas, sea el matrimonio, el poder supremo o la urbe romana «civitas maxima», el Derecho depende de la religión, es manifestación de lo religioso en la vida de convivencia.

Solamente algún positivista de mentalidad retrasada ha podido desconocerlo en alas de los prejuicios de su fanatismo. Así Robert von Mayr en su *Historia del derecho romano* quien sin embargo ha de reconocer hubo influencias formales [23]; así José Ortega y Gasset al hablar en *Una interpretación de la historia universal* de la «inexorable vigencia» del derecho romano [24] en el más desenfadado de los positivismos posibles, por mí puesto de relieve en otros sitios [25]. Ya lo consignó Eduardo de Hinojosa en su *Histo-*

19. Napoli, Stabilimento tipografico dell'Unione, I (1879), 154.
20. Paris, Hachette, 1941, pág. 47.
21. Giambattista Vico: *De uno universi juris principio et fine uno*. 207.
22. Paris, Presses universitaires de France, 1968, págs. 62-63.
23. Traducción castellana. Barcelona, Labor, dos tomos. Cita al I (1930), 101.
24. En *Obras completas*. Madrid, Revista de Occidente, IX (1962), 220.
25. En mis tres estudios, completados entre sí, titulados: *Ortega y Gasset ante la filosofía del derecho*, en el *Libro-homenaje al profesor Giménez Fernández*, Sevilla, Universidad, 1967, páginas 373-389; *El concepto del derecho de José Ortega y Gasset*, en el *Anuario de Filosofía del derecho*, XII (1966), 37-52; y *Derecho y ley en José Ortega y Gasset*, en los *Anales* de la cátedra Francisco Suárez, de Granada, V-VI (1965-1966), 109-127. A completar con *La estela sociológica de José Ortega y Gasset*, en los *Scritti di sociologia e politica in onore di Luigi di Sturzo*. Bologna, Nicola Zanichelli, III (1953), 81-91.

ria del derecho romano según las más recientes investigaciones[26], «recientes investigaciones» de 1880, de un siglo anterior, pero que por lo visto el dicho llamado maestro Ortega y Gasset o desconocía o escamoteaba empeñándose en ignorarlas. Tanta es fuerte la tenacidad de los prejuicios.

En Roma la penetración de la religión en el Derecho dependió de las calidades que la religión romana poseía; a saber, su formalismo y su concreción. Veámoslas separadamente.

a) Era formalista, en formalismo venido de la condición de los dioses, espejo de la condición humana. No eran los «dii» del politeísmo latino modelos ejemplares de moral, por cierto, ni andaban exentos de las flaquezas humanales en la venganza, la ira, la ambición o la lujuria; Plutarco lo consigna expresamente en el capítulo 14 de su *De defecto oraculorum, De los fallos de los oráculos.* Obligaban al humano irrazonadamente, porque sí, sujetándole a sus caprichos. Sometido en esclavitud hierática, aherrojado en la cárcel de la voluntad divina, no le era permitido discutir el querer omnipotente de las divinidades; la función del hombre quedaba limitada a evitar ser arrollado o aplastado por ellos, era labor de apaciguamiento más que de diálogo; lo que los romanos recogían en la fórmula «paces deorum quaerere». De donde que la religión sea más rito que dogma, más indagación precisa de lo que los dioses quieren que averiguación del por qué de lo que los dioses quieren. El rito prima sobre el dogma, las fórmulas cultuales sobre las declaraciones de fe. En sus *Leçons d'histoire de la philosophie du droit, Lecciones de historia de la filosofía del derecho,* Michel Villey ha comparado los ritos jurídico-religiosos romanos con los «li» chinos[27]; empero la comparación paréceme improcedente, porque el factor mágico existente en los formularios romanos, mitad cultuales y mitad jurídicos, es incomparablemente mayor que el que se da en los «li» de China, sujetos a un proceso de racionalización desde sus inicios, racionalización que en Roma asoma por ventura en el siglo v de su historia, factor mágico que jamás se borró incluso después de la recepción de las teorías filosóficas griegas.

Porque las inquisiciones sobre la voluntad de los dioses ofrecen rasgos claramente mágicos. Sábese el cómo, ignórase el por qué de los ritos. El totem de la loba, legendariamente justificado por el relato de haber alimentado amamantándoles a los fundadores Rómulo y Remo, expresa el animismo antes referido que reconducía a dioses determinados, a plantas y a fuentes, a bosques y a lagos, a cosas y a personas. La magia adopta fórmulas estrictas, como por ejemplo el sacrificio del perro a fin de aniquilar la epidemia del tizón del trigo o las ceremonias de las lupercales para acabar con la esterilidad de las mujeres. Por decirlo con Jacques Ellul en la *Historia de las instituciones de la antigüedad,* en esta religión romana ganan supremacía el ritual, el gesto y la fórmula, dotados del poder creador de un bien o de una conveniencia para quien los ejerce[28].

Los primeros reyes fueron sapientes en la magia; las primeras leyes fueron fórmulas mágicas acatadas por el pueblo sin discusión, pronunciadas solemnemente delante de las asambleas por quien goza de la facultad de conocer lo que los dioses quieren. Sin que quepa discutirlas, ya que los oráculos no se discuten, simplemente se obedecen. Lo que por la posteridad

26. Madrid, Imprenta de la Revista de legislación, 1880, pág. 54.
27. Paris, Dalloz, 1962, pág. 34.
28. Madrid, Aguilar, 1970, pág. 175.

fue tenido como voluntad popular en etapas de racionalización jurídica en las que las leyes parecen resultar de las decisiones del pueblo, la lex llamada curiata, no fue en los tiempos primitivos más que la aclamación de quien los dioses han elegido por gobernante, a través de los auspicios, cual opina con justeza Pietro de Francisci en su *Arcana Imperii* [29]. Apóyalo lo que la aprobación popular o «suffragium» indica ya por su etimología de «fragor» o ruido aprobatorio, posiblemente el ruido producido por el golpear de las espadas en los escudos; en el *De lingua latina* VI, 66, aclara Varrón el alcance auténtico de las leyes como proclamación indiscutida e indiscutible cuando escribe que «etiam leges, quae lectae et ad populum latae quas observet»; texto que para Aldo Cenderelli en su *Varroniana. Istituti e terminologia giuridica nelle opere di M. Terenzio Varrone, Varroniana. Instituciones y terminología jurídica en las obras de M. Terencio Varrón*, confirma la índole religiosa, de fondo mágico, de las leyes primitivas, aplaudidas o «sufragadas» sin ninguna «optatio» o discusión [30].

El estúpido prurito democrático de nuestro siglo no ha entendido todavía que del pueblo podrá venir el poder, mas nunca la autoridad. Lo contrario de cuanto pensaron los romanos, no ya únicamente en la Roma arcaica, pero en los siglos posteriores. El *Digesto* conserva innúmeros rastros de que la ley fue imposición y no pacto. Así Paulo en XXVIII, 1, 14 acerca del testamento; en XXIII, 4, 20, sobre las cosas. Así en Papiniano en XIX, 5, 8, tocante a los contratos. Así Ulpiano en XL, 8, 3, referente a las donaciones. Así Próculo en XIX, 5, 8, en la compraventa. Así Gayo en XVII, 1, 27, en tema de la emancipación de los esclavos. Restos de la primera noción de la ley pervividos en tiempos de secularización jurídica pero a través de los cuales puede captarse el sentido original de la «lex» como norma mágica imperada que sin discusiones era sin más obedecida; con exclusión del menor atisbo de la idea del pacto. La única intervención de las asambleas tenía lugar en los casos de adoración y ello hallándose presididas por los pontífices, según refiere Aulo Gelio en las *Noctae atticae, Noches áticas*, V, 19, 5-7; excepción causada porque con la adrogación se alteraba el estatuto de las «gentes» pero en la cual la intervención pontificial ponía el sello de la aprobación divina. En esta etapa teológica del saber jurídico en Roma las leyes son expresión de la voluntad de los dioses, sin participación ninguna de los hombres. Es que la autoridad viene de la raíz «aug», aumentar; «auctoritas» es el incremento de la eficacia de un acto o de la calidad de una persona gracias a la posesión de fuerzas sobrenaturales, mágicas.

Semejante fuerza sobrenatural solamente eran bastantes para conferirla los seres sobrenaturales, los dioses, nunca el pueblo; de ahí que toda autoridad sea superior al pueblo, de que el pueblo carezca de posibilidades para otorgar autoridad a nada ni a nadie. Para conocer quien posee la autoridad era necesario, en consecuencia, apelar a ritos de timbres mágicos, realizados en tiempos oportunos o «fastos» por quienes sepan el modo de inquirir adecuadamente la voluntad de los dioses.

Tales eran los augures, vocablo derivado de la misma raíz de donde «auctoritas» deriva, de «aug». Rómulo, que fue perito en el arte augural, fundó Roma porque captó la voluntad divina en el vuelo de los doce aguiluchos que cruzaban por encima del valle tiberino; cuéntalo Servio Mauro en su *Comentario a la Aeneida* virgiliana VI, 779, cuando anota: «ad cap-

29. Milano, Giuffré, tres tomos en cuatro volúmenes. Cita al III, I (1948), 48.
30. Milano, A. Giuffré, 1973, pág. 122.

enemigo: la «familiae mancipatio» en las sucesiones; la «manumissio» para extinguir la esclavitud; la «manus iniicere» para someter alguien o algo al proceso; la «manus depellere» o la «manus conserere» para proseguir la lite. Sería larguísima la cuenta de los casos en que la «manus» era instrumento apto para generar las fuerzas mágicas en que el primitivo derecho consistía. La estatuilla encontrada en una tumba vilanoviana de la segunda mitad del siglo VIII, coetánea en su factura de los comienzos de Roma, en la necrópolis de Cavalupo cerca de Vulci, conservada en el museo romano de Villa Giulia, refleja en la descomunal dimensión de su mano derecha la estampa de la «manus» mágica de los reyes primitivos tal como la retrata el texto de Pomponio recogido en el *Digesto*. Es lo que se deduce de la descripción e interpretación que brinda R. Bartoncini en *Vulci. Storia, scavi, rinvenimenti, Vulci. Historia, excavaciones, hallazgos* [35]. Los reyes de Roma, magos intermediarios entre los dioses y los hombres, transmitían la voluntad de Júpiter en el simbolismo de la mano de la estatuilla de Vulci, que muy bien pudiera representarlos en su dimensión de legisladores sacerdotes. La mano gigantesca es la más antigua manifestación del «imperium» en su manera primaria de mandar en nombre y por encargo de Júpiter; es la más vieja de las expresiones del saber jurídico en Roma.

Es el propio alcance del derecho quiritario, cuyo sujeto es la familia en cuanto su sujeto es el «pater» que la encarna, cual apuntó Juan Iglesias en *Política y derecho en Roma* [36]; el «pater» en quien alientan los antepasados, por lo que ejerce en su «manus» la «auctoritas» que proporciona a sus actos y decisiones ser también actos y decisiones de ellos. El derecho quiritario fue el derecho de la Roma más antigua, el derecho mágico por excelencia. Todas las formas esenciales de la vida jurídica conocen un dualismo en el cual la manera del «ius Quiritium» era la manera únicamente reconocida en los orígenes. Así lo es la «adrogatio» respecto de la adopción, lo es la propiedad quiritaria en relación a la pretorial ulterior de la fórmula «in bonis habere»; lo es el matrimonio según la «confaerratio» frente a la usucapio de la esposa; lo es el testamento delante de los «comitia calata» o comicios convocados solemnemente por heraldos especiales llamados «calatores» con arreglo a ritos extraordinarios, cara a las maneras testamentarias posteriores. Si el derecho quiritario es la «primitiva Roman citizenship», la vieja ciudadanía, en las palabras de Robert E. A. Palmer en *The archaic community of the Romans, La comunidad arcaica de los romanos* [37], en una teoría de respetos que llevaba a dignificar a los ciudadanos en los actos legales apelando al título egregio de «quírites», es porque se trata de un derecho con raíces mágicas, el derecho sagrado por excelencia en sus primeros atisbos de laicización.

Aparte los motivos concretos por los que las curias se unen en la Roma primera, lo que cuenta es la tendencia maravillosa típica de Roma y causa de su incomparable ascenso histórico, a subordinar los intereses de las «gentes» a los de la comunidad. V. Beonio-Brocchieri en el *Trattato di storia delle dottrine politiche, Tratado de historia de las doctrinas políticas*, ha apuntado la distinta consideración que ofrece el antepasado en Roma; mientras para los griegos el antepasado era héroe fulgurante modelo de virtudes

35. Roma, Libreria dello Stato, 1960, págs. 26-28.
36. En el *Anuario de Historia del derecho español*, XV (1944), 659-675. En la pág. 19 de la separata.
37. Cambridge, at the University Press, 1970, pág. 195.

individuales, en Roma los antepasados son ejemplares por cooperadores al destino de la Urbe [38]. Siendo el derecho quiritario condensación jurídica de ese espíritu de solidaridades psicológicas, la definición de la incardinación de los grupos en la colectividad, los modos por los cuales cobran realidad las instituciones; de suerte que la inserción de las «gentes» y de las familias suponga el nacimiento de situaciones en las que el bien común quede garantizado contra el mínimo intento anarquizante de rebeldía por parte de los componentes de la comunidad.

Dícelo la etimología. Curia viene de «co-uiria», agregado de varones para determinada acción común, lo que en el volsco antiguo decíase «couehriu». Algo muy distinto de los que los griegos dijeron φρατρία, toda vez no se trata de comunidades de sangre; algo dispar de lo que territorialmente fueron un «vico», un «pagus» o una «tribu». No tiene nada que ver con la localización de la ciudad sabina de Cures, pues los habitantes de ésta eran apelados «curenses»; mientras que para los miembros de las curias los romanos usaron el nombre de «curiales»; amén de que el latín y el sabino eran lenguas completamente distintas. Tuvo la curia sentido al par religioso y militar; religioso en común con todas las instituciones romanas; militar porque fue el modo de designar a las centurias de infantería organizadas en tiempos de Servio Tulio. Título de honor, pues era el que emplearon los romanos, siempre tratados de «quirites», nunca de «romani», en los actos y documentos oficiales; hombre de selección, minoría heroica que dijera Giambattista Vico, diferente del «populus» porque era la expresión de la ciudadanía romana en esta etapa teológica primera, con anterioridad a la emergencia del pueblo en el escenario de la historia política de Roma. Las curias fueron la manifestación institucional del patriciado en aquellas edades primerizas en las que el patriciado equivalía a la ciudadanía.

De donde el que la función militar les venga asignada por Servio Tulio, pero también que antes de la reforma de Servio Tulio su menester fuera esencialmente religioso. En una de sus relevantes aportaciones al esclarecimiento de los comienzos de la historia romana, en el magnífico estudio preciado de tantas incitantes sugestiones novedosas, titulado *L'homme: ner- et uiro. El hombre: ner- y uiro*, Georges Dumezil ha subrayado la contraposición entre «quirites» y «milites», correspondiendo a la contemplación del hombre como «uir» o como «ner», como miembro de una entidad religiosa o como soldado respectivamente [39]. «Vir» es el varón con valor religioso, «ner» es el varón con fuerza física; «vir» es el hombre considerado mágicamente, en relación a sus capacidades religiosas, mientras que «ner» es el hombre estimado bélicamente atendiendo a sus capacidades militares. En cuanto «vir» adora al dios Quirino, en tanto que «ner» adora al dios Marte. Es la misma diferencia que en el libro VIII del *Rg-veda*, versículos 16 y 17, opone el «nrn» de los ksatriyas al «visah» de los vasiyas. Como «ner» el romano era guerrero, como «uir» el romano era comerciante y era agricultor. En una época que para Wolfgang Kunkel en su *Historia del derecho romano* coincide con los umbrales mismos de la historia de Roma [40], las curias debieron ser asociaciones devotas del dios del comercio, del dios Quirinus; dios entre los tres grandes dioses primitivos, emparejado con Marte y apenas si inferior a Júpiter.

38. Milano, Ulrico Hoepli. En III (1943), 29.
39. En la *Revue des études latines*, XXXI (1953), 175-189.
40. Versión castellana. Barcelona, Ariel, 1965, pág. 17.

Los tres dioses decisorios

Eran los tres únicos dioses a cuyo servicio existió un «flamen», un sacerdote peculiar. Por lo cual las curias fueron inicialmente «religiöse Verbände», asociaciones de culto, de creer la autorizada exégesis de Ernst Mayer en su *Römischer Staat und Staatsgedanke, Estado y pensamiento político romano*[41]. En las nuevas ideas de Georges Dumézil, en parte adelantadas más por intuición que por saberes por Teodoro Mommsen en su *Historia de Roma*[42], tales tres dioses capitales repiten la triada brahmánica junto con las tres clases sociales de brahmanes, de ksatriyas y de vasiyas, de los que piensan, de los que pelean y de los que trabajan materialmente; de los sacerdotes sapientes, de los guerreros valerosos y de los trabajadores eficaces. Prosiguiendo los avances adelantados por M. Vendryes en *Les correspondances de vocabulaire entre l'indo-iranien et l'italo-celtique, Las correspondencias de vocabulario entre el indo-iránico y el italo-céltico*[43], en *La préhistoire des flamines majeurs, La prehistoria de los flamines mayores*[44] y en *Mythe et epopée, Mito y epopeya*[45], Georges Dumézil ha probado la dependencia de «flamines» y «brahmanes» de una raíz común, perdida en el sánscrito como en el latín, pero que singularizan la calidad de sacerdotes ejecutores de los sacrificios por conocedores de los ritos en los que cuaja la sabiduría necesaria para averiguar la voluntad de los dioses.

De modo que la religión romana proyectaríase en el Derecho en tres maneras: en la cúspide Júpiter, dios supremo y soberano, dios de Roma por excelencia, en cuyo culto el «flamen dialis», eco de los remotos brahmanes hindúes, sería el supremo sacerdote; Marte, deidad de la guerra, con su flamen propio señor de los guerreros, y Quirino, también con flamen propio, protector de las actividades agrícolas y de los tratos comerciales, en aquella Roma primitiva asentada en el cultivo de los campos y puente para las mercaderías entre los helenos del sur y los etruscos del norte, como aludí más arriba. A fuer de ser el Dios supremo, solamente era rendido culto a Júpiter dentro del recinto de la ciudad originaria; Marte tenía su templo extramuros, en el terreno donde se realizaban los ejercicios militares, en el «campus Martius» aún hoy recognoscible por una calle de este nombre en la toponimia de la ciudad actual; Quirino era venerado en el monte de su apellido, asimismo extramuros. La ciudad sagrada, protegida por Júpiter, era círculo protegido de los soldados y de los comerciantes, mediante tabús sacros que impedían a los ejércitos penetrar armados en su recinto y a los comerciantes negociar dentro del territorio urbano en los primeros tiempos de la Roma que nacía, por lo menos hasta Anco Marcio. Cada dios ejercitaba su función de guardián de cada una de las tres actividades de la vida en común, la religiosa-jurídica, la militar y la que con lenguaje moderno llamaríamos económica; pero el dios más alto, el patrón santo de la Roma ya entonces ciudad santa atrincherada mágicamente dentro del «pomoerium» urbano, fue Júpiter. Que en consecuencia será el dios del Derecho al ser el Dios de Roma, el dios por excelencia, aquel cuyo «flamen» merecerá por ende el título de «flamen» divino sin más, de «flamen dialis». Sus sacerdotes, los pontífices, serán quienes conozcan el Derecho, conocimiento del cual estarán ayunos los «flamines martiales» y los «flamines quirinalis».

Georges Dumézil ha analizado las leyendas creadas ya en días de la

41. Zürich, Artemis-Verlag, 1948, pág. 26.
42. T. MOMMSEN: *Historia de Roma*, I, 27-32.
43. En las *Mémoires de la société de linguistique de Paris*, XX (1918), 265-285.
44. En la *Revue de l'histoire des réligions*, CXVIII (1938), 188-200.
45. Paris, Gallimard, I (1968), 15.

Roma clásica para cifrar en reyes prototípicos cada una de esas actividades, con tamaña robustez que las vimos repetidas en tiempos modernos por Eduardo Gibbon. El semidiós de la niñez orlada de misterios, Rómulo, es rara mixtura de sacerdote con gobernante, mezcla de mago con rey, encarnación conjunta de los tres poderes, según lo mira Dumézil en su *Mitra-Varuna. Essai sur deux représentations indo-européennes de la souveraineté, Mitra-Varuna. Ensayo sobre dos representaciones indoeuropeas de la soberanía* [46]. Numa Pompilio es el monarca fundador de los cultos, el rey jupiterino de las instituciones religiosas, aconsejado misteriosamente por la sabiduría mágica de la ninfa Egeria, y que en consecuencia aparece por fundador del Derecho precisamente por haber instituido los cultos religiosos; de creer a Georges Dumézil en su mismo *Mitra-Varuna* [47]. Tulio Hostilio es el rey soldado, constructor del poderío militar de Roma, el rey que sirve a los designios del dios Marte, según Dumézil en *Horace et les Curiaces, Horacio y los Curiacios* [48]. Anco Marcio es quien hace posible el comercio abriendo el puerto de Ostia y levantando el puente de maderas sobre el Tíber; quien permite a la plebe de los comerciantes instalarse dentro del recinto sagrado de la Urbe, quien forja la prosperidad económica que atraerá las ambiciones etruscas de Tarquinio Prisco, cambiando la estricta orientación sacralmente jupiterina de la Roma vetusta; es lo que infiere Dumézil en su citado *Mythe et epopée* [49]; el rey que contentaba al dios Quirino.

Mas siempre Júpiter, que será el dios del Derecho, permanece por dios sin rival de Roma; es el patrono protector de la «civitas» en la universalidad de sus destinos, como tal comunidad; Marte y Quirino son dioses de determinados aspectos de la vida, de la milicia y del comercio; solamente Júpiter encarna la unidad superior de Roma como Roma; de cuya condición resulta será el dios del Derecho, el fundador de las instituciones y el que con su respuesta favorable o desfavorable en los auspicios aprobará o denegará los nombramientos de los magistrados todos. A lo que se debe que los reyes portasen el hábito rojo púrpura del dios, traje que será también hasta la época imperial el que por exclusiva usarán los generales vencedores en ocasión de su triunfo; tan excepcionalmente llevado que solamente eran empleados los que a tales efectos eran guardados en el templo de Júpiter sobre la colina del Capitolio bajo el cuidado celoso del «flamen dialis».

En agudísima exégesis no exenta de posibles objeciones, pero a mi modesto entender válida en líneas genéricas, sir James George Frazer ha puesto en conexión al culto de Júpiter con la figura del rey del bosque de Nemi, sacerdote encargado de velar por la conservación intacta de los robles que lo formaban y en los que las gentes primitivas vieron el secreto mágico, de la llamada magia simpática, en identidad de sucesos, de las fuerzas genéticas de la naturaleza. En guisa que el ciclo de las estaciones del año natural que era el ciclo de la prosperidad de los cultivos, dependía del cabal mantenimiento intacto de los árboles del bosque sacro. En *La rama dorada* nos describe al guardián del bosque de Nemi como encarnación del mismo Júpiter, Júpiter latino viviente en las laderas del monte Albano, coronado de roble, «rex silvius» heredero de los «dii silvii», venerado en la zona tiberina a fuer de dios vivo cuya vida dependía de la conservación de los robles

46. Paris, Gallimard, 1948, segunda edición, págs. 54-74.
47. Ibídem.
48. Paris, Gallimard, 1942, págs. 79-88.
49. G. DUMÉZIL: *Mythe et epopée*, 271-281.

sacros, puesto que podía ser asesinado al menor descuido por quien, al matarlo, le sucedía en la condición de encarnado Júpiter [50].

Fue su compañera Diana, probablemente la ninfa Egeria consejera de Numa Pompilio en la institución de las modalidades de los cultos y quien le enseñó los procedimientos para dialogar con Júpiter, su mítico esposo; ritos que son los hontanares originarios del derecho en Roma. Egeria pasa por dríada, o sea por ninfa arbórea, en este caso ninfa de los robles sacros del bosque sacro de Nemi. Diosa del bosque que, a fuer de tal, será parejamente la diosa de la caza, la diosa Diana. De suerte que la pareja divina compuesta por Júpiter, encarnado en dios vivo en la persona del guardián del bosque de Nemi, y Diana, ninfa arbórea de los bosques que lo integraban, serían las divinidades de la fertilidad y del mantenimiento fecundo de los ciclos naturales de la vida.

Tal vez la pareja sagrada del bosque de Nemi, trasladada a las instituciones romanas legendariamente por un Numa cuyo nombre va ligado al bosque mismo en claro parentesco etimológico, nació a consecuencia de algún sinecismo en el que se ayuntaron en misterioso matrimonio divino la diosa Diana del bosque, diosa Jana a Janus en Roma, y el dios de ciertos conquistadores; A. B. Cook sostuvo ya hace tres cuartos de siglo en su estudio *Zeus, Jupiter and the Oak, Zeuz, Júpiter y el roble* [51], que la Jano romana, coincidente con la Diana de Nemi también en evidente parentesco etimológico por el que Jano no es más que la «Dea Jana» o sea «Diana», era la diosa de los conquistados albanos, mientras Júpiter era el dios de los romanos conquistadores; exégesis aplaudida por James George Frazer en *Les origines magiques de la royauté, Los orígenes mágicos de la realeza* [52]. Tal vez el tránsito de la pareja mítica del bosque de Nemi, según la leyenda posiblemente transportada a Roma por el rey Numa, fue recepción de ambos personajes de la pareja divina; quizás el mito achaca a Numa Pompilio una tarea cuya realidad se pierde en la noche de los tiempos, cientos de años atrás antes de que la Roma propiamente tal naciese; en modo que sobre las colinas tiberinas apenas si existían las aldeas del Palatino y del Germal. Las fuentes que poseemos no permiten respuesta satisfactoria. Aunque sí atisbar que en la pareja sagrada radicaba la raíz del culto de donde nacerá el Derecho.

En efecto, Dionisio de Halicarnaso atestigua en su citada Ῥωμαϊκὴ Ἀρχεολογία II, 5, 3, que Juno era la única deidad adorada por la totalidad de las curias al lado de Júpiter y de los respectivos genios familiares pertinentes a cada una de ellas; así como en el fragmento 56 del *De significatione verborum* de Sexto Pompeyo Festus léese a la letra que «curiales mensae in quibus immolabantur Iunoni quae cures appellata est»; actos que, según el fragmento 18, son aquéllos en los que «sedentes flamines sacra faciunt». Era el rito mágico denominado de la «evocatio».

Rito del cual sábese bien poco, salvo que era el único común para todas las curias. Jano o Juno, la antigua «Dia-Jana» del Lucus Numiensis venerada por Numa e inspiradora bajo el nombre de ninfa arbórea Egeria, es diosa que traslada a la «civitas» naciente los ritos sagrados de los campos; pues Egeria viene sin duda de «ager» o campo. Mas en su forma nueva de Juno, la Diana-Jana es la diosa de la juventud, dado parece clara la conexión de

50. Traducción castellana. México, Fondo de cultura económica, 1944, pág. 204.
51. En la *Classical review*, XVIII (1904), 361-369.
52. Cito por la versión francesa de Paul Hyacinthe Loyson. Paris, Paul Geuthner, 1930, página 323.

«Iuno» con «iuuentus». Si tenemos en cuenta que en sus orígenes fue diosa de la fertilidad, la Jana nemiense al trasladarse a Roma debió ser la diosa de los ritos de pase desde la niñez a la adolescencia y desde la adolescencia a la juventud, existentes sin duda en Roma al igual que en la totalidad de los pueblos primitivos. Al editar las *Inscriptiones latinae liberae Rei Publicae* A. Degrassi brinda bastantes textos de inscripciones [53] como para poder sostener que Juno o Jano presidía los ritos del tránsito de edad, con lo cual se aclara el carácter solemnísimo de las comidas o banquetes sagrados descritos por Festus, así como el dato recordado por Dionisio de Halicarnaso de que fuera la única diosa adorada por la totalidad de las curias. Robert E. A. Palmer los ha recogido ordenándolos en su estudio *Cupra, Matuta and Versilia Pyrgensis*, adelantando que el sacrificio a Jano suponía el final de un período de la vida y el sacrificio a Juno el comienzo de otro posterior; significados por caminar los neófitos al brillo del fuego del madero en la hoguera de los sacrificios [54]. Los cultos a Jano, diosa que abre las puertas de los sucesivos períodos de la vida, o a Juno, diosa de la juventud, unifícanse por tratarse de la diosa Jana de la fecundidad, la antigua Diana del «lucus» de Nemi que amaestró a Numa bajo el nombre agrario de Egeria en el modo de practicar los ritos apropiados para conocer la voluntad y para merecer la protección de su esposo Júpiter, patrón de Roma y padre del derecho de Roma, derecho que va a consistir precisamente en la práctica cabal de aquellos ritos sacros.

Puesto que la religión de Roma, de donde mana el Derecho, era religión formal sin dogmas, conjunto de actos de culto y no doctrina perenne, en todo caso aplicación individual a casos singulares de una doctrina ignorada por los hombres, la religión de las curias es religión cultual a secas, formalismo en cada instante. De donde proviene que en el derecho de Roma las «verba» predominen sobre la voluntad en la feliz definición de Carlos López Núñez en *Sobre el concepto y las fuentes del derecho romano* [55]; en un formalismo cuya causa radica en la atribución de resultados a la palabra solemne mágica. Ni más ni menos que aconteció con el primer concepto de ley, es el rito externo lo que importa; porque lo que interesa a los dioses es lo que los hombres ritual y mágicamente les digan, no las intenciones que los animen cuando se ponen en relación con la divinidad. El procedimiento de las «legis actiones» en el cual cuentan las palabras más que el contenido de los intereses defendidos tiene su base en ese valor mágico de las formas solemnes. Gayo transcribió las fórmulas adecuadas, el incumplimiento de las cuales anulaba todo efecto jurídico. Giambattista Vico recuerda en su *De uno universi iuris principio et fine uno* la vieja regla de que la omisión de algún detalle, por mínimo que fuese, de la fórmula excluye la causa jurídica, «qui cadit formula cadit caussa» [56]. El derecho romano fue radicalmente formalista porque la religión romana, más que teología de dogmas fue práctica de cultos.

La voluntad divina es el «fas», lo lícito, aquello impuesto por los dioses como reglas de convivencia entre los hombres. No es derecho religioso en la acepción de norma de conducta exclusiva para los encargados del culto, pues que ése era el «jus pontificum». Ni es tampoco derecho intergentilicio, regulador de las conexiones entre las «gentes», cual en algún momento pensó

53. Firenze, I (1965), 468-469 y 515-516.
54. En los *Illinois studies in language and literature*. Urbana (Ill.) LVIII (1969), 294-297.
55. Medellín, Universidad de Antioquía, 1953, pág. 7.
56. G. B. Vico: *De uno universi iuris principio et fine uno*, 198.

Pietro de Francisci en el *Arcana Imperii* [57], ya que fue aplicado a los negocios privados; como resulta de la apreciación de Ulpiano acerca de las donaciones, constante en el *Digesto* III, 2, 13, 4: «sed fas non est eas donationes ratas esse»; dado que lo lícito o lo ilícito constituyen dos categorías de conducta que pueden darse tanto dentro como fuera de cada «gens». Ni es tampoco un derecho divino, porque el «ius» también derivaba de las divinidades. Ni derecho abstracto, ya que la reducción del «fas» a «lo fas» como abstracción solamente se produce en época tardía a consecuencia de la introducción de los criterios filosóficos llegados de Grecia, cual con apoyo de abundantes citas demuestra Ricardo Orestano en *Dal ius al fas* [58]. Sí consta era la fuente del «ius» y que su vigencia era exigente de por sí, sin necesidad de poder político que la respaldase.

Tampoco es el «fas» deidad al modo en que lo fue la diosa Θέμις en Grecia, por más que en la época tardía de la Roma clásica confúndenle con ésta Festo Mauro y Ausonio, entre otros, influenciados por la mitología helénica. Su raíz etimológica está en la antiquísima protoaria «bhã», que evoca aparición y dicción, de la que en griego resultaron respectivamente en cada una de esas acepciones φα (de donde φαίνω o parecer) y φῆμις o voz; en ambos extremos coincidente con el «fas» latino en cuanto expresión o manifestación de algo, aquí de la voluntad de los dioses. El concepto más cercano al «fas» es el del «rti» védico; o sea el orden universal de la totalidad de las cosas tal como es imperado por los dioses. Pruébalo la derivación sánscrita de la raíz «bhã», transformada en «dhe», y de la que salen «datam» como norma religiosa y «dharma» como ley social predeterminada; su repercusión latina está en «Fatum», lo necesario, y en «fetialis», a que luego me refiero.

«Ius» es la aplicación del «fas» a los casos singulares. En la literatura del *Avesta* de «yasna» o norma para la conducta individual, como refieren E. Benveniste en *Les classes sociales dans la tradition avestique, Las clases sociales en la tradición avéstica* [59] y Georges Dumézil en *Naissance des archanges, El nacimiento de los arcángeles* [60]. En el sánscrito tal norma individual sirve para justificar al sujeto proporcionándole el renacimiento que es la vida eterna y que por ello dícese «yaoz-dã», a la letra aquello que es bueno por sí mismo, que genera directamente la situación de «sam-yóh», de estar en buena relación con los dioses, dado que indica haber sido cumplidos sus mandatos divinos; de suerte que «yaoz-dã» equivale en definitiva a consagración, a darse a los dioses, a entrega en vivir de acuerdo con sus prescripciones, a sacralizarse, a «con-sagrarse». Exactamente como en latín «ius dare» en la expresión de la *Aeneida* de Virgilio I, 507: «Iura dabat legesque uiri». Es, en consecuencia, la aplicación del orden universal del «fas» a las circunstancias particulares de cada caso. El «ius» es el «fas» individualizado a determinados sujetos o a determinadas situaciones.

«Fas» y «jus» son lo mismo, pero desde dos planos diferentes. No es que exista un «ius» humano respecto a un «fas» divino como erróneamente pensara San Isidoro de Sevilla en las *Etimologías* V, 2, 2, hablando de como «fas lex divina est, ius lex humana». No; «fas» y «ius» son la misma cosa, la voluntad de los dioses y el orden del universo; pero situados en dos planos

57. P. DE FRANCISCI: *Arcana Imperii*, III, I, 122.
58. En el *Bollettino dell'Istituto di diritto romano*, XLVI (1939), 239-20.
59. En el *Journal Asiatique*, II (1932), 122.
60. Paris, Gallimard, 1948, págs. 152-153.

diferentes: el del orden considerado como totalidad y el de la aplicación del orden singularmente. Lo que trae consigo que el «ius» penda del «fas», al ser ese mismo «fas» aplicado a algún caso preciso o reglando la conducta de alguien en relación al ordenamiento instituido por los dioses.

Los encargados de la misión de aplicar el «fas» fueron los pontífices, los sacerdotes. En la India védica eran los brahmanes, quienes conservan el orden cósmico porque nacieron de la cabeza de Brahma en la leyenda que les otorga llenar la función de intermediarios entre los seres divinos y los seres humanos. En el *Avesta* es el sacerdote o «zaotar», esto es el purificador, quien reconcilia a los hombres con los dioses; así en el *Yast* X, 92, aparece Mitra en veste del «yaozdātāram», como el purificador por excelencia que maneja los dos magnos elementos purificadores: el agua del Anohita y los orines de las vacas. En Roma son los pontífices, intérpretes de la voluntad divina y conocedores del orden cósmico a esta voluntad ligado, o sea los intérpretes y conocedores del «fas».

Los pontífices no crean el «ius», limítanse a colocarlo delante de los hombres; pero solamente ellos pueden obrar menester tan sagrado, cual negativamente lo significa la consabida fórmula de que el pretor no puede establecer el Derecho, de que «praetor ius facere non potest», siendo esta fórmula aplicación posterior respecto a los pretores de la misión primera de los pontífices. Porque tampoco los pontífices hicieron nunca al «fas», sino las maneras de averiguarlo en cada instante, apelando a reglas de adivinación que son las fórmulas secretas de su oficio. Son los intermediarios entre el problema presentado y lo que Godofredo Quadri denomina en *Lo «jus imni rapinae» dei Fasti di Ovidio*, el carácter paramístico del Derecho [61]. Era el «fas» en ellos la permanente inspiración para el «ius»; no revelación religiosa, sí la aplicación de ciertos criterios conseguidos mediante el empleo de fórmulas rituales, como precisa el austríaco Theo Mayer-Maly en su *Vom Rechtsbegriff der Römer, Para el concepto del derecho de los romanos* [62]. Porque para los pontífices no era el Derecho nada permanente, totalmente pendía de la variable voluntad de los dioses, que cabía cayese en mudadiza. Lo que los pontífices saben no es lo que los dioses decretaron para mantener el orden universo; fuera blasfemia pretender entender lo que los dioses han dictado; el «fas» era un motivo, pero no un precepto estable para ellos, ni siquiera una regla invariable. A fuer de hombres, los pontífices no subirían jamás a conocedores del «fas» en cuanto les estaba vedado poseer conocimiento del orden en saber equiparable al de las divinidades; su estricta misión consistió en captar aquello que los dioses quieren aquí y ahora, respondiendo a las preguntas de los hombres.

De ahí que respondan esto o aquello, sí o no, mas sin razonar sus «responsa». Fuérales imposible hacerlo, por dos motivos: primero, porque ellos desconocían en la ilimitación de sus alcances el querer de los dioses ordenador del mundo, pero apenas un querer «hinc et nunc»; segundo, porque su saber era formal, era el mero conocimiento de los ritos. Y es el rito lo que crea el Derecho, porque es el «ius» o derecho aplicado sabido en arte de formas, nunca de contenidos. La norma queda absorbida en las «modalità estrinseche rituali», ha puntualizado Giuseppe Chicca en *Rilievi sul processo formativo della norma giuridica in seno alla consociazione quirite, Notas sobre el proceso formador de la norma jurídica en el seno de la asocia-*

61. En la *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XLI (1964), 288.
62. En la *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Rechts*, Neue Folge, IX (1958), 154.

ción quiritaria[63]. En *Quelques remarques sur la «creatio» des magistrats*, *Algunas observaciones sobre la «creatio» de los magistrados*, Pietro de Francisci ha comparado las tareas definidoras del «ius» por los pontífices con la función adivinatoria de los augures impetrando mediante los auspicios la aprobación de Júpiter en el nombramiento de los magistrados[64].

Y es que, en efecto, la actuación de los pontífices fue mágica y formalista; sus razonamientos no excedían a los de las reglas rituales externas, sin osar penetrar, que fuera odioso sacrilegio, en el contenido del «fas» universal ordenador. «L'acte ritual réalise le droit toutes les fois qu'il est nécessaire de le manifester», sin que ningún precedente valga para los posteriores ante la posible mudanza del querer divino, argumenta Pierre Noailles en *Du droit sacré au droit civil*, *Del derecho sagrado al derecho civil*[65]. Podía variar el «ius» no obstante la invariabilidad del «fas»; mas no por astucia o capricho de los pontífices que lo interpretaban, sino porque los actos de adivinanza ritual proporcionasen respuestas diferentes. Tal verdad era que lo que contó fue la fórmula más que el contenido; siendo regla admitida generalmente la de que en materias sacras lo simulado valga por verdadero: «in sacris simulata pro veris accipiuntur».

Las «responsa» valían, «optabant» por mágicas. Eran «responsa» de los dioses que no toleraban otra inquisición que la de la adivinanza mágica. Bien lo muestra fueran llamadas «responsa», además de las propiamente jurídicas emanadas de los pontífices, las profecías guardadas en el templo de Apolo, según relata Servio Mauro comentando a la *Aeneida* vigiliana, al VI, 70-72. Es que, además, los pontífices fueron antes sacerdotes que dadores del Derecho; o mejor dicho, fueron dadores del Derecho por sacerdotes. Su saber era mucho más amplio que el estrechamente jurídico, sin que debamos recortarle a éste echando mano de un limitado miope prejuicio de juristas. Eran los compiladores del calendario de los días fastos y nefastos, días calificados de tales con arreglo a indagación también mágica. Correspondíales la vigilancia de las cosas sagradas, privadas cuanto públicas. Desde la desaparición de la monarquía, el pontífice máximo cumplía los sacrificios oficiales y velaba porque fueran debidamente adorados los lares y penates familiares. Conservábase en la morada del pontífice máximo la serie de libros llamados específicamente «libri pontificum», que eran tres: el *Album* o lista de sus precedesores en el cargo; el *Acta pontificum* o relación de las reuniones del colegio pontifical; y el más importante entre todos, el denominado *Formularium*, donde constaban los ritos para cada caso, tanto los meramente religiosos como los de la «obsecratio» de un templo o la «dedicatio» de las imágenes, cuanto los de índole jurídica. Además de ellos tocábales la relación de los *Indigamenta* o letanías rezadas a los innumerables dioses, de aquella infinita «turba deorum» protectora de cada uno de los lugares de Roma y de todos los actos de los romanos; los *Commentarii pontificum*, o colección de los decretos y sentencias, y los *Annales maximi* o relato de los sucesos año por año, que debía el pontífice exponer públicamente en la regia. Bien que el último solamente hasta el 123 antes de la era cristiana, 631 desde la fundación de Roma, cuando los suprimió el pontífice Publius Mutius Scaevola ante la existencia ya en aquella época de varias historias profanas. Sin contar las labores exclusivamente mágicas,

63. En la *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XXXVII (1960), 136.
64. En *Droits de l'antiquité et sociologie juridique. Mélanges Henry Lévy-Bruhl*. Paris, Sirey, 1959, pág. 124.
65. Paris, Sirey, 1949, pág. 202.

cual aquella referida por Ovidio en los *Fastos* III, 285-289, en que ofrendaban sacrificio de cebollas, cabellos y sardinas a fin de eliminar el ensuciamiento pecaminoso que causaba la caída del rayo sobre las cosas que tocara; o el otro sacrificio, contado por Varrón en el *De lengua latina* VI, 18, en el que cada 18 de julio habían de explicitarse solemnes conjuros para borrar la memoria de la derrota sufrida delante de los galos en el arroyo de Allia. Sin contar sus intervenciones en el culto de Vesta, desde la búsqueda de las sacerdotisas vestales a la vigilancia de los ritos con objeto de que no se extinguiese la sacratísima llama, intervenciones que han merecido a Francesco Guizzi su notable libro *Aspetti giuridici del sacerdozio romano, Il sacerdozio di Vesta, Aspectos jurídicos del sacerdocio romano. El sacerdocio de Vesta*[66]. Ni la función a la que debieron su título, la de hacedores y cuidadores del puente de tablas sobre el Tíber. Es que la actividad jurídica de los pontífices constituía apenas parte mínima en la multitud de sus trabajos religiosos.

El lenguaje usado en el Derecho para la redacción de las «responsa» era lenguaje especial, henchido de tonalidades mágicas y poéticas. Giambattista Vico en su *De uno universi iuris principio et fine uno*, los equiparaba a los «carmina» de los poetas antiguos[67]. Era su secreto, pues de él no se excedían. Las fórmulas jurídicas son sencillamente la secularización de ritos, operada al giro de la codificación tosca de las *Doce Tablas*, punto en el que se inaugura la secularización del Derecho, como veremos luego. Basta insistir ahora en que el «ius» no fue más que la indagación concreta de la voluntad de los dioses mantenedores del «fas» u orden del mundo, indagación llevada a cabo ritualmente por un colegio especial: el de los sacerdotes de Júpiter.

Porque los pontífices fueron encargados del Derecho en su calidad de sacerdotes de Júpiter. Siendo Júpiter el dios patrón de Roma y el protector de la Urbe, solamente sus sacerdotes estaban capacitados para actuar de intermediarios entre los dioses y los hombres. En contra de la universalidad de las religiones que pudiéramos llamar modernas, como el cristianismo o el islamismo, los antiguos identificaban a cada ciudad o a cada pueblo con algún dios determinado, con un dios particular protector exclusivo de los suyos, indiferente si es que no hostil hacia los demás pueblos y ciudades. Que Júpiter fuese el dios de Roma traía por consecuencia que Júpiter era el exclusivo dios a cuyo menester tocaba proteger a los romanos, peleando con los enemigos de los romanos en aquellas guerras de la antigüedad politeísta que más eran pugnas entre dioses que peleas entre humanos. El romano, por tanto, había de contemplar al orden del mundo a modo de equilibrio rival entre los dioses, así como victoria de Roma la victoria de su dios particular, de Júpiter. Por lo cual era Júpiter quien aprobaba o desaprobaba los nombramientos de los magistrados y quien guiaba a los ejércitos en las guerras manifestando su voluntad divina a través de las respuestas que daba cuando era interrogado en los auspicios. En la típica alianza de las religiones antiguas del dios con su pueblo, tocándole la responsabilidad de protegerlo en su ejercicio del gobierno de Roma, exigía deberes de culto en correspondencia de agradecimiento por su acción protectora; era un pacto de alianza entre Júpiter, dios de Roma, y los romanos que en sus actos de culto procuraban merecer su protección en cada ins-

66. Napoli, Eugenio Iovene, 1968.
67. G. B. Vico: *De uno universi iuris principio et fine uno*, 17.

tante, bajo el requisito de obedecerle en todo, desde las leyes a las magistraturas, en la paz como en la guerra.

La indagación de la voluntad de Júpiter en los hechos políticos y militares correspondía a un colegio especial, al de los augures. Mas en lo tocante al Derecho, esto es al mantenimiento de la convivencia dentro de la república, únicamente podían interpelar al dios supremo sus especiales sacerdotes, los pontífices. Fue el «ius» exclusivamente jupiterino, porque Júpiter era el dios de la Urbe; los dioses particulares, sean de las familias o de las gentes, igual que los dioses para asuntos específicos, como Marte en la guerra, Juno en la fecundidad o Quirino en el comercio, no eran los encargados de la protección de Roma como totalidad, como Urbe, ministerio por excelencia jupiterino desde el instante en que toca a Júpiter la defensa y el gobierno de la república como tal república. El «ius», la aplicación de la voluntad de los dioses, era en definitiva asunto de Júpiter, que para eso era el dios de Roma, el único dios que importaba a los romanos en el cuadro de las rivalidades entre dioses características del politeísmo antiguo, el solo dios benefactor cuya misión consistía precisamente en la salvaguardia de los destinos de Roma. «Ius» y Júpiter son así desde los orígenes conceptos íntimamente conexos; Júpiter es el dios del Derecho, y solamente él; porque es el dios que protege a Roma contra los otros dioses y contra los demás pueblos.

En una de sus tantas geniales intuiciones Giambattista Vico vio las conexiones entre «ius» y Júpiter; en el *De uno universi juris principio et fine uno* anotó el parentesco etimológico entre «ious» y «iovis» [68]; parentesco traducido recientemente por Pierre Noailles en su *Du droit sacré au droit civil* en el alcance de que «le jus serait la loi donnée à la Cité par Jupiter» [69]. Puesto que no otra cosa el «ius» era que la aplicación del «fas» a Roma a través de la voluntad del dios patrón de Roma, de Júpiter, voluntad sabida a través de las indagaciones de los sacerdotes jupiterinos que eran los pontífices.

Confirma esta interpretación la existencia de un mal llamado derecho fecial y de un colegio de feciales. Los feciales no son sacerdotes de Júpiter y, por tanto, no se hallan capacitados para decir aquello que Júpiter desea para Roma. Las relaciones con otros pueblos eran relaciones en las que Júpiter no actuaba como legislador al modo en que obraba con los romanos, sino por su defensor cara a otros pueblos. Si el «fas» era el orden universal, cada dios estaba en situación de aplicarlo a su pueblo respectivo a su manera, según las conveniencias e intereses respectivos de cada uno de ellos. La aplicación del «fas» a las relaciones entre los pueblos era muy distinta a la del «fas» peculiar de Roma. Lo instituido por Júpiter tuvo una barrera: el poder de los demás dioses. Por consecuencia, el «ius» a aplicar en tales circunstancias no depende ya de la voluntad exclusiva de Júpiter, antes es el resultado del equilibrio entre la voluntad de Júpiter y las voluntades de los otros dioses con quienes en defensa de Roma se enfrente. Ahora el empleo de los pontífices de Júpiter resulta inútil, pues no pasan de simples portavoces suyos; será preciso que otros sacerdotes entablen el diálogo con los otros dioses: tales serán los feciales, aquí agrupados a semejantes efectos en especial colegio destinado a indagar el querer de todos los dioses, amén de la voluntad de Júpiter en sus tratos con ellos.

68. G. B. Vico: *De uno*, 11 y 145.
69. P. Noailles: *Du droit sacré*, 24.

El apelativo de «ius» en el derecho fecial es inadecuado, porque la aplicación del «fas» a las relaciones entre los pueblos tiene ahora lugar partiendo del hecho de la pluralidad de los dioses en el trato entre aquéllos. Tan es así que la raíz de «fetialis» es la misma que la de «fas», derivando ambas del preindoeuropeo «dhe», según ha puesto de resalto Georges Dumézil en su estudio *Ius fetiale*[70]; sin que el arranque etimológico del «ius» aparezca por ninguna parte. Lo que se trata de precisar en la actividad de los feciales es la aprobación de los actos bélicos y, a la conclusión de éstos, el mantenimiento de la «fides pública», mantenimiento que ya no puede garantizar Júpiter porque él no es más que uno entre los varios dioses en acción.

Es a lo que alude Cicerón en el *De legibus* II, 9, al indicar que la competencia de declarar guerras y cerrar paces toca a los feciales, quienes son los encargados de discutir las condiciones «foederum pacis belli inditiorum ratorum fetiales iudices non<tii> sunto, bella disceptanto». No son juristas; son sacerdotes en misión de tratar con los sacerdotes de otros dioses iguales a Júpiter. En su *Roman public life, Vida pública romana,* A. H. J. Greenidge recuerda que Festus los calificó simplemente de «oratores»[71]. Su tarea era procurar la observancia de los ritos de apertura de guerra y cierre de paces, nunca el de justificar las paces ni las guerras. Cicerón lo expresa paladinamente en el *De república* II, 17, al presentar como función de los feciales, de la «fetialis religio», la guarda de las ceremonias y nada más. El formalismo de la actuación de los feciales es semejante al de los pontífices; limítanse a observar y hacer observar las formalidades, nunca subiendo a profundizar en la justificación de los hechos, ni a saber si son justos o injustos; bástale con que sean lícitos o ilícitos. De una licitud puramente formal. El canto del «carmen» oportuno, los votos al intento, el previo envío de cuatro de ellos para obtener informaciones, las imprecaciones sobre el borde fronterizo tres veces repetidas, el acto de maldición de arrojar sobre territorio enemigo un arma antiquísima como era la azagaya de madera dura sin parte de metales, el sacrificio de la víctima común con los rivales pacificados, la colocación del mojón o «lapis» memoratoria, son actos todos que parecen muy poco jurídicos en lo que modernamente entendemos por Derecho; son actos jurídicos en la concepción romana del Derecho pues son actos mágicos productores de efectos en las relaciones entre hombres o entre pueblos. En el *De vita populi romani* II, 91, Marco Terencio Varrón ha explicado que el «bellum pium geri» consistía en actos formales de ceremonias que propiciasen a los dioses demostrando no se les intentaba ofender en el curso de la guerra. Los «fetiales» cuidan la «fides» cumpliendo el «fas» en las empresas bélicas: es lo que se deduce de cuanto Varrón escribe en *De lingua latina* V, 86. El sacrificio del cerdo para asentar las paces, lo recordó el propio Varrón su *De rerum rusticarum* II, 4, 9 es el mismo usado para la contracción de las justas nupcias; simbolizando el matrimonio entre Júpiter y los dioses de los pueblos con que se ajusten paces. El colegio de los feciales es colegio sacerdotal pero no formado por sacerdotes consagrados al culto de Júpiter, sino embajadores sagrados de Júpiter a los dioses de los otros pueblos. Por lo cual aplican el «fas» directamente, en comunión de Júpiter con otros dioses; no en el «ius» con que Júpiter, a través de los pontífices, aplicaba el «fas» a los romanos.

De lo dicho resulta que la primitiva manera del saber jurídico en Roma

70. Incluido en las págs. 61-78 del libro *Idées romaines*. Paris, Gallimard, 1969. Cita a la pág. 71.
71. London, Macmillan and Co., 1930, pág. 56.

fue la teológica. Las normas del Derecho no son más que el mismo orden universo o «fas» proyectado sobre Roma a través de la voluntad de Júpiter, dios supremo patrón de la urbe, por intermedio de sus sacerdotes los pontífices. El «ius» es el «fas» traído a cada caso singular dentro de los muros jurídicos de Roma. No es un derecho que se elige, sino un derecho al cual se asiente. No es una norma votada, pero una norma recibida. No es acto del querer de los humanos, empero acto del querer de Júpiter. El Derecho no es más que la teología jupiterina del orden en sus singularidades cotidianas y menudas.

Lo que sucedió es que en aquella religión romana, carente de dogmas y de certezas permanentes, era el rito cultual el solo procedimiento para conocer la voluntad divina. El saber jurídico es la captación de las sucesivas decisiones de Júpiter, que pueden ser variables pese a la permanente invariabilidad del «fas». Dinamismo en las aisladas repeticiones, formalismo exterior y pasividad del sujeto son las notas tipificadoras de este saber jurídico, teología proyectada sobre las relaciones de la convivencia. El «ius» es el «fas» según Júpiter, para Roma y a tenor de los mandatos separados en cada instante del dios protector de Roma. El culto a Júpiter da origen al saber del Derecho, las fórmulas sagradas de la adivinación de sus indicaciones forzosas es el sendero por donde se sube al saber jurídico. Hácese el rito norma individualizada día a día, punto por punto, problema a problema, caso por caso, persona por persona. El dios que gobierna a Roma por intermedio de los magistrados «designados» milagrosamente con arreglo a los procedimientos auspiciales observados por los arúspices y augures, es quien de manera exactamente idéntica, dice lo que es el Derecho en toda coyuntura. Y dícelo merced al vigor con que se elevan a autoridad los hechos simples, insertando en las maneras o en las cosas la energía sobrenatural de la magia. Magia de la «manus» sobre todo en cada situación que sea jurídica de veras. De la «manus», embebida y portadora de las fuerzas superiores, nace el «ius» porque así lo quiso Júpiter y porque así lo quiere siempre que se le solicite empleando con precisión exacta los ritos consagrados. El rito mágico transforma en Derecho a la fuerza bruta material; el saber de las maneras mágicas para conseguir que Júpiter sacralice mágica y jurídicamente al mismo tiempo hechos o personas. Por ello es saber ritual más que de contenidos. No se trata de lo justo o de lo injusto, sino de lo lícito y de lo ilícito, que es lo que en resumidas cuentas significa la atribución de lo fasto y lo nefasto. El Derecho es la teología jupiterina, misteriosa y eficaz al par. El saber jurídico se reduce a saber poner en movimiento las fuerzas mágicas que Júpiter maneja para Roma; lo cual presupone el saber de los ritos que permitían incitar la voluntad del dios patrón de la urbe. Saber jurídico es saber mágico para entendérselas con Júpiter, sin demandarle razonamientos porque a los dioses se les interroga impetrando, no argumentando nunca. En esta etapa primera del derecho romano el saber jurídico no es más que un apéndice del saber teológico formal de aquellos pontífices que eran los sacerdotes de Júpiter.

B) *La secularización científica por el razonamiento de las técnicas rituales.*—Cierto pasaje de Pomponio en el *Digesto* I, 2, 2, 6, atribuye a los pontífices la ciencia de interpretar las leyes: «omnium tamen harum (legum XII Tabularum) et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant». Mas este texto no responde a la realidad porque está compuesto en el siglo II después de Cristo, cuando ya la recepción de las concepciones griegas había alterado el alcance exacto de la temática jurídica de

Roma. Achacar saber científico a los pontífices da en mero anacronismo; cuanto supieron del Derecho supiéronlo en condición de teólogos, que no de científicos del Derecho. Quien repase las consideraciones biográficas traídas por Hermann Fitting en su *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander* acerca de este Pomponio contemporáneo de Adriano, si ya no de Septimio Severo [72], comprenderá la diferencia entre sus perspectivas eruditas y lo que fue otrora la realidad de la función jurídica pontifical. Son punto de arranque para la elaboración de la ciencia del Derecho en Roma, mas científicos no lo fueron nunca, porque jamás razonaron sus «responsa». Si hubo científicos entre ellos es porque algunos juristas ascendieron a los puestos pontificios, y ello con mentalidad nueva: la de razonar las «responsa» que teológicamente, en la teología jupiterina, eran de por sí mismas irrazonadas e inargumentables; ya que osar la pretensión de argumentarlas fuera ofensa sacrílega a Júpiter, puesto que delante de los dioses los hombres ni arguyen ni discuten dada la tajante distancia que separa a lo divino de lo humano.

El proceso de secularización se inicia a mediados del siglo v con la redacción de las *Doce Tablas*. Las cuales no alteraron la estructura política, como ya subrayó Ph. Le Bas en su *Manual de historia romana* [73], aunque regularizaron, eso sí, las fórmulas jurídicas.

Perduran en las *Doce Tablas* residuos de ritos mágicos cuales los exorcismos para propiciar la fecundación de las espigas, el «fruges excantare» de la VIII, 8 a; el castigo del «pellicere» o acto del apoderamiento de las energías fructificadoras de los frutos en campo ajeno, en VIII, 8 b; o de los actos de maldición contra terceros, el «malum carmen incantare» en VIII, 1. Como asimismo hay en la VIII, 15 a, ritos mitad mágicos y mitad jurídicos del tipo de los requisitos para la busca de objetos robados, cuando el buscador ha de penetrar en las casas ajenas desnudo, llevando en cada mano una soga y un plato, lo que los latinos dijeron manera «lance licioque». Son creaciones aparecidas en años de claroscuro en los que empiezan a secularizarse los ritos en un inicial despegue de la cerrada misteriosa teología de las centurias anteriores; pero donde todavía, por decirlo con sir Henry Summer Maine en *Ancient law, Derecho antiguo*, todavía estaban confundidos los deberes religiosos con las obligaciones jurídicas [74]. El lenguaje es el lenguaje mismo de los «carmina» en que estaban redactadas las «responsa» de los pontífices y las oraciones rituales en los sacrificios, imágenes y estilo que suenan a ecos de magia o a transcripciones de trechos mágicos, de un rigor lacónico y de rotunda expresividad indescriptible, que aún hoy sobrecoge al lector no obstante estar tamizada por la adulteración de los textos primitivos. Jan Thomas en *La langue du droit romain, Problèmes et méthodes, La lengua del derecho romano. Problemas y métodos*, ha comparado la redacción de las *Doce Tablas* a los poemas antiguos [75]; ni más ni menos que Giambattista Vico había referido a ellos la redacción de las «responsa». Es que las *Doce Tablas* suponen el comienzo de la racionalización de las fórmulas mágicas teológicas que acabará generando la ciencia del Derecho; comienzos durante los cuales la nueva tendencia a la comprensión de las fórmulas no se ha desprendido todavía del cascarón de la mentalidad arcaica.

72. Osnabrück, Otto Zeller, 1965, págs. 32-42.
73. Versión castellana. Madrid, P. Mellado, 1844, págs. 137-138.
74. London, George Routledge and Sons, 1907, pág. 15.
75. En los *Archives de philosophie du droit*, XIX (1974), 113.

Conocidas apenas por fragmentos y en textos alterados para su comprensión, comprensión ya penosa por parte de los escritores de la época clásica, en definitiva usadores de un latín tres siglos posterior a la redacción original, fueron grabadas en tablas de madera quemadas en el incendio de los galos en el año 390. Las modernas reconstrucciones, a partir de la consumada por Rudolf Schöll (1844-1893) en 1886, dejan aún numerosos puntos obscuros e incluso no hay que rechazar la posibilidad de que los fragmentos recogidos por los escritores de la edad áurea hayan estado sometidos a la corrupción ideológica de influencias helenizantes. Pero, en cualquier caso, en el estado presente de nuestros conocimientos en torno a ellas, las *Doce Tablas* toleran la intelección de lo que significaron: la codificación de las fórmulas sacras de viejos ritos religiosos en su proyección jurídica.

Son el resultado de un conflicto entre los varios que esmaltan las pugnas de patricios contra plebeyos. Dado que el pontificado era cargo reservado a los miembros del patriciado y que las «responsa» eran por sí mismas irrazonadas bajo incurrir en sacrilegio, los plebeyos exigieron la fijación de reglas estables de Derecho; no porque las pidieran nuevas, que el Derecho era sagrado y superior a los humanos por depender de los dioses, sino porque las deseaban claras y seguras. Las *Doce Tablas* son el acomodo entre los secretos de las fórmulas jurídicas misteriosas y la seguridad de los plebeyos en evitación de sospechados abusos por parte de los componentes del patriciado en cuyo seno eran reclutados los pontífices. El año 451 antes de nuestra era, 303 de Roma, interrúmpese la lista de los cónsules anuales, siendo sustituidos por diez varones encargados de la tarea de compilar las normas legales, los «decemviri legibus scribendis», nombramiento repetido el año sucesivo hasta la redacción de las *Doce Tablas* conocidas.

No se trató de cuerpo nuevo de saberes jurídicos, ni introdujeron instituciones novedosas en el Derecho, como apuntó César Cantú en su *Historia universal*[76]. Por toda innovación cíñese a clasificar, procurando lo que Dionisio de Halicarnaso en su *Arqueología romana* X, 1, 2, y Tito Livio en los *Annales* III, 67, 9, denominaron la «aequatio iuris», lo que hoy diríamos la igualdad delante de la ley; la certeza en el Derecho según las palabras de Pomponio Sexto recogidas en el *Digesto* I, 2, 2, 3. La expresión de Tito Livio en los *Annales* III, 33, 1, de que los decemviros fueron elegidos para crear derechos nuevos, «ad concordanda nova iura», parecen no responder a lo que sucediera a mediados del siglo V en Roma. Cicerón en el *De republica* II, 60, presenta a los decemviros en idénticos términos con que nos los describen los *Fastos capitolinos* correspondientes al año 451: «consulari imperio legibus scribundis», como escritores de leyes con categoría de cónsules.

Novedad sí hubo, sin embargo, e importantísima desde el lado de los saberes jurídicos. No por el contenido de las *Doce Tablas;* sí por la fijación de los criterios legales. Por eso de las *Doce Tablas* nace el Derecho preciso, el Derecho a secas en Roma. En esto se hallan de acuerdo todos los antiguos; Tito Livio en los *Annales* III, 34, 6, defínelas por «fons omnis publici privatique iuris»; en el *Digesto* I, 2, 2, 6, transmítese la opinión de Pomponio Sexto de que de ellas manó el derecho civil: «ex his fluere coepit ius civile».

76. Barcelona, F. Nacente, II (1891), 62 a.

Novedad que el propio Pomponio precisó en el mismo lugar: porque con las *Doce Tablas* perfílanse las acciones legales, de cuyo análisis nació la ciencia jurídica romana: «ex iisdem legibus actionibus compositae sunt».

El triunfo de los plebeyos al conseguir la redacción de las *Doce Tablas* no alteró la concepción del derecho como voluntad de los dioses. En el prurito democratizante de los modernos ha querido verse una victoria del pueblo sobre los aristócratas, de los plebeyos sobre los patricios, en la acepción de un cambio de normas legales que dejaron de ser imperativos de los dioses para pasar a ser resultado de las decisiones populares. Nada más lejano de la realidad. El «ius» siguió siendo Derecho esencial y rotundamente teológico. Dícelo a la letra Pomponio Sexto cuando anota que la forja en las *Doce Tablas* de las acciones legales hízose precisamente para evitar fuese puesto en tela de juicio el carácter divino del Derecho, a fin de que el pueblo no pudiese alterar al Derecho a tenor de sus decisiones: «Deinde ex his legibus eodem fere tempore actiones compositae sunt quibus inter se homines disceptarent; quas actiones ne populus, prout velle, instituerent certas solemnesque voluerunt, et appellatur haec pars iuris, legis actiones». Así en el *Digesto* I, 2, 2, 6. Que a la letra es: «A consecuencia de tales leyes y casi al mismo tiempo fueron compuestas las acciones, por medio de las cuales discutiesen los hombres entre ellos. Quísose que esas acciones fueran ciertas y solemnes a fin de que el pueblo no pudiera instituirlas con arreglo a su arbitrio, y esta parte del derecho fue llamada acciones de la ley». La secularización del Derecho no fue democratización del Derecho en las leyes de las *Doce Tablas;* nacidas después de sesenta años desde la implantación de la república implican en lo jurídico lo que la supresión de la monarquía en lo político, en ambos casos conservando el principio de que dictar leyes y gobernar Roma eran cosas pertenecientes a Júpiter, que no patrimonio de los ciudadanos; lo mismo que tras la implantación de la república consular los auspicios «designaban» a los magistrados, tras las *Doce Tablas* es el Derecho mera interpretación de la voluntad del dios supremo y protector de Roma. La base teológica del «ius» continúa vigente, tal como continuó vigente el fundamento teológico de las magistraturas. El saber jurídico seguía siendo saber teológico del arte de averiguar mágicamente la voluntad jupiterina.

En un libro portentoso por la erudición y la agudeza, el antes citado de Pierre Noailles *Du droit sacré au droit civil,* van siendo analizadas una por una las instituciones jurídicas romanas para demostrar que de las *Doce Tablas* resulta un proceso de secularización en el que restan invariables los orígenes mágicos de todas ellas. Las fórmulas precisa y exactamente definidas de las acciones legales no fueron, cual opinara tarado de prejuicios positivistas nada menos que Rudolf von Jhering en su *Espíritu del derecho romano, Geist des römischen Rechts,* encauzamiento formalista del egoísmo que transformó la venganza en legítima defensa, la «Rache» en «Selbsthilfe» o autoayuda[77]; sino fijación técnica de fórmulas sagradas. La «vindicatio» en la acción sacramental preserva los gestos rituales en acto de tener en una mano la varita o «festuca» asiendo con la otra mano a la cosa o esclavo reivindicados, así como conserva el rito en las «solemnia verba», las palabras que no pueden ser omitidas ni cambiadas; léase lo que narra Gayo en su *Instituta* en el párrafo 16 del libro IV. Otro tanto sucede con la «in iure cessio», que es la declaración que permite adquirir la pro-

77. R. von JHERING: *Geist des römischen Rechts,* I, 150 y 166 en relación a la pág. 118.

piedad, en la misma *Instituta* II, 134; con la «manus injectio», que es reclamación ritual de portar la cosa o la persona esclava a la presencia del magistrado, cual consta en la *Instituta* de Gayo IV, 21 y 25, o en las *Noctae atticae* de Aulo Gelio XX, 1, 42; con la «mancipatio» o venta según la balanza y los pedazos de cobre, «per aes et libram», a tenor de lo que refiere Gayo en la *Instituta* I, 120, o de lo que sabemos por el 50 de los *Fragmenta Vaticana;* con el sacramento que es en definitiva una apuesta sagrada delante de Júpiter en la formulación de un juramento que llevara a Varrón a escribir en su *De lingua latina* VI, 180, denominábase así por su carácter sacro: «sacramentum a sacro».

Son todas sin excepción fórmulas mágicas rituales. Mágicas, porque merced a ellas el actor aumenta con poder sobrenatural sus pretensiones, eleva sus actos de gestos subjetivos a planteamientos jurídicos objetivos; el relato de Tito Livio en los *Annales* III, 44, 48, contando la «manus injectio» de Marcus Claudius, al servicio del lujurioso decemviro Appius Claudius, sobre la joven Virginia mientras ésta paseaba con su nodriza por el foro de Roma, es interpretada por Pierre Noailles como acto de pretensión jurídica a fuer de imposición mágica de la mano sobre ella, en espléndido alarde de penetración histórica [78]; es la fuerza mágica trocada en vigor jurídico lo que discierne a la violencia del atrapamiento con la mano a la posesión del esclavo o de la cosa en términos de Derecho; sube la violencia a ley merced al requisito de la calidad de energía sobrenatural en que magia y Derecho coinciden. Rituales, porque las fuerzas mágicas solamente son suscitadas mientras son observados los ritos que las producen; faltando los gestos necesarios o no pronunciando las «verba solemnia» no habrá Derecho, porque no serán puestas en movimiento las energías mágicas que el Derecho es en suma. El salto de la acción violenta a la actuación jurídica tiene lugar porque la fuerza sobrenatural de la magia es más poderosa que la fuerza física de los sujetos; el «vindex» o el «adsertor libertatis» no actúan por sí solos, sino respaldados por una fuerza mágica para que pueda provocarse la situación jurídico-mágica del acto con arreglo a Derecho. Es así como perdura después de las acciones de la ley, en ese cerrado formalismo ritual en que el Derecho consiste, el antiquísimo principio de que en asuntos sagrados (y el Derecho es asunto sagrado) lo simulado vale por verdadero. No cabe mejor argumento para mostrar que lo jurídico es ritual mágico en las *Doce Tablas.*

Por eso los jueces, al igual que los pontífices, no señalan reglas; ni en las *Doce Tablas* hácese otra cosa que decir lo que sea Derecho. El «ita jus esto» con que suelen terminar las prescripciones en ellas contenidas es declaración mágica, no sanción penal. Basta decir lo que el Derecho es, para que mágicamente sea eficaz y válido. Del mismo modo en el procedimiento formulario el «judex» limítase a hacer observar las reglas formales que son mágicas, relegando al «arbiter» la decisión del contenido del litigio; la «legis actio sacramento» en el mejor de los casos será la «legis actio per iudicis postulationem»; pero hasta este segundo modo sigue estando impregnado del valor mágico inherente a lo jurídico.

A pesar de las *Doce Tablas* los pontífices continuaron manteniendo secretos sus registros; es que las fórmulas jurídicas en las que constaba la técnica de la averiguación del «jus» eran parejas a las fórmulas de las ple-

78. P. NOAILLES: *Du droit sacré au droit civil,* 177-185.

garias, porque se trataba de dos modos paralelos de comunicarse con los dioses. Era monopolio pontifical durante cerca de un siglo, hasta que en el 366 antes de Cristo, 388 de la fundación de Roma, encargóse el pretor de la redacción de las fórmulas. Paso decisivo, mas siguieron permaneciendo secretas. Lo que sucedió es que el procedimiento pretorial de la «legis actio per iudicis postulationem» resultaba más simple y por tanto más cómodo que el antiguo de la apuesta sacra, que la «legis actio sacramento». M. Horvat lo explica en su análisis de *Las dos fases del proceso romano, Deux phases du procés romain*[79]: con la creación de la pretura el manejo del «ius» va pasando de los cinco pontífices a los juristas todavía no organizados corporativamente. Tiene lugar la desvinculación de la preocupación religiosa, altérase el carácter de la «legis actio sacramento»; el importe de los «sacramento» pasa a engrosar el tesoro público, el «Aerarium», cesando de ingresar en las cajas pontificales. Sin derogación expresa de las facultades jurídicas de los pontífices, al ser más asequible la apelación al pretor que a ellos, el poder pontifical va desvaneciéndose lentamente. Y lentamente va asomando otra nueva concepción de los saberes jurídicos.

Aunque siga operándose sobre fórmulas, la técnica jurídica va borrando sus perfiles estrictamente religiosos. Dentro de poco, al hacerse públicas las fórmulas sagradas, será posible para los juristas que empiezan a aparecer en Roma el razonamiento acerca de las técnicas rituales. Razonamiento sobre una técnica que da origen a la ciencia del Derecho, de acuerdo con el proceso de formación de toda ciencia expuesto en el volumen I del presente *Tratado*. Pero bien entendido que la ciencia jurídica romana no nace de un razonar en torno al contenido misterioso del «ius» como aplicación del «fas», sino de un razonamiento sobre las fórmulas técnicas de la indagación de la voluntad de Júpiter.

Lo que destruyó el monopolio pontifical fue la hazaña de Cneus Flavius, secretario del pontífice Appius Claudius, quien hacia el año 450 da publicidad, al mismo tiempo que a las reglas del calendario, a las celadas fórmulas jurídicas. Valerio Máximo y Pomponio Sexto lo describen complementándose. En el II, 5, 2, de los diez libros de su *Factorum et dictorum memorabilium* relata Valerio Máximo la acción de Cneus Flavius en los siguientes términos: «Ius civile per multa saecula intersacra cerimoniasque deorum immortalium abditum, solisque pontificum notum», hasta que Cneus Flavius «vulgabit ac fastos paene toto foro exposuit». Y Pomponio Sexto en el *Digesto* I, 2, 2, 7: «Postea cum Appius Claudius proposuisse et ad forman redigisset has actiones, Cneus Flavius scriba eius... subreptum librum populo tradidit... Hic liber, qui actiones continet, appellatur Ius Civile Flavianum... nam nec Cneus Flavius de suo quicquam adiecit libros».

Nada agregó Cneus Flavius a las fórmulas; limitóse a publicarlas. El pomposamente llamado Ius Flavianum carece del menor contenido científico, pues son las mismas fórmulas antes secretas sin ningún aditamento; Cneus Flavius es el epígono de los pontífices, no es jurista.

Otro tanto ha de decirse del *De usurpationibus* de Appius Claudius Caecus, cónsul en los años 307 y 296, personaje notable en la oratoria por su celebrada *Oratio de Pyrrho in urbem non recipienda*, pese a que Pomponio Sexto en trecho recogido en el *Digesto*, lugar citado, téngale por varón que

79. En las *Mélanges Lévy-Bruhl*, 165-166.

«maxima scientia habuit»; porque en la autorizada opinión de Fritz Schulz en la *History of Roman Legal science, Historia de la ciencia legal romana,* fuera imposible que al doblar el siglo IV nadie pudiera escribir un libro monográfico como el *De usurpationibus* [80].

Secretario de pontífices Cneus Flavius, pontífice Appius Claudius Caecus, la ciencia jurídica siguió moviéndose en el círculo pontifical hasta finales del siglo III antes de nuestra era. Los más antiguos juristas legos, los primeros nombres de la ciencia jurídica romana secularizada, debieron ser los hermanos Sextus y Publius Aelius Paetus, cónsul aquél el año 198, cónsul éste el año 201. Pues Sextus Aelius Paetus produce la más vieja de las compilaciones ordenadas, el *Ius Aelianum* o *Ius tripartitum,* denominado así porque dividió la materia en tres libros o secciones, consagradas respectivamente a las leyes de las *Doce Tablas,* a la interpretación y a las acciones de la ley.

Si es que no fuera tal vez más exacto diputar al *Ius Aelianum* por excepción, ya que al correr del siglo II el saber del Derecho sigue siendo patrimonio de los ambientes pontificios. En su discurso contra Galba, todavía Catón expresaba en el año 149 el deseo de entrar a formar parte del colegio pontifical con miras a adquirir el conocimiento del Derecho. Y a lo largo de aquella segunda centuria son pontífices los tratadistas del Derecho, como Quintus Fabius Maximus Servilianus; o al menos augures cuales Lucius Julius Caesar, Appius Claudius Pulcher, C. Claudius Marcellus y M. Valerius Massala, tolos los cuales ocuparon puestos de cónsules o procónsules. De manera manifiesta es únicamente a partir del siglo I antes de Cristo cuando los laicos pasan a ocuparse de materias jurídicas: Servius Sulpicius Rufus, procónsul en Grecia bajo César, en sus *De sacris de testandis libris;* C. Trebatius Testa, en el *De religionibus libri;* o Marcus Terencius Varro, tribuno, edil, pretor y cónsul, varias veces mencionado más arriba, en su *Antiquitates rerum humanarum et divinarum.* Por más que Varrón militara en las huestes de Pompeyo, todos pertenecen al círculo de Julio César; ya que parece de fiar la especie de que quien abrió a Varrón las puertas de los secretos pontificales fue César mientras ocupó el cargo de pontífice máximo. Son los únicos tratadistas del derecho que hoy diríamos privado y les acomuna la preocupación por tratar las cuestiones poniendo por delante la índole sacra del Derecho, según se colige de los mismos títulos de sus escritos. Los otros legos que tratan del Derecho hácenlo desde la descripción de las instituciones, esto es del lado del dicho derecho público; como C. Sempronius Tuditanus, cónsul en el año 129 antes de Cristo, ocupándose de las magistraturas en los trece libros de su *De magistratibus;* M. Junius Braccanus, en su *De potestatibus.* Pues el campo del derecho privado, del verdadero derecho tradicional cuyo origen no entraba en la historia porque se diluía en la antigüedad de los «instituta maiorum», fue patrimonio de los pontífices hasta las postrimerías de la república.

Sin exclusión la totalidad de ellos, hasta quienes proceden de terrenos seculares, coinciden en tomar por punto de referencia los casos concretos presentados por la vida, siguiendo la línea de asumir solamente en consideración aquellos mismos hechos singulares sobre los que los pontífices habían antes redactado sus «responsa». Es lo que proporciona aspecto pura-

80. Oxford, at the Clarendon Press, 1946, pág. 9.

mente casuístico a la ciencia jurídica de Roma, herencia directa de la casuística con que los pontífices aplicaban a tenor de la variable voluntad de Júpiter el «fas» al «ius» en cada sucesiva coyuntura. Pues los juristas operan tal cual los pontífices obraran antes; o sea, manteniendo la inmutabilidad formal de los planteamientos externos en el análisis de las fórmulas exteriores al contenido jurídico, reservando las novedades en la consideración de los argumentos internamente ligados al estudio razonado de cada caso.

Así nace la ciencia jurídica en Roma, yendo desde el análisis técnico de las formas rituales al núcleo interno de los problemas, sin pretender jamás razonar sobre el contenido del «ius» que, al igual que el «fas», quedó siempre por algo misterioso, incognoscible, reservado al saber de las deidades, no sabido ni por los pontífices, por tanto no sabido tampoco por sus herederos los juristas laicos.

Lo que sucede es que ahora, al secularizarse los saberes, los jueces comenzarán a asesorarse de los juristas legos igual que antes se asesoraban de los pontífices. Al dar «responsa» a las demandas de los jueces, herederas de las «responsa» que otrora los pontífices dieran, al ser consultados, estos juristas legos pasan de ser simples juristas a juristas consultados, a jurisconsultos. Es el tránsito reseñado por Cicerón en la *Topica* XVII, 65, cuando escriba que «privata enim iustitia maximarum quidem rerum in iuris consultorum mihi videntur esse prudentia. Nam et adsunt multum et adhibentur in consilia et patronis diligentibus ad eorum prudentiam confugentibus hastas ministrant». Fue idéntica la relación del juez con sus asesores juristas; lo único que varía es la calidad de tales asesores: antes sagrados, ahora laicos; pero siempre conocedores de las reglas aplicables al problema concreto sometido a la resolución del juez o de los peritos.

Matiz nuevo es la palabra empleada por Cicerón en el texto aludido de su *Topica*: la prudencia. Precisamente la palanca del motor doctrinal que va a trocar la consideración formal de los ritos mágico-jurídicos formales en los análisis racionales del meollo interno de las cuestiones debatidas. Cierto es que sin el menor género de dudas cuando Cicerón habla de la prudencia remeda aquí cierta terminología eticista típica entre los filósofos griegos, teorizando un concepto del cual los juristas latinos encontrábanse en ayunas; pero no es menor verdad que los juristas laicos de Roma emplearon ese concepto como impulso para su meditación doctrinal, por más que en ningún caso soñaran con elevarlo a doctrina en sí mismo. Porque la prudencia fue el factor que trasladó los planteamientos jurídicos desde lo externo a lo interno, desde el formalismo ritual al meollo de las cuestiones; lo que, en una palabra, procuró brotase la ciencia jurídica romana.

Los juristas romanos en los momentos en que la técnica ritual mágica asciende a razonada ciencia del Derecho no se preocupan de cuestiones filosóficas ni inquieren cuestiones generales; proceden a secularizar los ritos indagando la razón que los explique y, en consecuencia, los enlaces lógicos entre los hechos. Mas no es lícito tacharlos por ello de practicones, como llevado de sus antojos positivistas intentó Hermann Rehm en la *Geschichte der Staatswissenschaft, Historia de la ciencia del estado*[81]; porque jamás emplearon el método «induktiv» que Rehm les atribuye con incomprensible ligereza en docto de tantas campanillas. El que se atuviesen a los casos no

81. Freiburg i. B.-Leipzig, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1896, págs. 146-147.

quiere suponer dedujesen su saber jurídico de los casos; una cosa es la casuística y otra asaz dispar el positivismo; los juristas romanos proyectan sobre el arte ritual de los teólogos pontífices la inquisición con los criterios fundamentales de la cultura romana de la época, que eran radicalmnete religiosos. Cicerón, que conoció a los suyos mucho mejor que Hermann Rehm, aportó en el *De haruspicum responso* VI, 12, la refutación veinte siglos anticipada a los despropósitos con que el positivismo oscurece las mentes más claras; cuanto asegura de los pontífices, de los senadores y de los ciudadanos vale literalmente para los juristas, porque señala la unidad de los saberes romanos en la perenne unidad de los principios religiosos: «quod tres pontifices statuissent, id semper populo romano, semper senatui, semper ipsis diis inmortalibus satis sanctum, satis augustum, satis religiosum esse visum est». Vivían el Derecho, sin vivir desde el hecho desnudo; pues para respirar no es necesario vivir del aire sino en el aire.

En este segundo estadio del saber jurídico romano basta a los juristas aplicar los razonamientos dictados por el sentido común a los casos prácticos; en su *History* mencionada Fritz Schulz ha puesto de relieve hasta qué extremo repugnábanles los métodos helenísticos de la educación, ceñidos al cultivo de la retórica y de la filosofía respectivamente en la forma y en el fondo. En este primer lapso de la ciencia romana propiamente tal trátase de disciplinas que para los juristas no cuentan nada; sus tareas son las de razonar las «responsa» con arreglo al contenido, explicando los ritos jurídicos cada día más tendentes a la secularización en la inquisición de la búsqueda razonada de los principios que bajo ellos laten.

Incluso en los tiempos en que habían ya penetrado los gustos filosóficos y retóricos llegados de Grecia, los representantes del saber científico muéstranse reacios a admitirlos. Inician su carrera jurídica asistiendo a escuelas donde aprender las nociones fundamentales para pasar seguidamente al despacho de algún jurista en ejercicio, sitio en el que alcanzará el conocimiento del valor de las «formulae» junto con el de los modos de elaborar las «responsa». Es la situación reflejada por Cicerón en el *De legibus* I, 6, 18: «qui ius civile tradunt non tam iustitiae quam litigandi tradunt viam». Elaboran respuestas que serán casuísticas, como lo eran las de los pontífices, eso sí que ahora cumplidamente razonadas, aunque sin exceder los cauces de los formularios y de las leyes. Argumentan con textos dentro de las fórmulas, jamás ensanchándolos con doctrinas filosóficas; van al caso preciso, prescindiendo de toda propedéutica sea retórica, sea deducida de la filosofía. Dícclo Fritz Schulz en su *History of Roman legal science*: «there was no legal prodeutic; no philosophical or historical introduction to law. The jurisconsults did not discuss with their pupils basic conceptions like justice, law or legal science, though to the Greeks these seemed problems of the highest, nay almost of sole, importance. The student was plunged straight into practice, where he was faced with the ever-recurrent question: What, on the facts stated, ought to be done? What be learnt by slow steps was neither a philosophy of law, a theory of legal method, legal history, comparative law, nor sociological jurisprudence, but simply the art of deciding in the concrete case» [82]. Tan no les importa la historia, quizá interesante para los tratadistas de las instituciones públicas, que la cronología que manejan es descuidada, achacando a reyes o a personajes egregios la creación de semejantes instituciones en espantosa mescolanza donde danzan el

82. F. SCHULZ: *History of the Roman Legal science*, 57-58.

baile de las incertidumbres cronológicas Rómulo y el Senado, Servio Tulio y los comicios, las curias y Tulio Hostilio, Numa Pompilio y los cultos devotos. Ni la filosofía, ya que los principios fundadores que sirven de plataforma para sus construcciones son respirados en el aire de la cultura ordinaria, sin que exista la necesidad de aprenderlos en escuelas filosóficas eruditas; ni la retórica, porque ellos no eran abogados, ya que en el derecho antiguo cada cual comparecía delante de los tribunales al no estar admitida la representación en justicia, cual relata Gayo en la *Instituta* IV, 82. Ni ninguna especie de meditación en torno a lo que los griegos decían era el derecho natural, porque no era conveniente para las realidades a ras de tierra de sus soluciones prácticas, en tanto grado que, como observa Otto Seel en *Römische Denker und romischer Staat, Pensadores romanos y república romana,* resulta imposible distinguir en sus elucubraciones donde acaba el derecho natural y donde empieza el civil o viceversa [83]. Lo que cuenta para los científicos romanos es la vida, lo que la vida del Derecho brinde.

Es el saber de los juristas saber práctico, no especulativo. Sus conclusiones manan de la prudencia, instrumento para su arte razonado. En contraste con los filósofos, perdidos en aéreas disquisiciones extrañas a la vida en sociedad tal como era practicada en la urbe romana, los prudentes científicos del Derecho viven inmersos en el piélago de la realidad tal cual era vivida en Roma, echando mano de la prudencia para resolver las cuestiones que de la vida iban surgiendo día por día. El variante casuismo de los pontífices sobrevive en el casuismo de los jurisconsultos, aunque por motivaciones dispares; en los pontífices por la imposibilidad de someter a los dioses a reglas permanentes en sus respuestas interpretando el «fas», en los juristas porque las circunstancias de la vida social mudan igual que arenas del desierto. Cicerón dijo claramente en el *De oratore* III, 3, 133, era nota realista, en virtud de la cual los juristas aconsejaban proyectando su prudencia más allá de los linderos propiamente jurídicos, actuando en condición de consejeros de los padres de familia en los asuntos más diversos: «non solum de iure civili verum etiam de filia collocanda, de fundo emendo, de agro colendi, de omni denique aut officio aut negotio». Lo que remacha Biondo Biondi en su *Arte y ciencia del derecho* al escribir que el Derecho se presenta, más que por verdad objetiva, como técnica enderezada a la realización de la utilidad de cada miembro en el seno de la convivencia social; por lo que los juristas no se orientan a la investigación de verdades, sino a la consecución de los procedimientos para lograr en la vida social la máxima utilidad compatible con la existencia en común con los demás [84].

En *Concreção de fato, valor e norma no direito romano clássico, Concreción de hecho, valor y norma en el derecho romano clásico,* procurando proyectar sobre el derecho de Roma su conocida tríada de los factores constitutivos del Derecho, Miguel Reale plantea la conexión de la utilidad con la equidad [85]; esto es con el uso cabal de la prudencia. Ríos de tinta han corrido en búsqueda de puntualizar si la equidad es concepto importado de Grecia o si ya existió entre los juristas de Roma. Paolo Pinna Parpaglia ha dedicado denso libro titulado *Aequitas in libera republica* para exponer la polémica nutrida de decenas de autores y de tesis [86]. Härtter, Voigt, Kiss,

83. Leipzig-Berlín, B. G. Teubner, 1937, pág. 93.
84. Barcelona, Ariel, 1973, pág. 50.
85. En la *Revista da Faculdade de Direito* de la Universidad de São Paulo, XLIX (1954), 195.
86. Milano, A. Giuffré, 1973. Baste referirse al resumen, en el capítulo VII, págs. 202-291.

Stroux, Kübler, von Lübtow, Biondo Biondi, Pringsheim, Donaiuti, La Pira, Lanfranchi, en mayor o menor grado niegan la existencia de una noción de «aequitas» entre los juristas romanos anterior al recibimiento de la noción aristotélica de la ἐπιείκεια. Sin embargo, parece más cierto hablar de una «aequitas» impulsora de la ciencia de los juristas de Roma con independencia de los ecos aristotélicos, una ética que en lugar de desprenderse de la filosofía nació de la meditación concisa sobre las realidades de la casuística que los juristas tomaron como materia para sus especulaciones. Así Emilio Albertario en el estudio *Iustum pretium et iusta aestimatio, Justo precio y estimación justa* [87], topa con una «aequitas» deducida de la proporción inherente a la racionalización práctica del «ius» como requisito de la «utilitas» de quienes contratan, en la cual no es dable encontrar huella ninguna de concepciones filosóficas generales. Igualmente Pietro Bonfante en el artículo *L'equità* ve la «aequitas» latina por término medio entre los excesos de la extremosa dureza y de la extrema indulgencia, en contraste con la ἐπιείκεια aristotélica, siempre dulcificadora, correctora para suavizar las rigideces de la ley, aunque la norma no fuera en sí excesiva [88]; la noción aristotélica de la ἐπιείκεια es tan extraña a Roma que «un romano del buon tempo antico avrebbe strabiliato di fronte ad una simile funzione del-«aequitas» [89]. En *Recht und Gerechtigkeit, Derecho y justicia,* comentando las opiniones lanzadas por Johannes Stroux en su *Summum ius, summa iniuria,* Ernst Levy repudia la influencia de Aristóteles en la ciencia romana, especialmente en lo tocante a la equidad [90]. Carlo Alberto Maschi en *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani, La concepción naturalista del derecho y de las instituciones jurídicas romanas,* separa ἐπιείκεια de «aequitas» sosteniendo que para los romanos, lejos de constituir la equidad factor correctivo de la rigidez del Derecho como sucedía en Aristóteles, es el Derecho mismo en su aplicación a las problemáticas diarias de la existencia, es el procedimiento para aproximar la realidad a las normas; en modo que si la equidad «è diritto» [91], no elemento corrector del Derecho, habrá coincidencia de vocablos, pero cada uno expresará conceptos distintos; es que, en tanto los griegos se preocupaban en abstracto de si una norma era o no justa, lo que movía a los juristas romanos era saber si se compadecía o no con la realidad; prescindiendo de cualquier definición ideal del Derecho, los jurisconsultos de Roma tuvieron apenas delante de los ojos la adecuación de los hechos reales con los contenidos de las reglas [92]. No de otra guisa tampoco Paolo Pinna Parpaglia en su aludido libro sobre el tema topa la diferencia entre las categorías mentales de los griegos y las de los romanos tocante a la equidad, evidente en el dato de que, al paso que en Grecia la ἐπιείκεια puede ser reconducida a fórmulas matemáticas, en Roma es siempre la adecuada correspondencia de «lo ius e il fatto», inserta en el Derecho mismo cual la fuerza perennemente animadora del Derecho [93].

Es que la «aequitas» tal como la concibieron los latinos era la causa animadora del Derecho; el sentido común afanado en la empresa de conseguir un saber jurídico realista, el instrumento para explicar científicamente los

87. En el *Bollettino dell'Istituto di diritto romano,* XXXI (1921), 403 ss.
88. En la *Rivista di diritto civile,* XV (1923), 192.
89. P. Bonfante: *L'equità,* 191.
90. En los *Gesammelte Schriften.* Köln-Graz, Böhlau Verlag, dos tomos. Cita al I (1963), 20-30.
91. Milano, Vita e pensiero, 1937, pág. 200.
92. Carlo Alberto Maschi: *La concezione naturalistica del diritto,* 357.
93. Paolo Pinna Parpaglia: *Aequitas in libera Republica,* 291.

ritos formales de la técnica teológica jupiterina. La equidad ha sido siempre, igual en Grecia que en Roma, el sendero que conduce desde el arte a la ciencia del Derecho; lo que sucede es que en cada uno de esos pueblos la equidad goza de las perspectivas respectivas. En Grecia, gente filosófica por temple indiscutido, la ἐπιείκεια sirve para saltar desde la técnica a la ciencia andando los procesos de aquella zona de saberes colocada entre la realidad y la filosofía, de las matemáticas; y así Aristóteles, sobre pasos de los pitagóricos y de Platón, busca explicar lo justo echando mano de proporciones aritméticas o geométricas, merced a las cuales sea dable corregir el rigor de las leyes. En Roma, pueblo realista por natura, la equidad no queda fuera del Derecho ni entra para nada en la adecuación del Derecho a la realidad; es el Derecho mismo quien se acerca a la realidad, de suerte que la equidad coincide con el Derecho, es el propio Derecho en su dinamismo irrefrenable. La clave explicativa radica en que en Grecia el Derecho fue elaborado desde la filosofía, desde la meditación de la idea absoluta de lo justo; mientras que en Roma mana de la consideración de lo lícito y lo ilícito tal como lo entendiera la teología jurídica jupiterina. En Grecia entre la objetividad del orden puesto por los dioses en la Θέμις y el saber del Derecho está la Δίκη, que es también otra diosa sujeta a la racionalización filosófica; en Roma entre el orden puesto por los dioses que es el «fas» y la ciencia del Derecho se halla el «ius», que no es nada divino, pero solamente sagrado, una manera ritual en vez de un dios. De ahí que la equidad sirva en Grecia para racionalizar la filosofía de la Θέμις y de la Δίκη, al paso que en Roma la equidad sirve para racionalizar la técnica de los ritos. La ἐπιείκεια depende en Grecia de nociones religiosas y por ende es concepto estrictamente filosófico o a lo sumo matemático, de una matemática siempre abstracta por definición; la «aequitas» depende en Roma de valores técnicos, de ritos formales sacros pero no divinales, y en consecuencia es un concepto científico, el alma misma creadora de la ciencia. La ἐπιείκεια contempla a la vida de convivencia desde fuera, al ser corrección matemática abstracta de una norma filosófica abstracta; en Roma la «aequitas» mira a la vida de convivencia desde dentro, es el Derecho mismo construido por los juristas como ciencia en el seno de las realidades sociales. Por lo cual la «aequitas» latina es la magna palanca forjadora de la ciencia jurídica romana.

Palanca incitadora de futuros y de perfeccionamientos. «Hay cuestiones —escribe Juan Iglesias en su excelente *Instituciones de derecho romano*— que la ley deja sin contestar, sea por su defectuosa dicción, sea por su angostura formal, sea porque el espíritu de los nuevos tiempos la ha agotado y envejecido. Si tal ocurre, interviene la «aequitas», restableciendo la justa proporción, el exacto equilibrio entre derecho y vida» [94].

Es la dinámica aplicación del tema de la justicia. En Grecia fue una diosa primero, luego la Idea absoluta elaborada por Platón, finalmente proporción filosóficamente conseguida en Aristóteles. En Roma la justicia es la utilidad de la comunidad sin más, utilidad que es la versión nueva racionalizada de la vieja noción de lo lícito en el «fas» de la teología jurídica jupiterina. Cara a las definiciones griegas, desasidas de la vida real, los juristas nos dirán que equidad o justicia es algo equivalente con la utilidad de Roma, con el bien común de la urbe. En Roma la justicia, ha precisado certeramente Juan Iglesias en sus *Instituciones*, no es la justicia pura, la más alta justicia como virtud eterna e inconmovible que abraza en sí a todas las virtudes, sino

94. Barcelona, Ariel, 1958, pág. 92.

esa justicia terrena que, estableciendo una cierta igualdad entre los hombres, propende a la consecución del bien común[95].

En el *Digesto* I, 3, 25, Herennius Modestinus afirma que el Derecho existe, no para la realización de una justicia ideal, empero «pro utilitate hominum»; en el propio *Digesto,* I, 1, 11, consta la aseveración de Julius Paulus de que el derecho civil consiste en aquello que «pro utilitate hominum utile est». La misma definición de la justicia asumida sea en la *Instituta* I, 1, proemium, que en el *Digesto* I, 1, proemium, por actitud vital más que por razonamientos fríos, como «constans ac perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi» corrobora que el Derecho fue una ciencia nacida de un arte, jamás filosofía puramente especulativa. Hasta aquellos juristas sometidos a la influencia de la filosofía griega mantienen enhiesta la bandera del realismo desnudo de intromisiones filosóficas. Burdamente lo dirá Iuventius Celsus en la transcripción constante en el *Digesto* I, 1, 1, proemium, al definir los saberes del Derecho como mero arte de lo bueno y de lo justo, como «ars boni et aequi», sin darse cuenta de que la equidad razonada es algo muy superior a una técnica, es ya una ciencia; más preciso en el vocabulario Domitius Ulpianus refrendará precavido en la terminología el sentido científico del derecho en Roma en el texto pasado al *Digesto* I, 1, 1, 1, con arreglo al cual Derecho es noticia de lo bueno y de lo equitativo, «boni et aequi notitia», ciencia ya porque noticia de la equidad supone ineludiblemente determinado razonar jurídico, el razonar que tajantemente distingue a la rutina del arte de las temáticas de la ciencia.

Quizás la muestra más notoria de semejante repugnancia hacia lo abstracto inherente a la filosofía sea el retraimiento a la definición, actividad esencial en los análisis filosóficos dados a la precisión, pero incompatible con el casuismo individualizado de la ciencia jurídica romana, labrada día por día golpeando razonamientos en el yunque de las realidades encubiertas por las fórmulas rituales exteriores. El decir de Javolenus Priscus, consejero de Trajano, es llamativo por su claridad. En el *Digesto* L, 17, 202, trasladáse en tesis de que «omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset». La frase proviene de la undécima de sus *Epistolae,* mas el alcance jurídico es evidente por el contenido y por la condición de jurista del autor, por más que fuera formulada en documento literario. Antonio Calcaterra en *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo, mezzi e fini, Las definiciones de los juristas romanos. Métodos, medios y fines,* ha interpretado tal trecho en el sentido de que la censura contra las afirmaciones afecta al derecho positivo, no a las construcciones doctrinales[96]. Lo cual corrobora la opinión que vengo sosteniendo, dado que en el primer caso Javolenus Priscus escribe como jurista romano sin más, mientras que en el segundo hubiera escrito en calidad de secuaz de las escuelas filosóficas helénicas. Es a fuer de jurisconsulto romano como Javolenus recela de la oportunidad de las definiciones; siendo de notar como el argumento que emplea para rechazarlas es el de que con ellas se fijaría inamoviblemente al pensamiento jurídico, en contraste con la ciencia del derecho en Roma, siempre dinámicamente vivaz, sin cesar renovada porque en resumidas cuentas consistía en la adecuación de la «aequitas» realista a las concretas circunstancias del vivir en convivencia. Del lado de la vida, que para sus ojos gozaba de absoluta primacía, toda definición es peligrosa; pues una de dos:

95. Juan Iglesias: *Instituciones,* 93.
96. Napoli, Eugenio Iovene, 1966, pág. 8.

o el jurista se encierra en los términos de lo definido, y entonces la vida quedará aherrojada en un cinturón de hierro extraño a las exigencias de las mudanzas que la realidad trae aparejadas; o, como él prefiriría en su calidad de romano, colocándose en la esfera de la realidad, la definición da en pasajera, teñida de una transitoriedad que acaba tornándola inútil. Es su sentido práctico de buen jurista romano lo que empuja a Javolenus Priscus a expresar en esta aseveración la inconveniencia de aprisionar al Derecho, vivo y dinámico en su esencia, dentro de la cárcel de una definición oscilante entre caer en la inutilidad de la ineficacia o despeñarse en el abismo del peligro de la rigidez dañina.

Con lo cual va relacionada la cuestión de la sistemática de los juristas. Cuestión relevante, ya que no hay ciencia donde falte sistemática. En *Arte y ciencia del derecho* Biondo Biondi puso en dudas hubiérase dado sistemática en los juristas de Roma. «La sistemática —asegura— que los modernos llegan a considerar exponente de labor científica, presenta para los romanos escaso interés, y los problemas de la arquitectura científica les son indiferentes. El ordenamiento de la materia se considera como algo exterior y formal que no toca la sustancia del derecho» [97].

Opino yo existe sistemática, solamente que la sistemática es harto distinta en este segundo modo del saber jurídico científico a la romana, mientras que lógrase perfección antes desconocida apenas tenga lugar la recepción de las nociones filosóficas helénicas. Sirva de ejemplo, por no alargar la presente glosa, la sistemática hijuela directa de la casuística elaborada por Quintus Mutius Scaevola, pontífice máximo y cónsul en el año 133 antes de Cristo en su *Ius civile;* donde las materias venían ordenadas en cuatro partes: las herencias, separando la testamentaria de la sucesión intestada; personas, antecediendo el matrimonio a los estados jurídicos de los sujetos; las cosas; y las obligaciones, arregladas según procedan de contrato o como consecuencia de un delito. Cabría añadir la de Massurius Sabinus, cabeza de la escuela sabiniana, en su *Libri tres iuris civilis,* sistemática que principia por la herencia, en la complejidad de los problemas que van desde los testamentos a la sucesión intestada, con el apéndice de los legados; prosigue por el derecho de las personas, en el que se inserta la esclavitud; continúa por las obligaciones, preparadas en la lista de las acciones legales; y termina con las cosas, en el que van la propiedad y las servidumbres, con el añadido final del postliminio.

Carece esta sistemática propia de la ciencia romana del orden lógico de los tiempos posteriores, mas no se la puede discutir la existencia de criterios ordenadores, por más que desde la óptica nuestra antójesenos absurdo anteponer el tratamiento de la regulación de las herencias a la exposición de la condición de las personas. No obstante, ante las unánimes críticas en este punto, quisiera yo poner de relieve la lógica de tales ordenamientos a tenor de la mentalidad de los jurisconsultos de la Roma antigua. Habida cuenta de que en Roma significaba infinitamente más la familia que el individuo, cual delata el simple orden en la colocación de los nombres personales donde los de la «gens» y de la familia preceden al del individuo, parecía más que lógico comenzar por las sucesiones; pues en las sucesiones se ventilaba la estructura y la continuidad de las familias. El dato de que tanto Quintus Mutius Scaevola cuanto Massurius Sabinus inicien sus exposiciones por las

97. B. BIONDI: *Arte y ciencia del derecho*, 79.

herencias dice lo bastante sobre la existencia de un criterio común entre los juristas romanos; criterio que no pudo ser otro que el de jerarquizar las cuestiones por su importancia respectiva; escala de valoraciones en la cual la familia suponía mucho más que el individuo dentro de las perspectivas ideológicas de los habitantes de Roma. El saber científico del Derecho en Roma poseyó la lógica de su sistemática peculiar, válida para los del tiempo. Lo que cae en absurda es la pretensión de tildarles de absurdos simplemente porque su lógica no coincida con la nuestra, cubriendo con censuras lo que es nuestra ignorancia de unos criterios sobradamente respetables.

Por nota final acerca de la variación que para los saberes jurídicos supuso la secularización del Derecho es conveniente poner de relieve los cambios en la democratización de la ley. No porque nadie pusiera en dudas que las leyes provenían de Júpiter, sino porque se abre camino la tesitura de que Júpiter manifiesta su voluntad a través de la del pueblo. Nace la fórmula «vox populi, vox Dei», destinada a encubrir tantos y tantos equívocos en los siglos posteriores. No es éste el sitio para desarrollar la cuestión, porque compete al estudio de la esencia del Derecho en Roma y ahora me ocupo apenas únicamente de los saberes jurídicos. Mas quede precisado el dato con la remisión al volumen III del presente *Tratado*. Baste ahora notar el hecho, otra faceta de la racionalización del «ius» en Roma.

C) *De la ciencia del Derecho a la filosofía del Derecho.*—La especulación filosófica del derecho en Roma es secuela de la recepción de la cultura griega; el carácter práctico y realista de los romanos antiguos pierde su rigidez a medida que el deslumbramiento causado por las bellezas intelectuales venidas de Grecia va penetrando la mentalidad de los teóricos de la Urbe. Poco a poco la Urbe se hace orbe y en el ensanchamiento idealmente ficticio de sus murallas políticas acoge en su seno el brillo cegador de unos contenidos culturales inconcebibles para los escuetos varones de la escueta Roma antigua. Vencida por las armas, Grecia vence culturalmente a sus conquistadores. Los poetas ven mejor que nadie los cambios y es un poeta, Horacio, quien lo anota en una de sus *Epistolae* II, 1, 156-157, cuando versifique como

> «Graecia capta ferum victores cepit et artes
> intulit agreste Latium.»

No es que en el fondo diera en novedad insólita. Influencias helénicas hubo siempre en Roma, dada la vecindad de las colonias emplazadas al Sur, de la Magna Grecia y de Sicilia, desde las vicinísimas Neápolis y Cumas. Lo que sucede es que, a consecuencia de la aproximación inherente a la conquista, la comunicación fue íntima y las modas griegas van a permear cada vez más la vida de los romanos, difundiendo el gusto por las hermosuras ciertamente seductoras de su arte, de su literatura y de su filosofía. Desde la primera mitad del segundo siglo antes de Cristo Roma se heleniza conquistada por sus conquistadores.

Con los milagros de su pluma magistral Teodoro Mommsen en *El mundo de los Césares* ha descrito la novedad de la corriente que desde entonces influye en Roma, empujando a los romanos a participar en la vorágine cultural del inquieto torbellino helénico. Fue una corriente opuesta por entero a los estilos de la Roma antigua, «absolutamente disonante de lo que había sucedido en los siglos anteriores a la avasalladora influencia griega» [98]. De

98. Versión española. México, Fondo de Cultura Económica, 1945, pág. 548.

poco valió que algunos hombres probos, como Catón, se aferrasen a la mentalidad antigua; serán barridos sin contemplaciones por el creciente helenismo arrollador. Retóricos y filósofos invaden la Urbe, extendiendo sus modos de pensar y de hablar hasta los más remotos rincones del Imperio; sin que nada les obstaculice aquel senadoconsulto del año 161, referido por Aulo Gelio en las *Noches áticas* XV, 11, por el que quedaba autorizado el pretor para decretar la expulsión sin más de filósofos y de retóricos. Es un nuevo horizonte de saberes el que va a suplantar al antiguo; en lo que toca a los saberes jurídicos será la sustitución de la filosofía del Derecho a la ciencia del Derecho.

Pese al radicalismo casuista de los juristas de la época, que por lo demás es la de la primavera de la jurisprudencia romana, no obstante sus sistemáticas centradas en la consideración de la familia más que del individuo, ya el amigo de Cicerón que fue Servius Sulpicius Rufus o el noble Quintus Aelius Tubero, pertenecen al círculo de los amigos de Escipión, y tal vez sin darse cuenta, porque formaba parte del ambiente cultural en que se movían, aceptan conceptos retóricos en la precisión del vocabulario o filosóficos en la caracterización de la herencia por totalidad, reseñados, aunque quizás forzando los términos, por Franz Horak en sus *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo, Argumentaciones. Fundamentos para las decisiones en los más viejos juristas romanos hasta Labeón* [99]; mas trátase de influencias menores, respecto a la que se da en otros personajes; por señalar uno que sirva de paradigma, en Marco Tulio Cicerón.

Cicerón no es jurisconsulto y su ejemplo demuestra como la ciencia jurídica romana, agarrada al casuismo peculiar suyo, fue la más reacia a admitir influjos griegos. Cuando la oleada helenizante llega al Derecho en el siglo II de nuestra era lleva ya trescientos años anegando la literatura y el arte de Roma. No será errado afirmar que la ciencia jurídica fue el postrer reducto del romanismo antiguo y que cuando la retórica y la filosofía griega baten triunfalmente sus muros y logran penetrar en sus bastiones es porque ya han cubierto con sus aguas el entero paisaje de la Roma culturalmente vieja.

Archisabido es que Cicerón constituye un apéndice en bellísimo cuanto redondo latín de la especulación helénica. No son precisas muchas citas ni es necesario aducir trechos de sus escritos para demostrarlo. Tan patente resulta que en los días aciagos de la decadencia decimonónica constituía timbre de honor para los griegos modernos, embebidos en el afán de procurarse glorias presentando a su pueblo por heredero directo de la Hélade clásica; así P. Tregderous en su Ἱστορία σινοπτική τῆς Ἑλληνικῆς καὶ Ῥωμαικῆς φιλοσοφίας [100].

Cicerón es retórico y es filosófico a la griega. Su idea capital, la «humanitas», es mero remedo estoico, como indica Michael Grant en *Roman literature* [101]; humanismo en el que Ettore Lepore en *Il principe ciceroniano e gli ideali politici della tarda repubblica, El príncipe ciceroniano y los ideales políticos de la república tardía,* ha explicado la inserción del estoicismo como medio para encubrir el soberbio individualismo del evidente aristócrata que

99. Aalen, Scientia Verlag, 1969, págs. 225-235.
100. Ἀθέναις, Τύποις Ἐμ. Ἀντωνιάδου, 1852, pág. 376.
101. Cambridge, at the University Press, 1954, pág. 67.

Cicerón fue [102]; humanismo que a fuerza de compaginar las varias direcciones del pensamiento desemboca en latente escepticismo, puntualizado por Alfons Weische en *Cicero und die neue Akademie, Cicerón y la Academia nueva* [103]; escepticismo que fácilmente puede calibrarse por la antítesis oscilante y frágil de aquella reciedumbre segura y robusta que fuera índice de la mentalidad de los romanos antes de la invasión de los saberes griegos. Humanismo que coloca en el centro de los saberes la sabiduría del individuo, según afortunadamente refiere el maestro Felice Battaglia en *La filosofia romana* [104]; lo contrario frontalmente de aquella meditación que subordina el individuo a la comunidad de la «gens» o de la familia, antítesis en consecuencia de los criterios que presidieron las temáticas de los problemas y las sistemáticas de las construcciones de la ciencia jurídica romana.

Filosofía la de Cicerón artificial y remedadora, tal vez porque andaba incardinada en el afán de medrar sobresaliendo en la vida pública, y por tanto sujeta a la férula de la oratoria, procedimiento más oportuno para el brillo en las algaradas de los contrastes públicos; ya que era la retórica más que la filosofía «il mezzo migliore per conseguire il suo scopo» político, en la observación con que Adolfo Levi en la *Storia della filosofia romana, Historia de la filosofía romana* [105] despacha las teorías filosóficas ciceronianas midiéndole con la escala de los valores por Cicerón sentidos, y en la cual la filosofía ocupaba puesto ínfimo por debajo de la política y de la retórica; estando el Derecho en situación inferior aun a la filosofía. Colocado en la orilla de la mentalidad griega, pese a sus dotes de clásico insigne en la lengua del Lazio, Cicerón da en el polo opuesto de la Roma antigua; en el terreno de los saberes jurídicos es simple copista de los saberes jurídicos de Grecia, sin nada de común con lo que había sido la ciencia jurídica de Roma.

Orador y retórico por encima de todo, no obstante sus contactos con los estudios de Derecho en su juventud recién llegado del natal Arpino, haber desempeñado el cargo de pretor y pronunciado defensas forenses, Cicerón no es jurisconsulto, ni fue citado nunca en condición de jurisconsulto por ningún escritor de Roma. Los estudios de Derecho fueron unos entre tantos otros, juntamente emprendidos con los de filosofía y elocuencia, parte de la formación cultural que precisaba; pues desde niño vivió, lo diré con Carlo Giussani en palabras sacadas de su *Letteratura romana, Literatura romana,* «fisso fin d'allora il proposito di avviarsi alla carriera dell'eloquenza e, per essa, della politica» [106]. En el giro de su existencia la pretura no pasó de escalón forzado en su carrera de político, peldaño en el «cursus honorum» comenzado con la cuestura de Sicilia y concluido con el consulado. Sus defensas famosísimas delante de los tribunales, como las *Pro Quinctio* o *Pro Roscio Amerino, Pro Caecina* o *Pro Cornelio,* son intervenciones de abogado, no de jurisperito; que en la estructura de la justicia romana separábase al jurisperito que estudiaba el contenido de los problemas del abogado u orador cuya misión era, gracias a la elocuencia convincente adquirida en especiales estudios retóricos, convencer al tribunal exponiendo los argumentos aderezados por el jurisconsulto con la brillante galanura de la que éste profesionalmente carecía. Cicerón no es científico del Derecho; es «orator», es abogado. Si cabe hablar de él como filósofo del Derecho, tal como nuestro Ursino

102. Napoli, Istituto italiano per gli studi storici, 1954, pág. 394.
103. Münster West., Aschendorffsche Verlagsbuchhandlung, 1961, págs. 9-10.
104. Separata de la *Grande antologia filosofica.* Milano, Carlo Marzorati, s. a., pág. 579.
105. Firenze, G. C. Sansoni, 1949, pág. 64.
106. Milano, Francesco Vallardi, s. a., pág. 183.

Vitoria en la *Filosofía jurídica de Cicerón* tratándole por abogado [107] y por filósofo [108], fuera tarea tan inútil cuanto absurda estudiarle de jurista.

Porque Cicerón es uno de los conductos típicos por donde viértese hasta Roma la manera helénica de considerar a lo jurídico, o sea como filosofía y como retórica. En su *Cicerone giurisconsulto, Cicerón jurisconsulto*, Emilio Costa ha puesto de relieve que los conceptos jurídicos generales manejados por Cicerón son copia de parejos conceptos antes concebidos por los filósofos helénicos [109]. Su derecho natural es el δίκαιον κατὰ φύσιν de Aristóteles. Su derecho civil es el δίκαιον νομικόν [110]. La equidad de que habla en *De republica* I, 32, 49, o en la *Catilinaria IV* 1, 2, es equidad a la aristotélica correctora de la ley, no fuente propia del Derecho; o sea ἐπιείκεια a lo griego, nunca «aequitas» a lo romano; a tenor de la observación constante en *Pro Caecina* XXI, 61; «iuris iudicium cum erit et aequitatis, caue in ista tam frigida, tam ieiunia calumnia delitiscas». El hoy perdido *De iure civile in artem redigendo* hubo de tener más de exposición filosófica que de construcción científica, parecerse más a los escritos de Teofrasto que a los de Mutius Scaevola; el programa que por boca del interlocutor Crasso está en el párrafo 190 del libro I del *De oratore* prueba terminantemente tal suposición.

Cicerón es uno de los senderos andando los cuales la filosofía del Derecho, acunada en Grecia y con marchamo helénico, penetra en Roma superponiéndose a la ciencia jurídica preexistente. En el siglo II de nuestra era semejante paralelismo va transformándose en la infiltración de las nociones filosóficas, de suerte que los magnos jurisconsultos clásicos del tiempo de los Antoninos y Severos meditarán sobre el Derecho desde la filosofía; en modo que la ciencia antigua del Derecho pierde su apoyo casuístico autónomo de razonamiento sobre la técnica de los ritos jupiterinos secularizados para cimentarse en ideas filosóficas generales. La fijación del Derecho en el *Edicto perpetuo* de Adriano, presumiblemente del año 129 en la opinión de Paul Krüger en su *Historia, fuentes y literatura del derecho romano* [110], brindaba la oportunidad de labrar sistemáticas al gusto ordenador de los filósofos, sistemáticas que son nota principal del clasicismo de Paulo o de Ulpiano al juicio de Franz Wieaecker en *Über das klasische in der römische Jurisprudenz, Sobre lo clásico en la Jurisprudencia romana* [111].

En los terrenos de la retórica, la otra magna línea de penetración helénica en la cultura jurídica romana, Cicerón es asimismo la vía por donde transita a Roma la concepción retórica de Hermágoras de Temnos; el *De inventione* ciceroniano coincide hasta en el título con la obra principal de la escuela de los «hermagóroi» al punto de que resulta más que probable contar al orador latino entre los miembros de la escuela. Tanto más que la influencia de Hermágoras fue avasalladora en Roma en el siglo I antes de Cristo; díganlo las *Institutiones oratoriae libri XII* de nuestro calagurritano Marcus Fabius Quintilianus, que prolonga la hegemonía del saber retórico de Hermágoras en la centuria posterior a Cicerón; dígando el dato de que sean hermagorianos los retóricos seguidores de Cicerón en los siglos posteriores, hasta llegar a los dos grandes del siglo IV que fueron Fortunianus

107. Valladolid, Casa Martín, 1939, págs. 42-45.
108. U. VITORIA: *Filosofía jurídica de Cicerón*, 121-148.
109. Bologna, Nicola Zanichelli, 1927, págs. 15-41.
110. Traducción castellana. Madrid, La España Moderna, s. a., pág. 155.
111. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1950, pág. 35.

y Julius Victor. Pues hasta mediados del siglo II Hermágoras es el maestro reverenciado sin discusión en Roma, seguido unánimemente por la totalidad de los retóricos con anterioridad a la aparición de Hermógenes de Tarso, que a su vez será el padre de la retórica para los juristas clásicos de Roma. Siendo de notar a este respecto el dato de que Cicerón no influye en los juristas magnos, ni por tanto Hermágoras de Temnos; punto importante porque no ha sido tenido en cuenta ni por José Santacruz Teijeiro en sus *Notas para un estudio expositivo sobre el influjo de la retórica en el derecho romano* [112], ni por Theodor Viehweg en su conocida *Topik und Jurisprudenz, Tópica y jurisprudencia* [113]; cuando en el tomo V del presente *Tratado* toquemos el problema, se verá que la mera comparación de textos elimina la influencia de Hermágoras o de Cicerón sobre los jurisconsultos famosos.

Por supuesto que la sistemática influida por los griegos no será sistemática pareja a la de los tratados de filosofía del Derecho moderno, ni siquiera tendrá nada de común con la que los anglosajones denominan Jurisprudencia general; ya lo observó James Bryce en *The methods of Legal science, Los métodos de la ciencia legal* [114]; no habrá sistemática de filosofía del Derecho porque, siguiendo en ello a los helenos, la filosofía del Derecho no se separa de la ciencia jurídica; es simplemente la propedéutica general fundamentadora. Lo que sucede es que la sistemática ordena ahora las cuestiones con lógica nueva en la que están discernidas las personas, las cosas y las acciones como relaciones entre ellas; los seres racionales, los seres irracionales y los movimientos lógico-jurídicos que entre todos puedan existir. Contemporáneo del emperador Antonino Pío, alcanzando el foco de la actividad en tiempos de Marco Aurelio, Gaius sigue este sistema en sus *Instituta*. Integrado en el orbe helénico, Gayo es oriundo de las provincias del Oriente [115], maneja el griego; cita a las *Leyes* de Solón, de los gálatas y de los bitinios, sabe del «ius italicum» vigente en las parcelas del este del Imperio; ya que no griego, es un helenizado, probablemente con raigambre en Berito o en alguna otra región del Asia romana. No es de extrañar, en consecuencia, que sus visiones se hallen más cerca de las de la Hélade que de las propias de los científicos del derecho de la Roma antigua. Aunque parcelada en cuatro libros, la sistemática esbozada en el I, 1, 8, es tripartita con arreglo a la lógica nueva antes aludida: «Omne autem ius, quo utimur, uel ad personas pertinet uel ad res, uel ad actiones.»

Parejo es el orden que formaba el esqueleto del *Liber singularis Pandectarum,* atribuido a Domitius Ulpianus, fenicio nacido en Tiro, asesor legal de los Severos y miembro tan influyente cerca de los emperadores que, de atenerse a la opinión emitida por Julius Wolf en el *Römische Kaiserzeit, Epoca imperial romana,* hasta el año 228 fue el animador del gobierno del Imperio [116]; el cual diferencia seis partes: fuentes, personas, propiedad, sucesiones o herencias, obligaciones y procedimientos civiles.

En la misma tendencia filosófica Aemilius Papinianus, prefecto del pretorio en la corte de Septimio Severo, desde el año 203 acomete en sus dos

112. En la *Revista de estudios políticos,* XII (1952), 109-124. Sobre todo en los cotejos de las págs. 118-121.
113. Madrid, Taurus, 1963, especialmente en las págs. 71-74.
114. En los *Studies in history and Jurisprudence.* Oxford, at the Clarendon Press, dos tomos. Cita al II (1901), 172-173.
115. A este respecto FRITZ SCHULZ: *History of Roman Legal science,* 103.
116. Freiburg i. B., Herder, 1932, pág. 153.

libros acerca de las *Definitiones* empresa inconcebible para los juristas antiguos: la de delimitar los conceptos del Derecho, encerrándolos en el círculo lógico de las definiciones, contra la libre reelaboración continua a que sometían los conceptos jurídicos los viejos científicos del Derecho a secas despreocupados de problemáticas filosóficas.

Los grandes juristas romanos de los siglos II y III apártanse de sus predecesores en que, mientras éstos solamente cultivaron la ciencia, ellos aúnan la ciencia con la filosofía del Derecho. Siendo de ver que la filosofía va unida a la doctrina de la interpretación de las leyes traídas a Roma por Hermógenes de Tarso, otro oriental de las riberas egeas en tierras de Asia, joven prodigio nombrado a los quince años por Marco Aurelio profesor público de retórica y a los veinticinco entontecido en tanto grado que con la pérdida de la memoria hubo de resignarse a vegetar el resto de sus días.

Para los retóricos la controversia delante de los jueces es más situación que discusión, más tópica que enfrentamiento de argumentos; en realidad los argumentos eran las pruebas, la pugna era un razonar dentro de los márgenes establecidos por la tópica. En *Hermógenes on Stock issues in deliberative speaking, Las soluciones sólidas de Hermógenes acerca del lenguaje deliberante*, R. Nadeau ha demostrado como el Περὶ τῶν στάσεων de Hermógenes de Tarso es el libro fundamental manejado por los juristas romanos clásicos, puente entre las doctrinas retóricas de Aristóteles y lo que de retórica súpose en Roma desde el último cuarto del siglo II de nuestra era [117]. Tanto más que a Hermógenes se debe el reparto de cuestiones lógicas en dos grandes grupos: el propiamente filosófico, tendente a aquilatar qué sea lo bueno y lo bello en sí de manera absoluta; y lo que en el Περὶ τῶν στάσεων CXXXIII, 16, llama «πολιτικόν ζήτημα» o problema político o civil, consistente en investigar lo bueno y lo justo en sus manifestaciones particulares. Estando el criterio amojonador entre ambos saberes en aquella misma noción de la oportunidad o καιρός que en la glosa precedente vimos era la palanca movedora del saber científico en Grecia; a la letra lo dirá Hermógenes de Tarso en el Περὶ τῶν στάσεων en muchos lugares: CXXXIV, 17; CLVII, 12; CLXXII, 2 y 30; CLXX, 31, entre otros. Venía a dilucidar si la retórica era una ciencia, como sostuvo la escuela de Apolodoro de Pérgamo, o un arte, cual pensaron los discípulos de Teodoro de Gadara, los dos magnos retóricos del siglo I antes de Cristo. Hermógenes de Tarso corta la cuestión, atribuyendo condición de ciencia a la retórica general y de arte a la retórica jurídica, dado que en la segunda se halla presente el factor καιρός inexistente en la primera. Como concluye M. A. Giuliani en *La logique juridique comme théorie de la controverse, La lógica jurídica como teoría de la controversia*, Hermógenes de Tarso inclínase por la corriente que rehusaba la aplicación del método científico a las cosas contingentes [118]; en este caso, añadiré yo, a las cosas contingentes de los problemas jurídicos. Los saberes del Derecho son del ámbito del arte y desde ellos, para Hermógenes de Tarso, antójase imposible el saber seguro y cierto que es la ciencia.

La introducción de la retórica de Hermógenes de Tarso en Roma supuso, pues, marcha atrás en la tabla de los saberes jurídicos. Cara a una ciencia del Derecho robustamente tallada por los juristas viejos, asoma la desvalorización de los saberes jurídicos a la inexacta incertidumbre de las técnicas. El problema para los juristas clásicos estará en salvar a la ciencia del De-

117. En *Speech monographs*, XXV (1958), 60.
118. En los *Archives de philosophie du droit*, XI (1966), 94.

recho de esa caída, construyéndola desde una lógica que le permita obtener la seguridad permanente característica de los saberes científicos. Para cuyo efecto no tuvieron otra salida que fundamentarla en la filosofía del Derecho, o por lo menos reelaborar los conceptos propios de la vieja ciencia jurídica independiente de conexiones filosóficas con puntos de vista sacados de la filosofía. No tenían otra puerta de salida so pena de negar valor científico a la vieja ciencia jurídica anterior que era clave de la tradición de Roma; y así la inserción de la ciencia en la filosofía fue la puerta por donde nació la filosofía romana del Derecho.

De esta guisa es como formulan sus sistemáticas. Admírome yo de la «stranezza» de hombre de la altura de Riccardo Orestano en *Obligationes e dialettica, Obligaciones y dialéctica,* al contemplar la novedad con que en la *Instituta* gayana clasifícanse las obligaciones, primero en especies, y luego dentro de las especies según géneros [119]. Pues la sistemática obtenida en los *Instituta* III, 88-89 y 182, separando las obligaciones a tenor de su origen en las dos especie de contractuales y de delictivas, y las contractuales en los cuatro géneros de reales, verbales, literales o escritas y consensuales, es la mera aplicación a las cuestiones de la sistemática jurídica de la teoría de las conexiones lógicas tal como venía siendo expuesta en la tópica del tiempo. Tuvieron sobrada razón Ernst Meyer en *Die Quaestionen der Rhetorik und die Anfängen juristischer Methodenlehre, Las cuestiones de la retórica y los comienzos del método jurídico,* en estimar a la retórica compañera del Derecho contra los excesos del formalismo verbalista [120], yo diría de los tipos a lo ciceroniano abogadescos; y Bernard Vonglis en *La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique, La ley y el espíritu de la ley en la jurisprudencia clásica y en la retórica,* al concluir es la tópica la que enmarca las sistemáticas de los juristas mayores de Roma [121], cerrando el marco dentro del cual será posible manejar la interpretación en la misma función que la «aequitas» desempeñaba en la casuística de la ciencia antigua: como dinámica energía doctrinal creadora del saber jurídico.

Mérito insigne fue la maestría en el proceder de estas investigaciones al aproximar las ideas filosóficas perennes a las mudadizas apariciones de los casos sucesivos. El equilibrio alcanzado goza de tamañas perfecciones que ha sido siempre motivo de asombro para las generaciones posteriores, debiéndose a tanta maestría el crédito otorgado al derecho romano como una entre las maravillas de la humanidad. Gaius, Aemilius Papinianus, Iulius Paulus, Domitius Ulpianus y Herennius Modestinus, por limitar el elenco a los cinco más famosos, montaron a las cimas de la perfección en el estudio del Derecho precisamente por el magnífico ponderado esfuerzo con el cual acercaron la filosofía a la ciencia del Derecho, en logros no superados jamás por nadie.

Tamaño fue el mérito, tan riguroso el proceder, tan cabal el maridaje de los postulados filosóficos con las casuísticas variadas, que grandes juristas dignos de codearse con ellos han visto en la perfección conseguida ritmo tan coherente de pensamiento que les aproxima al rigor coherente de los matemáticos. Lo que no pudo decirse de los antiguos científicos diráse con aura

119. En las citadas *Mélanges Lévy-Bruhl,* 448.
120. En la *Zeitscrift der Savigny Stiftung für Rechtswissenschaft.* Romanische Abteilung, LVIII (1951), 51.
121. Paris, Sirey, 1968, pág. 197.

de aplausos de los magnos jurisconsultos que vivieron entre la segunda mitad del siglo II y la primera parte del siglo III. En la *Disputatio juridica de conditionibus, Discusión jurídica de las condiciones,* Godofredo Guillermo Leibniz comparaba con las de los matemáticos las demostraciones por ellos concluidas: «certissimas ac pene mathematicas demonstrationes» [122]. Certidumbre que es seguridad científica, pero asimismo profundidad en sólidos cimientos filosóficos, y que solamente puede achacarse a estos juristas clásicos sucesores de Gayo y receptores de la especulación helénica. Bien separa el juicio el mismo Leibniz al circunscribir el marco de sus comparaciones elogiosas en la carta de 1670 a Johannes Georg Graevius «ut credam nec Euclidem nec Cartesium, si de huic doctrinae applicuissent, potuisse scribere rotundius profundiusque, quam Ulpianum et Papinianum» [123]. En su apasionamiento por la obra de los grandes jurisconsultos de Roma, Leibniz les elogia con el máximo elogio que entraba en su mentalidad de enamorado de los métodos matemáticos: comparando con la recia seguridad de los saberes matemáticos la acabada lógica de Ulpiano y Papiniano.

No de otro modo tampoco viéneles alabanza análoga desde quien, siendo supremo romanista y grandísimo jurisconsulto, contempla a Ulpiano y a Papiniano con miradas semejantes. La «Schärfe und Sicherheit der Begriffe», la precisión y seguridad de los conceptos produce a Von Savigny la impresión de que no se encontrarán iguales más que en los razonamientos matemáticos: «wie sie sich sonst ausser der Mathematik nicht findet», léese en el capítulo IV de la memoria célebre *De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del derecho, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtwissenschaft* [124].

Ni será distinta la impresión que las construcciones ciclópeas del derecho romano clásico susciten en Rudolf von Jhering, quien en su *Geist des römischen Rechts, Espíritu del derecho romano,* desátase en admiraciones delante de tan absoluta necesidad lógica, con tanta «Nothwendigkeit», que valen eternamente con la precisión de las conclusiones matemáticas; más todavía: son la matemática jurídica, «eine Mathematik des Rechts» [125].

Lo que no quiere decir que los jurisconsultos clásicos de Roma emplearan procedimientos matemáticos. Todo lo contrario. Precisamente lo que les opone a los métodos helénicos es que la matemática queda excluida de la metodología jurídica; ya señalé como es cabalmente aquí en lo que difiere la ἐπιείκεια griega de la «aequitas» latina, por encima de las analogías semánticas. Lo que admira en los Papinianos y Ulpianos es la ciclópea armazón de las ideas, tan recias que memoran la trabazón interna entre los números. Pero aquí concluye el parecido. Los jurisconsultos romanos utilizaron la comparación, el análisis y el sentido común, todos a tenor de su típico realismo, armonizándolo con la filosofía proporcionadora de los datos basilares; nunca el menor asomo de matemática jurídica.

Por el contrario, en la perduración de los esquemas mantuvieron siempre, hasta los más helenizados racionalistas, la noción del Derecho como saber de cosas sacras. Dícelo claro la definición de la jurisprudencia formulada por

122. En los *Sämtliche Schriften und Briefe,* editados por la Academia Prusiana de Ciencias. Sexta serie. Darmstadt, Otto Reichl, I (1930), 101.

123. G. W. LEIBNIZ: *Sämtliche Schriften,* I, 18.

124. En el volumen *Thibaut und Savigny,* editado por JACQUES STERN. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellsschaft, 1959, pág. 88.

125. R. von JHERING: *Geist des römischen Rechts,* III (1906), 321 en relación a la pág. 118.

Domitius Ulpianus, recogida en el *Digesto* I, 1, 10, 2: «divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia». Esto es, dos cosas aunadas: saber filosófico y científico de las cosas humanas en lo justo y en lo injusto de una parte; saber de cosas divinas, de otra. No cabe mayor fidelidad a la constante idea de que el Derecho era asunto de los dioses y no de los hombres, pervivencia ininterrumpida de la etapa teológica jupiterina.

No importa que la definición fuese copiada del estoico Crisipo, del pasaje transmitido por Plutarco en *De placitis philosophorum* I, prólogo, 2; o sea de la definición dada por Crisipo para la filosofía como «θεῖων τὲ καὶ ἀνθροπίνων ἐπιστήμη». Porque es la misma concepción, bien mirada con ojos dispares. Para el filósofo estoico, a fuer de radical griego, la filosofía era la secularización del saber universal y total del universo, la explicación razonada de aquello velado por las religiones en sus misterios incomprensibles. Para Ulpiano, latino de Tiro mas latino siempre, la explicación universal y total del mundo no ha sido racionalizada del todo por completo; permanece todavía cierto misterioso sector reservado a los incomprensibles dioses. El saber total racionalizado es en Crisipo la filosofía; el saber total, racionalizado sólo en parte, es en Ulpiano la jurisprudencia. Una vez más en la definición de la jurisprudencia como saber de cosas divinas y de cosas humanas Ulpiano ejecuta otra poderosa magistral síntesis de lo filosófico con lo científico. Es que lo que para el filósofo racionalista de Grecia era la filosofía, para el jurista de la religiosa Roma era la jurisprudencia; es que en tanto los griegos reducían lo justo a tablas numéricas o a figuras matemáticas, los romanos seguían viendo en el «ius» la derivación de Júpiter. Así de la misma idea resultaron dos productos intelectuales tan diversos.

Por lo cual no lo entendió ni podía entender a la jurisprudencia el estúpido europeo siglo XVIII. Nada menos que Ludovico Antonio Muratori al principio de su *Dei difetti della giurisprudenza, De los defectos de la jurisprudencia*, escribió que la definición ulpianea era risible: «questo è un volerci far ridere» [126]. No es posible consignar necedad mayor, apenas si explicable por una crasa ignorancia de la concepción romana del saber jurídico. Parece como si Muratori no hubiese leído siquiera a Giambattista Vico. Y lo peor es que ni entonces ni después ha sido únicamente Muratori quien dio en no haber entendido lo que sea el saber romano del Derecho.

D) *La compilación final.*—Tras el pálpito de la vida, la esclerosis; después de la juventud, la vejez; al dinámico saber jurídico romano, nacido en cuna teológica, vivificado en la casuística de la ciencia antigua y sistematizado en torno al 200 por los juristas educados en la especulación helénica, sigue la compilación, anticipo de la rigidez cultural que asemeja en los logros del espíritu humano a la pétrea inmovilidad de los cadáveres. El médico de cabecera fue Justiniano, la medicina cierta pretendida unidad clarificadora, las mortajas el *Digesto*, el *Código* y los *Instituta*. Así nace, vive y perece el saber jurídico de Roma, cuya biografía de mil años se cuenta entre las más apasionantes y aleccionadoras biografías.

El *Digesto* es el museo frío del saber jurídico de Roma. Justiniano cierra su curso vivaz y abre otro estilo nuevo de saberes jurídicos: el bizantino.

126. Napoli, nella Stamperia Muziana, 1744, pág. 1.

La compilación justinianea

Por regla general viene siendo estudiado dentro del pensamiento jurídico de Roma; más todavía, como la expresión más cumplida del saber jurídico de Roma. Me permito disentir, porque Justiniano es ya emperador oriental, heredero de la Roma clásica, aunque quizás no fuera del todo impropio definirle por el postrer emperador romano de Constantinopla. Pertenece a otro mundo; su alma de compilador ya lo dice por sí sola. Compilador del saber jurídico de Roma, en el claroscuro entre la universalidad efectiva del Imperio único y la universalidad ficticia del Imperio nuevo del Oriente, Justiniano refleja el saber jurídico de la mentalidad bizantina. De ahí que su teoría de los saberes jurídicos vaya incluida en la inmediata glosa.

7. *Los saberes jurídicos en la compilación justinianea*

La obra de Justiniano en el saber del Derecho es clarón en noche de tinieblas. Si es verdad aquel decir de San Bernardo de Claraval en el sermón *In Cantica canticorum*, LXXXV, 10, de que «habet mundus iste noctes suas, et non paucas», de que este mundo tiene sus noches y no pocas, Justiniano no es alborear mañanero, es la prolongación del día solar de la cultura jurídica romana con la ayuda de algún artificio de luz del sol ya traspuesto. En la obra de Justiniano I crúzanse hilos de varia trama cultural; es el final del proceso ascendente del cesarismo iniciado en tiempos de los Severos, es el anquilosamiento eclesiástico de las instituciones, es la plena recepción del pensamiento cristiano en el Derecho y es el tránsito desde el universalismo de Roma a la comedida pretensión de universalidades que supuso el Imperio bizantino. Las doctrinas de los saberes jurídicos dependen de todos y cada uno de esos factores capitales, siendo de valorarse sin prescindir de ninguno de ellos.

La edad áurea de Roma concluye con Marco Aurelio en el 180. Después del negro paréntesis de Cómmodo truécase el gobierno en dictadura militar de hecho, desplazándose hacia las fuerzas armadas el fiel de la balanza del equilibrio clásico que desde Trajano a Marco Aurelio coordinó al ejército con el emperador y con el senado. El propio Marco Aurelio comenzó el desequilibrio, como señala Jacob Burckhardt en *Del paganismo al cristianismo*, porque inauguró el perverso expediente de otorgar grandes regalos a los soldados [1]. Apenas desaparece de la escena política Cómmodo, postrero y reverso de los grandes Antoninos, el poder imperial cae en el juego de las subastas militares. A partir de Septimio Severo los emperadores suben al solio aupados sobre las tropas, fuertes en los cuarteles, ignorantes cuando no hostiles a la significación profunda que Roma suponía en cuanto foco unidor de la cultura del orbe conocido. Casi todos son bárbaros por la sangre y muchos en el ánimo, si es que no orientales degenerados de bríos. Los Severos son de origen africano, Heliogábalo (217-222) viene de Siria. Maximino I (235-237) fue bárbaro tracio, gigantón de nueve pies, hijo de godo con alana, embebido de resentimientos contra Roma y contra el senado romano. Felipe (244-249) es árabe proviniente de las comarcas situadas en la orilla diestra del Jordán. Desde la subida al trono de Decio el Imperio va a ser gobernado por convenios cerrados entre los jefes de las legiones. El africano Emiliano (253), el dacio Regiliano (260), el ilirio Aureliano (270-275), sus paisanos Probo (276-282) y Caro (282-284), son generales que salvan al Imperio desde la rudeza de sus cunas extrañas a Roma y a lo que Roma fue en la

1. Traducción castellana. México, Fondo de Cultura económica, 1945, pág. 4.

historia cultural. Llénase de familias extrañas el senado antiguo de los próceres familiares, e incluso no fuera exageración decir que el verdadero senado es el de los generales que mandan las legiones en el «limes» del Imperio. Pasa el centro del poder desde la Urbe a las fronteras. Salvo las etapas de Decio (249-251) y el momento de la sucesión de Aureliano en el 275, nada cuenta el senado en el gobierno ni en la elección de los emperadores; y aun entonces abdica de sus funciones, ya pesantes en demasía para cuerpo políticamente más que débil, agotado. El cesarismo militar es la fórmula imperial que va a culminar con Diocleciano (284-305), el ilirio hijo de cierta esclava dálmata del senador Anulino destinado a levantar al Imperio durante veinte años a una de las cumbres de su historia. El sistema implantado por Diocleciano de repartir el gobierno entre augustos y césares no será más que la ordenada institucionalización de la dictadura colectiva que es la fórmula nueva requerida por el militarismo. Y aun entonces, todos serán extraños a la Urbe: Maximiano es dálmata, hijo de un campesino de Sirmium a orillas del Save, la actual Mitrovicz; Galerio un pastor proviniente de Sárdica, la presente búlgara Sofia; Licinio tuvo por padre un campesino del bajo Danubio; Constantino Cloro estaba radicado en Nissa, tierra ahora de Serbia. El Imperio romano desde Septimio Severo en adelante estuvo gobernado por bárbaros.

Bárbaros creyentes en los dioses de Roma y paladines para la grandeza de Roma, pero que, a causa de su formación soldadesca, no comprenden las virtudes políticas del Imperio ni entienden los motivos profundos del derecho romano. Todavía rezan a los dioses de Roma, pero más es el culto amasijo de supersticiones mágicas que religión jupiterina. La conversión de Constantino I fue el reconocimiento de una realidad que hoy calificaríamos de sociológica, realidad que no va a interrumpir el afianzamiento del cesarismo. Desde Marco Aurelio la Roma auténtica había terminado, porque desde el 180 el gobierno del Imperio es gobierno a la usanza bárbara militaresca, aunque desde Constantino templada por la dulce doctrina predicada por el Cristo.

Porque las grandes épocas culturales coinciden con los principios de las decadencias bélicas es bajo los Severos, desde el 193 al 235, cuando vivieron los magnos juristas de Roma. Pero operan ya más en tarea de testamentarios que de testigos. Cual con grandísima agudeza ha puntualizado José Aparici Díaz en *La bipartición del proceso civil romano,* el cambio desde los viejos sistemas de las «legis actiones» y de las «formulae» a la «extraordinaria cognitio» tuvo lugar entre los años 235 y 274, o sea entre la muerte de Alejandro Severo y el ascenso de Diocleciano, a causa de que en aquella época de desórdenes el modo clásico de la bipartición procesal en las dos fases del «in iure» e «in iudicium» resultaba inoperante para las exigencias de eficacia requeridas por los duros tiempos que corrían; siendo más provechoso someter los litigios a funcionarios representantes de aquel poder imperial que entonces ya era estricto estilo militar en las decisiones [2]; la época que, a juicio de Charles Norris Cochrane en *Cristianismo y cultura clásica,* trajo consigo la destrucción del derecho privado [3]. La «extraordinaria cognitio» es proceso a lo cesarista y su implantación indica la mudanza radical del Derecho desde los Antoninos a Diocleciano. La barbarización en el mando coincidía con el anquilosamiento de las instituciones. Desde el re-

2. Sevilla, Imprenta Suárez, 1946, pág. 14.
3. Versión castellana. México, Fondo de Cultura Económica, 1949, pág. 156.

codo del 300, aun sin esperar a que Constancio suprima en el 342 el procedimiento formulario, el problema del saber jurídico cobra en Roma nuevos planteamientos. Ya no será el sistema clásico, recogido aún con saberes filosóficos por un Gayo o por un Ulpiano; será resolver hasta qué grado la concepción cristiana del Derecho va a servir para reducir a términos precisos la barbarie militar instalada en el gobierno del Imperio.

Favorecía esta corriente la tendencia progresiva al monoteísmo que el sincretismo engendró dentro de la propia paganía. Las diosas del amor reverenciadas por las varias ciudades se asemejan entre sí y todo devoto estaba en condiciones de adorar a Venus en cada ciudad según las advocaciones respectivas. Cultos como el de Isis o el de Mitra extiéndense por la dilatación del territorio del Imperio. El neoplatonismo fuerza la atención sobre la unidad de un principio filosófico del cual los dioses son múltiples manifestaciones simplemente. Los dioses se van universalizando poco a poco y un claro tinte de teísmo va invadiendo las mentes, preparándolas al reconocimiento de un dios único. El mosaico de Cristo como Helios existentes en el mausoleo M de las catacumbas vaticanas de San Pedro, reproducido por Engelbert Kirchbaum en *La tumba de san Pedro y las catacumbas romanas* [4], superpuesto o no, proclama la aproximación de los cultos en confuso anhelo de unidad. Cual subraya H. Mattingly en *The later paganism, El postrer paganismo,* la noción del «Exsupersanctissimus» por dios padre supremo, permea la entera cultura de la época [5].

La conexión, constante en la mentalidad romana, del orden celestial con el terreno, destila la afirmación del gobernante único, correspondencia documentada por Joseph Vogt en *Pagans and christians in the family of Constantin the Great, Paganos y cristianos en la familia de Constantino el Grande* [6]. Era el cesarismo, amén de exigencia en el mantenimiento de un Imperio cuyas instituciones habían quedado anquilosadas, aspiración del espíritu de las gentes de la época.

El problema de encajar el emperador como «dominus» a partir de Diocleciano con la religión cristiana es la cuestión mayor, aplazada por la reacción pagana de Juliano (361-363), pero cuya resolución permanente va acomodándose poco a poco en el nuevo sistema de saberes jurídicos, de los que Justiniano I será la expresión definitiva.

El ascenso del cristianismo no se detuvo. En 346 ciérranse los templos paganos; en 367 álzase en Roma el último monumento de la paganía, el que el prefecto de la urbe Praetextatus erige en el foro bajo la invocación de Porticus Deorum Consentium. En el 375 Graciano renuncia a usar el título de pontífice máximo, que va a ser asumido por los vicarios de Cristo, por los papas, con significación asaz distinta. En el 382 quítase de la Curia la estatua de la Victoria. Prohíbense en el 385 los auspicios, según disposición que pasará al *Código de Teodosio II* XVI, 10, 9. Si Herbert Bloch ha podido cosechar notas como para hablar de revivir pagano en las postrimerías del siglo IV en su *The Pagan revival in the West at the end of the fourth century* [7] la avalancha arrolladora del cristianismo es incontrastable. Por decirlo con la espléndida palabra de Herbert Werner Russel en *Antike Welt*

4. Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1945, pág. 16.
5. En la *Harvard theological review*, XXXV (1942), 171-173.
6. En el volumen *The conflict between paganism and christianity in the fourth century*. Oxford, at the Clarendon press, 1963, pág. 38.
7. En el tomo *The conflict*, págs. 193-218.

und Christentum, Mundo antiguo y cristianismo, «die Göter hätten die Welt verlassen», los dioses habían abandonado al mundo[8].

El edicto promulgado en Tesalónica por Teodosio I el 27 de febrero de 380 y que pasará a ser ley 2 del título I del libro XVI del *Código de Teodosio II,* constituye la culminación de ese proceso de afirmación exclusiva del cristianismo: la exclusividad de la fe, la profesada colocación del Imperio al servicio del dogma cristiano e incluso las condenas de los herejes a penas temporales están ya en tal edicto, verdadera codificación de las nuevas perspectivas cristianas: «Cunctos populos quod clementiae nostrae regit temperamentum in tali volumus religione versari, quam divinum Petrum apostolum tradidisse Romanis religio usque ad nunc ab ipso insinuata declarat quamque pontificem Damasum sequi claret et Petrum Alexandriae episcopum, virum apostolicae sanctitatis; hoc est, ut secundum apostolicam disciplinam evangelicamque doctrinam patris et filii et spiritus sancti unam deitatem sub parii maiestate et sub pia trinitate credamus; hanc legem sequentes Christianorum Catholicorum nomen iubemus amplecti, reliquos vero dementes vesanosque iudicantes haeretici dogmatis infamiam sustinere... divina primum vindicta, post etiam motus nostri, quam ex caelesti arbitrio sumpserimus, ultione plectendas». Deseamos que cuantos pueblos se hallan regidos por nuestra imperial clemencia profesen la fe transmitida por el divino Pedro a los romanos, conservada hasta ahora, la seguida por el pontífice Dámaso y por el obispo Pedro de Alejandría, varón de santidad apostólica; esto es, a tenor de la disciplina apostólica y de la doctrina evangélica, que debemos creer en una santa deidad, la Trinidad de Padre, Hijo y Espíritu Santo, adorados en pareja majestad. Mandamos que quienes siguen esta ley asuman el nombre de católicos cristianos; los que no la sigan, los definimos por locos e insensatos, siendo apellidados herejes... Condenados a fuer de tales, a sufrir primero el castigo divino, pero también a la venganza del poder que hemos recibido por designio celestial.

En este edicto de Teodosio I está el meollo de la empresa jurídica justinianea, pues con él nace nueva manera del Imperio: el Imperio cristiano ortodoxo, que es precisamente lo que Justiniano I encaminará en la marcha de los saberes del Derecho.

Otra tendencia que asimismo culmina en la empresa justinianea es la burocratización de la máquina administrativa; factor a juntar al del cesarismo del «dominus» o señor absoluto y a la penetración del cristianismo en el Derecho. La grandísima novedad aportada por Diocleciano en relación a la anarquía de los cincuenta años precedentes fue la burocratización del funcionariado, por jerarquizar los miembros de la administración pública, dando lugar a un nuevo «cursus honorum» que se diferenciará del antiguo de las magistraturas republicanas en el escalafonamiento y en la disciplinación jerárquica.

La proyección de semejante espíritu en el campo jurídico fue la estabilización del complejo de las normas, otra novedad de los tiempos de Diocleciano, cuyo intento, en la certera observación de Fritz Schulz en la *History of Roman legal science, Historia de la ciencia jurídica romana,* fue la de estabilizar, no la de reformar, el Derecho[9]. Aparecen entonces las primeras compilaciones, en efecto el *Código Gregoriano* en el 291, poco después

8. Amsterdam-Antwerpen, Pantheon, 1944, pág. 226.
9. Fritz Schulz: *History,* 287.

el *Código Hermogeniano,* complemento del anterior. Ambos son de la mano de dos profesores de leyes de la universidad de Berytus, hoy Beirut, y en ambos es idéntica la intención que mueve a los autores: recoger las constituciones imperiales, fruto del nuevo espíritu del principado militar. Bien lo prueba que el más antiguo de los documentos recopilados es del 196, el más moderno del 295, las fechas que median entre la implantación del señorío militar por Septimio Severo y la de la redacción del *Código Hermogeniano.* Trabajos para facilitar la práctica jurídica, ordenación de disposiciones vigentes, son azacanado acarreo de noticias y no tarea científica propiamente tal; dígalo que el *Código Gregoriano* sigue en sus trece primeros libros el orden del *Edictum perpetuum,* agregándoles otro, el XIV, referente a temas penales. Compuesto bajo el signo de un intento compilador, que no de un intento legislativo, que no de doctrina, servirán de modelos para los códigos posteriores; incluido el *Código de Justiniano,* que en sus nueve primeros libros abarcará los trece primeros del *Código Hermogeniano,* desarrollando en los tres postreros el XIV, añadido con asuntos legales de la administración pública. Son reflejo del saber jurídico en los días de Diocleciano: aclaración de las fuentes, sin la más mínima aspiración de innovación científica ni filosófica de los saberes del Derecho.

El denominado *Código teodosiano,* promulgado por Teodosio II (408-450), emperador de Constantinopla, en 15 de febrero del 438, sigue la pauta del *Código Gregoriano,* difiriendo de los anteriores en que trátase de compilación oficial y no privada. Fue redactado por dos comisiones, constituidas en los años 429 y 435, y entró en vigor el 1 de enero del 439. Dividido en dieciséis libros, tiene por meta recoger las constituciones dictadas a partir de Constantino I, extendiéndose su ámbito también por Occidente, a cuyo fin en el mismo año 438 Teodosio II remitió copia autentificada al prefecto imperial de Italia. La novedad del *Código Teodosiano* consiste en que posee fuerza legal por sí mismo, lo que no ocurría con los anteriores, frutos de la iniciativa privada; vigiendo en el Imperio de Oriente hasta la promulgación de otro código oficial por Justiniano I en el 529 y en Italia hasta el 554, dándose el caso de que en la *Lex romana visigothorum* del 506 inclúyese epítome sacado de su texto.

El *Código de Justiniano* sigue esa línea compiladora, cimentado en la asunción del pensamiento cristiano ya patente en el *Código de Teodosio II;* implicando por ende al igual que éste la resolución de aquél que indiqué por tema central de los saberes jurídicos a partir de Constantino I: la armonización del dominio o señorío del príncipe militar con las perspectivas cristianas. Constituida en 15 de febrero del 528 la comisión redactora, fue promulgado el 7 de abril del 529. Pronto quedó anticuado sin embargo, por mor de la abundosa legislación justinianea, siendo preciso que nueva comisión de juristas, entre ellos Triboniano y Doroteo, preparase nueva edición, publicada en 17 de noviembre del 534, con vigor desde el 29 siguiente.

Todos esos trabajos son compilaciones legales y respondían a las necesidades del momento. Mas en aquellos siglos tarados de espantosa crisis cultural, entre un mundo riquísimo en noticias que agonizaba y otro mundo henchido de ásperos climas de férrea disciplina del espíritu, lo importante era la labor de depurar los saberes viejos, imposibles de ser utilizados por entero, extrayendo de ellos cuanto antojábase más digno de ser transmitido a las generaciones futuras, incapaces de recoger intacta la herencia del pasado. Fue lo que procuró hacer en el siglo VII nuestro san Isidoro de Sevilla con los conocimientos clásicos, fue lo que llevó a cabo Justiniano I con

los saberes del Derecho en dos obras famosas, destinadas a figurar entre los hitos de la universal cultura: el *Digesto* y la *Instituta*, una enciclopedia doctrinal y un manual para la enseñanza respectivamente.

El *Digesto* fue preparado por una comisión nombrada por la constitución *Deo auctore* en 15 de diciembre del 530, de la cual formaban parte entre otros los profesores de Constantinopla Teófilo y Cratino, junto con los de Berito, Doroteo y Anatolio, presididos por Triboniano, cuyos trabajos fueron aprobados por Justiniano, publicándoseles en 16 de diciembre del 533 por las constituciones *Tanta* y Δέδωκεν. En sus cincuenta libros vienen recogidos textos doctrinales de la ciencia jurídica clásica, 2664 de Ulpiano, 2081 de Paulo, 601 de Papiniano, 578 de Pomponio, 535 de Gayo y 2883 de otros treinta y tres juristas. La redacción es en lengua latina, salvo algunos fragmentos de Modestino tocantes a las excusas de tutores y de curadores, amén de un fragmento de Papiniano en XLIII, 10, 1, traídos en lengua griega. Era el mausoleo solemne del saber jurídico de la Roma antigua, retocando con interpolaciones para mejor acomodo en numerosos puntos y, sobre todo, por consolidar la recepción del pensamiento cristiano, recepción ya evidente en el *Código de Teodosio II*.

Vuélvese la mirada a los grandes jurisconsultos anteriores a la crisis que agotó al Imperio después de la dinastía de los Severos, porque desde mediados del siglo III cuantos juristas hubo dieron en epígonos de aquellos maestros celebérrimos, como señaló Pedro Gómez de la Serna en su *Curso histórico-exegético del derecho romano comparado con el español* [10]. Pues la obra de Gregorio, de Hermógenes o de los compiladores del Código teodosiano no puede de ningún modo acercarse ni de muy lejos a la de los juristas anteriores a Modestino; que la crisis del Imperio en la vida pública arrastró a paralela crisis del saber jurídico científico.

Análoga es la valoración conveniente a la *Instituta*, manual para la enseñanza redactado a mitades por Teófilo y Doroteo bajo la dirección de Triboniano, publicada el 16 de noviembre del 533. Siguiendo el plan trazado por Gayo en su *Instituta*, divídese en cuatro libros, añadiéndose dos títulos sobre los juicios públicos y acerca del oficio del juez. Su novedad radica en que, aun siendo tratado didáctico, poseyó valor legal doctrinal semejante al del *Digesto*, del cual no es más que la introducción antes de profundizar en los estudios del Derecho.

Caído el Imperio de Occidente hacía medio siglo, el centro del saber jurídico sigue al cetro del único indiscutible heredero de Roma, al emperador del Imperio de Oriente que Justiniano I era. Se ha desplazado el eje del Derecho a Oriente, anota Emilio Albertario en su *Introduzione storica allo studio del diritto romano giustinianeo, Introducción histórica al estudio del derecho romano justinianeo* [11]. Su problema candente es el de la época: armonizar al despotismo militar, poco a poco transformado en despotismo al gusto oriental, con el cristianismo. Es lo que quiso conseguir Justiniano y para algunos intérpretes triunfó plenamente en sus afanes. El padre Constantino Hohenlohe, por ejemplo, le otorga la corona de esos méritos en su *Einfluss des Christentums auf das Corpus juris civilis, Influjo del cristianismo sobre el Corpus juris civilis*, cuando concluye que con Justiniano topamos libro en donde por vez primera el entero edificio del Derecho se

10. Imprenta de la Compañía de Impresores y Libreros del Reino, I (1850), 101.
11. Milano, 1935, pág. 126.

halla edificado sobre los cimientos de la fe cristiana: «Bei Justinian ist es das erste Buch, gleichsam zu Zeichen, dass das ganze Rechtsgebäude auf dem christlichen Glauben aufgebaut werden soll» [12].

De no haber existido el *Código de Teodosio II* tendría sobrada razón Troplong para calificar a Justiniano por resuelto innovador, cual declara en su estudio *De la influencia del cristianismo en el derecho civil de los romanos* [13]; pero, mirado con más ancha perspectiva, la empresa por Justiniano consumada de recoger al cristianismo en el Derecho había sido iniciada un siglo antes; lo que Justiniano aporta es la maestría en la consecución, es haber labrado pieza espléndida de saberes que realiza a la perfección la ansiada aspiración de los saberes jurídicos de la época en hermanar al derecho romano con la concepción cristiana de la vida. Es que Justiniano consuma el empeño de lo que, dicho con el barón de Montesquieu en *De l'esprit des lois, Del espíritu de las leyes,* supuso que el cristianismo diese el tono a la jurisprudencia, que «le christianisme donna son caractère à la jurisprudence» [14].

Coincidente con la visión del gigantesco plan jurídico, Justiniano adoptó postura de abierta beligerancia contra los saberes paganos. En el mismo año en que empezaba su descomunal empresa, el 529, cerró el último gran centro de estudios filosóficos paganos, la escuela neoplatónica de Atenas. Acompasado a la victoria bélica de sus generales Narsés y Belisario, Justiniano I trazó el plan de otra no menos amplia guerra cultural: la de cristianizar al Derecho, aunada con otra no menor empresa religiosa: la conversión de sus pueblos.

El encabezamiento de la *Instituta* es terminante para la comprensión de la importancia con que vio en los saberes jurídicos arma para su guerra cultural: «Imperatoriam maiestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam», la majestad imperial ha de apoyarse en las leyes tanto como sobre las armas. Por ello, tras haber vencido a sus enemigos reconstruyendo el Imperio tanto en Africa como en otras partes, «tam Africa, quam aliae innumerosae provintiae», y de haberles dado leyes, quiere sea conocido con claridad el Derecho.

Derecho que estriba en dos factores ambos ignorados en el derecho romano clásico: el absolutismo y el cristianismo, los dos ingredientes que van a colorear al derecho romano tal como Justiniano lo condensa en las dos compilaciones teóricas que fueron el *Digesto* y la *Instituta.* El punto de engarce estará en el origen divino del Derecho, que permite al emperador asumir las funciones de representante jurídico de Dios en el gobierno de la ciudad o sociedad secular, ni más ni menos que el papa era el representante jurídico de Dios en la comunidad eclesiástica cristiana.

Pues el emperador es la imagen de Dios sobre la tierra. En el *Código* XVII, 1, 1, consignará que «Deo auctore gubernantis imperium, quod nobis a coelesti maiestate traditum est». Es la ley viva, dirá en la novela CV, 4: «omnibus enim a nobis dictis imperatoris excipiatur fortuna, cui et ipsas Deus leges subiecit, legem animatam eum mittens hominibus». En la *Instituta* I, 2, 6, establecerá que las constituciones imperiales, forma casi única del Derecho en un tiempo en el cual el emperador ha sucedido a las

12. Wien, Hölder-Pichler-Tempsky, 1937, pág. 62.
13. Versión castellana. Madrid, Ramón Rodríguez de Rivera, 1851, pág. 93.
14. En *Oeuvres complètes.* Paris, Gallimard, dos tomos. Cita al II (1951), 705.

viejas instituciones como hontanar de las leyes, son leyes sin más, porque «quod principi placuit, leges habet vigorem», texto reiterado en el *Digesto* I, 4, 1. Tanto en el *Digesto* como en los *Instituta* enuméranse prolijamente como fuentes del Derecho la ley, los senadoconsultos, los plebiscitos y las respuestas de los jurisconsultos; mas la enumeración no pasa de elenco de arqueología muerta. No cuentan nada al lado de la única fuente del Derecho existente para Justiniano: las constituciones, en las cuales es norma legal aquello que place al príncipe sin más. Era la consecuencia jurídica del planteamiento político de contemplar en los emperadores los representantes directos de Dios sobre la Tierra.

Con lo cual la estampa de Justiniano se sacralizaba, equiparándose con la de los sacerdotes, también representantes de Dios, bien que en otra parcela de la vida. La comparación asoma en el proemio de la novela VI: «Maxime inter homines Dei dona a supera benignitate data sunt sacerdotium et imperium, quorum illud quidem rebus divinis inservit, hoc vero humanas res regit earumque curam gerit: quorum utrumque ab uno eodemque principio proficiscitur et humanam vitam exornat».

Lo cual no constituía novedad, pues, ya que no dioses, los emperadores cristianos al ser representantes de Dios reciben el aura prestada de una eficaz divinidad jurídica. Constancio II (337-361) se autotitulaba «divi Constantini optime maximique principis, divorum Maximiani et Constanti nepos, divi Claudii pronepos». En el *Código de Teodosio II* recógense textos legales en los que se habla de adorar al príncipe; en VI, 24, 4, del 387, bajo Teodosio I, de «sacram purpuram adorare»; en el VI, 23, 1, del 415, reinando Honorio y Teodosio II, de «in adoranda nostra serenitate». Justiniano recoge, cristianizándola, la concepción orientalizante del «dominus» adaptada al criterio cristiano del poder.

Del mismo modo saber jurídico secular y saber jurídico eclesiástico confúndense en la unidad del Imperio con la Iglesia. Los cánones sagrados identifícanse con las constituciones imperiales en el *Código* I, 3, 44, 4: «quod enim sacri canones prohibent, id etiam nos legibus nostris vetamus», en tesis repetida en las novelas 137 y 141.

La consecuencia fue el crecimiento del poder del patriarca de Constantinopla, que habita a la vera del emperador, a costa del prestigio del papa, que reside en Roma. En lo jurisdiccional porque la novela 123, canon 22, otorga al patriarca constantinopolitano el conocimiento de las apelaciones contra las decisiones de los concilios provinciales. Tendencia tan natural la de exaltar al emperador que en el *Laus Constantini*, 2, de Eusebio de Cesarea († 339) píntase al emperador gobernando por derecho divino, al paso que Lactancio, en las *Divinae institutiones*, VII, 26, compuestas entre los años 304 y 313, declara ser la Suma Providencia quien distribuye los cetros de los emperadores.

Sigue el Derecho siendo asunto de Dios, no de los hombres. Igual que el poder, el Derecho viene de Dios. Justiniano I lo hace constar expresamente desde la constitución en que encarga a Triboniano la redacción del *Código* en I, 1, 17 y en el proemio de la novela 109. Es la misma doctrina sobre el saber jurídico vigente desde los orígenes de Roma. Lo que acontece es que antes era Júpiter el padre del Derecho y ahora lo será el Dios cristiano; en que antes los intermediarios eran los pontífices sagrados y ahora lo serán los emperadores consagrados.

Lo que interfiere es la concepción de una ley eterna con la cual filosó-

ficamente se completa la idea de la ley natural admitida por los juristas clásicos, cuyos textos recógense en el *Digesto* o en la *Instituta*. La división clásica entre las tres especies de Derecho, natural, de gentes y civil, viene completada por la noción de una ley eterna como orden universo por Dios establecido para hontanar de las leyes todas. Dos textos son claros en este punto. En la *Instituta* I, 2, 11, la naturaleza humana da origen a derechos porque refleja al orden divinal del mundo: «sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes pereaque servantur, divina quadem providentia constituta semper firma atque immutabilia permanent». En la novela 98, proemio, la deducción jerárquica de las normas es clarísima: «quae semper manent, eodemque modo se habent, legibus non indigent variis, quum simplicia et ab omni varietate perpetuo immunia sint, aeternisque ac divinis utantur legibus quaeque nulla correctione indigeant: quod vero apud nos in refluxus perturbatione positum est, gubernatrice indigent sapientia, quae a legibus adhibetur negotiis».

En la interpretación adelantada por Reno Voggensperger en *Der Begriff des «ius naturale» in römischen Recht, El concepto del derecho natural en el derecho romano*, es en la providencia divina, constituidora de la ley eterna, donde únense los antiguos conceptos de la equidad y de la ley natural [15]; los factores científico y filosófico del saber jurídico romano clásico en la versión de la ley natural de los grandes filósofos juristas y la equidad de los grandes científicos del derecho en Roma.

Algo que proviene directamente de los escritores patrísticos, como apunta Otto Schilling en su *Naturrecht und Staat nach der Lehre der alten Kirche, Derecho natural y Estado en la teoría de la Iglesia antigua* [16]. En el *Contra Celsum* V, 37, Orígenes († 253 ó 254) habla de la ley natural por oposición a la que decimos positiva, la «ὅ τῆς φύσεως νόμος», recalcando fue impuesta por Dios. Quintus Septimius Florens Tertullianus († post 220), jurista él mismo en la opinión de Icilio Vecchiotti en *La filosofia di Tertulliano* [17], de Piero Zama en *Il pensiero di Q. S. F. Tertulliano, El pensamiento de Q. S. F. Tertuliano* [18], de Daniel Curi Breña en *La filosofía del derecho en la antigüedad cristiana* [19], del benedictino Germán Prado prologando su excelente versión castellana de *El Apologético* [20] y de Alexander Beck en *Römisches Recht bei Tertullian und Cyprian, El derecho romano en Tertuliano y San Cipriano* [21], expone la versión de ser el Evangelio la ley invariable a la cual han de acomodarse las leyes positivas; en el *De preaescriptione haereticorum* 6 y 21, tan firme que ni siquiera los ángeles podrían alterarla según el argumento de la *Epístola de san Pablo a los Gálatas* I, 8. L. Caecilius Firmianus Lactantius en las *Divinae Institutiones* VI, 8, habló de una «lex sempiterna et immutabilis», base de cualesquiera leyes. Teodoreto de Ciro († 460) en su *In Genesin quaestiones*, 57, declara ser Dios el autor de las enseñanzas que la ley natural adoctrina. San Ambrosio (339-397) presenta en la Epístola XXXI, 10 a la ley natural por aquella que «Dei lex nos docuit». San Agustín celebra a la ley eterna como establecedora del orden universo en la famosísima definición de la ley eterna constante en *Contra Faustum*

15. Basel, Helbing und Lichterhahn, 1952, pág. 121.
16. Paderborn, Ferdinand Schöningh, 1914, págs. 33-35.
17. Urbino, Argalia, 1970, pág. 220.
18. Lanciano, R. Carabba, 1933, pág. 6.
19. México, Imprenta universitaria, 1958, pág. 46.
20. Madrid, Aspas, s. a., pág. 5.
21. Aalen, Scientia Verlag, 1967, págs. 4-5.

manichaeum XXII, 27, de que «lex vero aeterna est ratio vel voluntas Dei, ordinem naturalem conservari jubens, et perturbari vetans», de la que depende la ley natural de los filósofos en el *De divinae quaestiones* LXXXIII, 55,2: «quasi transcripta est naturalis lex in animam rationalem, ut in ipsa vitae huius conversatione moribusque terrenis homines talium distributionum imagines servent». La noción de la ley eterna, derivada de Dios y cimiento de la ley natural, es la novedad del saber jurídico justinianeo, novedad respecto a la tabla de los saberes de los filósofos y científicos clásicos, recepción de la visión cristiana del Derecho.

De esta suerte el derecho romano justinianeo entierra soberbiamente al derecho romano al mismo tiempo que acoge las nuevas realidades del señorío del «dominus» imperial. Así corona el saber antiguo y así abre vías para novedosa intelección de lo jurídico. Es el puente entre la cultura pagana y las numerosas doctrinas encarnadoras del saber del Derecho en los siglos que luego llamaríamos medios.

A esta novedad en los problemas de fondo, a esa reelaboración cristianizada de las cuestiones antiguas, opónese la parva mudanza en las formulaciones exteriores. Las tres partes del estudio de la ciencia del Derecho construidas por Gayo son las tres partes del *Código* de Gregorio y del *Código* de Justiniano, por más que ellos consten respectivamente de catorce y de doce libros.

De acuerdo con la burocratización de las funciones jurídicas, paralela además a la instauración del procedimiento extraordinario, organízanse los estudios jurídicos con arreglo a un plan oficial, centrándolas en las universidades de Constantinopla y de Beirut. En Atenas, Cesárea y Alejandría existían también escuelas particulares, cuyos profesores no dependían del poder público. Amén de la de Roma, situada en tierras del antiguo Imperio de Occidente.

En la *Historia, fuentes y literatura del derecho romano*[22] Paul Krüger ha ordenado los datos constantes en la legislación del tiempo, para encontrar que en 425 había profesores ya a costa del emperador en Constantinopla, pues según el *Código de Teodosio* II XIV, 9, 3, creábase allí otra nueva cátedra de Derecho. El plan de enseñanza abarcaba cuatro cursos; en el primer año estudiábanse la *Instituta* de Gayo y los cuatro *Libri singulares* tocantes a cuestiones matrimoniales, a tutela, a testamentos y a legados; en el segundo y tercero el resto de las materias; en el cuarto curso los ocho libros de las *Responsa* de Papiniano.

Justiniano cambió los planes para adaptarlos a los libros jurídicos que hiciera redactar. En el primer año hizo estudiar su propia *Instituta*, más las cuestiones generales de la primera parte del *Digesto*, esto es los libros I a IV, conocido usualmente como la Πρῶτα. En el segundo y tercero, alternando en el estudio, los libros V a XIX, que comprenden los temas de los juicios y de las cosas además de una serie de cursos que hoy diríamos monográficos. En el cuarto completábanse con cursos monográficos sacados de otras partes del *Digesto*, unas y otras enumeradas al detalle en la constitución *Omnes reipublicae* del 16 de diciembre del 533, colocada a la cabeza del *Digesto*. El quinto año dedicábase al conocimiento del *Código*. De esta guisa existían tres series de enseñanzas: la introducción general, cerrada en la *Instituta*, en los albores del estudio del primer curso; la pro-

22. P. KRÜGER: *Historia*, 323-328.

fundización teórica, comenzada en el primer curso y continuada hasta el cuarto; el conocimiento de las leyes y constituciones en el último. El dato de que los alumnos del cuarto año fuesen dichos λιταί y los del quinto προλιταί, casuistas y casuistas avanzados respectivamente, parece indicar que en esta segunda mitad de la carrera es cuando se acercaban al manejo directo de las fuentes en las cuestiones concretas planteadas. Comparando este plan con el modo de los tiempos clásicos, nótase la aparición de un ciclo entero de preparación doctrinal, preludio a lo que era la exclusiva formación casuística anterior. Con Justiniano I los estudios del Derecho cristalizan en una sistemática de trabajo más parecida a la que se da hoy en las universidades que a las maneras de la formación de los juristas romanos hasta el siglo IV.

Así cuajó el derecho romano, dosificado y ordenado para testimonio transmisible a la posteridad. Así se cerró una evolución más que milenaria, en la cual se mantiene apenas una nota constante: la índole sagrada y suprahumana del Derecho, referido primero a Júpiter y luego a Cristo. Los avatares culturales de tan larguísimo período han traído cambios radicales: en la estructura del proceso, en la formación de una ciencia jurídica por la secularización razonada de las fórmulas mágicas primeras, en la sucesiva recepción de la filosofía griega que aclara la importancia de la ley natural y de la revelación cristiana que sujeta la ley natural a la ley eterna ordenadora del universo, en los métodos de estudio desde la libérrima manera antigua a la planificación sistemática. Del «fas» a la «lex aeterna» como fundamento del Derecho la línea de marcha es continua, innovadora en muchos aspectos, pero permanente en lo esencial. Los saberes jurídicos han variado desde los tintes mágicos a las construcciones teológicas cristianas, pasando por la ciencia del Derecho y por la filosofía del Derecho; mas un punto resta perenne raíz de lo jurídico: su cimiento teológico, por más que varíen hasta ser opuestos enemigos los dioses de la teología jupiterina y el Dios del cristianismo. Entre Júpiter y Cristo el derecho romano nace, crece, se consolida, madura y es sistematizado. El rasgo unitario del derecho romano es que el saber es siempre saber de asuntos religiosos. Desde Numa Pompilio, aconsejado por la ninfa Egeria, hasta Justiniano, que tuvo en Triboniano no menos excelente consejero.

Característica que va a continuar siendo nota propia del saber del Derecho en los tiempos que suceden a la magna empresa compiladora de quien fue tal vez el postrer emperador con mentalidad todavía romana, de este Justiniano que aun se tituló «Imperator Caesar Flavius, Alammanicus, Gothicus, Francicus, Germanicus, Alanicus, Africanus, pius, felix, inclytus, victor ac triumphalis semper Augustus» [23], con la ilusión de haber domeñado las gentes bárbaras dueñas del futuro a la dorada desapareciente hegemonía de una Roma fenecida. Quizá porque siempre pensó había gobernado con la ayuda de Dios, «annuente Deo», cual proclama en la *Instituta*, I, proemio, 1.

23. Son los títulos que asume en el «proemio» de la *Instituta*.

8. *Los saberes jurídicos en Bizancio*

El Imperio bizantino es la continuación de Roma con sus mismas apetencias de universalidad, aunque ahora ceñido a las limitaciones de las tierras orientales. Medio Imperio, el de Oriente, pero con pretensiones de enarbolar la herencia total del viejo Imperio de Roma. Desde el año 476, con la caída del Imperio de Occidente, queda por Imperio único. Los bizantinos no se llamaron a sí mismos Γραικοί, sino Ῥωμαῖοι. Cuando Luitprando de Cremona visita Constantinopla el 968 y califica a los orientales de griegos, tómanlo por ofensa y enciérranlo en prisiones. La πατρία φωνή, la lengua patria, es el latín, aunque a partir del 700 el Imperio se helenice. La «Romania» de los cruzados o el «Rum» de los seljúcidas corroboraron con su terminología que el Imperio bizantino se presentó siempre como el heredero exclusivo de Roma. Franz Dölger en su *Rom in der Gedankenwelt der Byzantiner, Roma en el horizonte intelectual de los bizantinos* [1] y Louis Bréhier en *Les institutions de l'Empire byzantine* [2] han cosechado pruebas exhaustivas para demostrar como los súbditos de los emperadores de Constantinopla llámanse y siéntense ciudadanos del Imperio romano, del Imperio romano en su rama oriental fragmentada, pero romanos siempre.

Como vimos en la glosa precedente, en Justiniano la romanidad fue palanca sea para sus afanes reconstituidores de los linderos políticos de la Roma antigua, sea para compilar el Derecho que fuera máxima expresión de la antigua Roma. Sobre Justiniano puede admitirse por definitiva la opinión sustentada por Jorge Ostrogorsky en la *Historia del Imperio bizantino* de que fue emperador de Roma sentado sobre el trono de Bizancio [3].

Aunque con la subida al solio de los Isáuricos en el 917 León III consuma la helenización del Imperio, tornando más compacta su cohesión territorial y más densas sus estructuras sociales. Pese a que, cual observó Norman H. Baynes en *The hellenistic civilization and East Rome, La civilización helenística y la Roma oriental*, en aquella rara mescolanza de razas parecía imposible discernir a los romanos de los bárbaros [4], consolídase la lengua griega por lengua del Imperio, especialmente en lo que a nosotros interesa, en la formulación de los saberes del Derecho y en la práctica judicial. Ya desde el 397 Arcadio había tolerado fuese usada en los tribunales y ya Teodosio II había permitido en 16 de noviembre del 439 su empleo para la redacción de los testamentos. Si en la novela VII, del 535, todavía Justi-

1. En el volumen *Byzanz und die europäische Staatenwelt*. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1964, págs. 70-115.
2. Paris, Albin Michel, 1949, págs. 2-4.
3. Cito por la versión italiana. Torino, Giulio Einaudi, 1968, pág. 66.
4. Oxford, Oxford University press, 1946, pág. 36.

niano I estimaba al latín por πατρία φωνή, la mayoría de las novelas posteriores están compuestas en griego y desde los Isáuricos el latín desaparece. Con ser tan extraordinariamente erudito, Focio ignoraba el idioma latino; en las centurias siguientes serán excepción quienes le conozcan, cual certifica Jorge Pisides en su *Bellum avaricum, Guerra de los Avaros,* III, 2, 32-33; era el caso del emperador Argyros (1028-1034); Anna Conmeno en el *Alexiades* X, 9, colocaba al latín a la misma altura que el escita. Culturalmente la helenización del Imperio le separa de la continuidad romana.

Semejante dualismo entre herencia política y diversidad cultural es en el Derecho la diversificación de pretensiones entre el Papa, continuador de San Pedro habitante en la Roma itálica, y el patriarca de Constantinopla, residente en la nueva Roma, que es la verdadera, dado reside en ella el emperador que a Roma encarna. Fue largo proceso iniciado en el 381 cuando el canon 2 del concilio constantinopolitano de esa fecha defina a la sede patriarcal por la segunda, inmediatamente después del solio de San Pedro; tendencia mantenida en el concilio de Calcedonia del año 451, cuyo canon 28 otorga al patriarca vecino del emperador igualdad en honores al obispo de Roma, de la antigua Roma itálica; textos cuya importancia ha puesto de relieve A. Wuyts en *Le 28ème canon de Chalcédonie et le fondement du primat romain, El canon vigésimo octavo de Calcedonia y el fundamento del primado romano*[5]. En la novela CXXIII, 22, Justiniano I continúa el proceso de fortalecimiento del patriarcado de Constantinopla al concederle conozca de las apelaciones provinciales. Siendo lo más señero el cúmulo de argumentos en que aquellas posturas se basan: el de que Constantinopla es la nueva Roma en relación con la antigua, una νέα Ῥώμη que pronto va a intentar suplantar a la παλαιά Ῥώμη decaída.

Todavía en los últimos años de Justiniano I Juan el Lidio en su *De magistratibus,* compuesto alrededor del 554, identificará al Imperio con la cultura romana y lamentará en III, 42 que la pérdida del latín acarree el hundimiento del Imperio. Texto recalcado por Percy Neville Ure en *Justiniano y su época* como típica representación de la mentalidad del bizantino medio del tiempo[6]. Inútil protesta porque las *Novellae* serán más conocidas por Νεαραί, al estar redactadas la mayor parte en lengua griega. El saber jurídico se heleniza de esta suerte al compás de los desplazamientos de los instrumentos culturales.

La Ἐκλογή τῶν νόμων ἐν συντόμῳ, dictada en el 741 por León el Isáurico y Constantino V Cropónimo, insiste en esa tendencia, manifestada en el deseo, ya expresado en el título de humanizar las leyes justinianeas: ἐπιδιόρθωσις εἰς τὸ φιλανθρωπότερον; humanización que en definitiva consistió en ir corrigiendo los principios del Derecho clásico por Justiniano recogidos en sus compilaciones por las fuentes de las provincias griegas y orientales. Si tenemos en cuenta que es la legislación de emperadores iconoclastas, se comprenderá fácilmente como contribuía a la aparición de saberes jurídicos llenos de novedad respecto a los de la Roma antigua.

Como reacción contra el iconoclastismo postuló el regreso a la mentalidad justinianea Basilio I el Macedónico, desde que ascendió al trono en 867, en los sesenta libros del Ὁ πρόχειρος νόμος publicado hacia el 879; anticipo de los cuarenta libros en que ordenó las leyes vigentes en la

5. En *Orientalia christiana,* XVII (1951), 165-282.
6. Traducción castellana. Madrid, Editorial Revista de Derecho privado, 1963, pág. 135.

Ἐπαναγωγή τοῦ νόμου en 886, destinado a servir de modelo para otro empeño de mayor envergadura y que no llegó a realizar, cuyo título hubiera sido el de Ἀνακάθαρσις τῶν παλαιῶν νόμων o *Revisión de las leyes antiguas*. Es lo que supuso la legislación de León VI (870-911), intitulada Τὰ βασιλικά, redactada por cierta comisión presidida por el Triboniano de León VI, el protospatario Symbatios. Formado por sesenta libros, motivo por el cual es también conocido por Ἑξακοντάβιβλος, traslada al griego los antiguos textos justinianeos agrupando en un solo cuerpo trechos del *Digesto*, de la *Instituta*, del *Código* y de las *Novelas*, amén de escolios formulados sobre ellos; aunque en las definiciones generales, consignadas en la primera parte bajo el título de Περὶ νόμου καὶ δικαιοσύνης sea traslado literal del título «De justitia et jure» del *Digesto* justinianeo. Tan trasunto de la obra de Justiniano I que apenas si pasa de trabajo mecánico en la opinión autorizada de Karl Eduard Zachariä von Lingenthal en su *Geschichte des griechischen-römischen Rechts, Historia del derecho romano-griego* [7].

El péndulo de los saberes jurídicos vuelve con las *Basílicas* de León VI a caer del lado del romanismo justinianeo, pero la realidad se imponía y las formas del Derecho nuevo adquieren carta de naturaleza en las ciento trece novelas o constituciones, en las que elimina en el terreno legislativo las normas caídas en desuso y recoge aquellas otras a las que las costumbres habían dado vida. Son la antítesis del *Corpus iuris* por su realismo consecuente en aceptar las innovaciones creadas por la sociedad, como señala H. Monnier comentando una de ellas en *La novelle L de Léon le Sage et l'insinuation des donations, La novela 50 de León el Sabio y la insinuación de las donaciones* [8]. En el plano de la administración el realismo de León VI contrasta con el empeño justinianeo de sostener los pasajes en que se hablaba de instituciones acabadas; así las novelas XLVII y LXXVIII en que abroga los poderes de las curias y del senado para la época carentes de sentido [8].

La obra jurídica de León VI es, no obstante todo, el eje y la cumbre del saber del Derecho en el Imperio de Oriente. En primer lugar porque acaba en el campo legislativo el proceso de la absoluta dominación del βασιλεύς a la cabeza del Imperio, eludiendo los equívocos a que pudieran prestarse algunos pasajes de las compilaciones justinianeas. En segundo término, porque fue la elevación del derecho griego a categoría autónoma con respecto al romano antiguo. Desde León VI la herencia jurídica de Roma deja paso en su contenido a otro estilo de saberes verdaderamente bizantino. Aunque la autoridad de Karl Eduard Zachariä von Lingenthal retrase la aparición de una escuela auténticamente bizantina hasta el siglo XI, a los días del del emperador Constantino Nomómacho y del patriarca Miguel Cerulario [10], son numerosos los trataditos para la enseñanza inspirados en la orientación de las *Basílicas*, del tipo del Πεῖρα o *Experiencia* escrito por cierto anónimo juez constantinopolitano en el siglo X; e incluso dependen de ellas los libros posteriores, cuales el *Liber de actionibus* de Garidas o los *Escolios* de Colocyrus Sextus en el propio siglo XI, la *Sinopsis legum* atribuida a Miguel Psellos (1018-1096), el Ποίημα νομικόν de Miguel Ataliades dedicado al emperador Miguel VII (1072-1078); o el Ἑξάβιβλος de Constantino Harme-

7. Aalen in Wüttenberg, Verlag Scientia, 1955, pág. 23.
8. Separata de las *Mélanges Girard*. Paris, 1912, pág. 12.
9. Pueden verse en las págs. 99-100 del libro de ERNEST BARKER: *Social and political thought in Byzantium from Justinian I to the last Palaeologus*. Oxford, at the Clarendon Press, 1961.
10. K. E. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL: *Geschichte des griechischen-römischen Rechts*, 29.

nopoulos, juez en Tesalónica hacia 1345, tal vez la obra de mayor envergadura de la ciencia jurídica secular bizantina, digna de emparejarse con el diccionario de derecho eclesiástico de Mateo Blastares, el conocido Σύνταγμα κατὰ στοιχεῖον.

El modo de enseñanza establecido por Justiniano I fue el de los estudios jurídicos, en la medida en que éstos pudieron subsistir bajo sus sucesores, especialmente durante la tormenta de la reforma iconoclástica. Pasada ésta, León VI, imitador en todo de Justiniano I, dividió los estudios jurídicos en dos ciclos: uno de cultura general o propedéutico, semejante al de nuestro bachillerato, denominado ἐγκύκλιος παίδευσις; otro, propiamente consagrado a materias jurídicas, apelado παιδοδιδασκάλου νομικοί, etapa en la cual servían de texto el Ὁ πρόχειρος νόμος de Basilio I y las *Basílicas* del mismo León VI.

Estudios derruidos que serán restaurados por Constantino Monómaco (1042-1054) hacia 1045, bajo la inspiración de Miguel Psellos, figurando ahora entre los profesores jurisconsultos de la talla de Constantino Likoudes, antes ministro de Miguel V (1041-1042). Constantino X fundó, además, una escuela de Derecho en el monasterio de San Jorge de Manganes, cuyo certificado de suficiencia era necesario para ejercer la abogacía o el notariado. Fue el postrer intento de estudios especializados; en lo sucesivo se confundirán con los centros de enseñanza general, integrados a la vera de los saberes comunes, desde la filosofía hasta la medicina.

Importante fue, pues, el Derecho en el Imperio bizantino. En *Définir Byzance* Nicolai Iorga le ha caracterizado como la esencia de la sociedad y de la cultura bizantinas [11], opinión apoyada por Basile Tatakis en *La philosophie byzantine* [12]. No hubo, en verdad, allá elaboraciones semejantes a las de los glosadores y postglosadores en Occidente, ni estalló el redescubrimiento de los saberes jurídicos justinianeos igual que una primavera de la ciencia jurídica. Anclada la filosofía del Derecho en una perspectiva cristiana, en la versión ortodoxa del cristianismo; codificados los saberes científicos en los saberes sucesivos del latino Justiniano I y del griego León VI, en modo que es desde las *Basílicas* desde donde se contempla la ciencia del Derecho en Bizancio; ceñido el arte a la disciplina programada de los cursos escolásticos reglados sucesivamente por Justiniano I, por León VI y por Constantino X; en la tabla de los saberes jurídicos bizantinos asistimos al progresivo apartamiento de una herencia de Roma, a la cual idealmente jamás se renunció, merced a la paulatina helenización de la cultura del Derecho que recogía la realidad de un Imperio, efectivamente orientalizado bajo el manto de la lengua griega, aunque siguiera apellidándose oficialmente romano. Arrancando de la depuración del derecho romano clásico, los saberes jurídicos bizantinos fueron tal cual el Imperio era; para dar en doctrinas menudas enredadas en el tronco de las *Basílicas* de León VI, corazón, motivo, alfa y omega de los estudios bizantinos en asuntos del Derecho.

11. En *Byzantinische Zeitschrift* de Leipzig, XXX (1929), 419.
12. Paris, Presses universitaires de France, 1949, pág. 101.

9. *La cristianización de los saberes jurídicos en Occidente: san Isidoro de Sevilla.*

La crisis que supuso la caída del Imperio romano de Occidente el año 476 aparejó para la cultura jurídica la misma actitud del Oriente, pero todavía más acentuada. Un afán de echar las cuentas de lo que se sabía ante la imposibilidad de transmitir el entero tesoro del legado del pasado, amenazado por las invasiones bárbaras, genera el espíritu compilador. Lo que Justiniano hiciera en el Derecho va a hacerlo en la totalidad de los conocimientos y también en los jurídicos, Isidoro, arzobispo metropolitano de Sevilla entre los años 599 y 636.

Al correr del siglo VI dióse escaso florecer de los estudios jurídicos en Occidente. Existió, sí, escuela especializada en Roma, considerada por Justiniano I en la constitución *Omnem* por centro oficial de estudios, según se vio en la glosa VII, y favorecido por Atalarico en el 533, según testimonio de Casiodoro († 570) en una de sus *Variae epistolae*, IX, 21. De ella saldría el comentario al *Código de Teodosio II* conocido como *Sumario Vaticano*, de creer a lo que asegura A. Rivier en *La science du droit dans la primière partie du Moyen Age, La ciencia del derecho en la primera parte de la edad media* [1].

Sábense los nombres de algunos juristas, pero por lo común nada legaron, adscritos como andaban al servicio real más que a la composición de escritos doctos. León de Narbona fue consejero de Eurico y Aniano participó grandemente hasta prestar su nombre en la redacción del *Breviario* de Alarico, entre los visigodos. Entre los borgoñones, Sergio fue designado por Sidonio Apolinar en la *Epistola V*, 5, por «novus Burgundionum Solon in legibus disserendis». Entre los ostrogodos, Casiodoro confiesa aprendió el Derecho en el manejo de los negocios públicos, como jovencísimo canciller en la Campania, en sus *Variae* IX, 24. Por lo demás en aquel período la ciencia jurídica dilúyese en los saberes retóricos, cual muy bien hace notar Pierre Riché en *Education et culture dans l'Occident barbare. VI^e-VIII^e siècles, Educación y cultura en el Occidente bárbaro. Siglos VI a VIII* [2]. Bien lo indica que el más ilustre y representativo de todos esos hombres de leyes, Casiodoro, formula una filosofía jurídica que, más que filosofía del Derecho, es doctrina exclusiva de la justicia; conclusión a la que, con mesurado apoyo de citas, llega Otto Schilling en su ya mencionado estupendo libro *Naturrecht und Staat nach der Lehre der alten Kirche, Derecho natural y Estado en la teoría de la Iglesia antigua* [3]. No dio más de sí aquel si-

1. En la *Revue de histoire du droit* de 1877, pág. 2.
2. Paris, Aux éditions du Seuil, 1962, pág. 116.
3. O. SCHILLING: *Naturrecht*, 202-204.

glo VI en que san Isidoro vino al mundo, aunque en Oriente se asistiese a la espléndida floración de la primavera justinianea.

En la siguiente centuria VII solamente pudo aprenderse el Derecho en los despachos y aulas oficiales. No faltan las memorias de entendidos en Derecho, como los «docti viri» de Cáller de que habla San Gregorio I Magno en la *Epístola IX*, 197, parejos a aquellos otros personajes provenzales a que se refiriera Casiodoro en los *Variae* IV, 12; a aquel senador Félix de Marsella, a quien pinta docto en leyes Gregorio de Tours en su *Historia francorum*, *Historia de los francos* IV, 46; a aquel obispo de Clermont, Bonnet, el relato anónimo de cuya vida ha llegado hasta nosotros. Poca cosa en suma, porque fue tiempo de hostilidad a los antiguos, tiempos en los que se opinaba que el exceso de conocimientos daba en peligros para lo que importaba: el dogma y la fe cristianos. Recuérdese la carta de San Gregorio I Magno, papa entre los años 590 y 604, a Didier de Viena, impregnada en auténtico odio contra la cultura clásica, tachada de «nefanda» y de «execrabile»; memórese la *Epístola ad Sergium*, en que otro pontífice, Honorio I, reinante entre 621 y 640, trata a los filósofos de ranas que croan en el vacío; piénsese en el desprecio hacia los estudios que embebe la carta del papa Agatón, ocupante el solio entre los años 678 y 682, al emperador Constantino III Pogonato (678-685), para comprender cuán poco propicias eran las circunstancias, no ya solamente para los estudios jurídicos, sino para los de toda especie. ¿No llegará el venerable Beda (632-735), con suponer tanto en la cultura británica, a rechazar hasta el cultivo de la retórica, simplemente porque en su comentario *In Samuel* III, 10, cree que todos los estudios son herejes, más aún: «patriarchae haereticorum»?

Si súpose algo de Derecho fue en las cortes. En la merovingia adquirió saberes jurídicos San Didier de Viena, según se lee en la *Vita Desiderii*, capítulo I, aunque las fuentes únicas disponibles no pasasen del *Código de Teodosio II* y del *Breviario* de Alarico, que del *Código* depende. Siendo de notar que en el Brevario alariciano están suprimidas las disposiciones del *Código teodosiano* referentes a las escuelas, lo que pudiera justificar la opinión emitida por Eduardo Pérez Pujol en la *Historia de las instituciones sociales de la Enseñanza goda* de la inexistencia de estudios jurídicos en el Occidente de la época [4].

En semejante ambiente de decadencia, en el horizonte cultural más preñado de negruras, cuando papas y santos rivalizan en el desdén para los saberes clásicos, cuando el latín se corrompía en bocas hechas a sonidos duros, mientras el Derecho se olvidaba, mientras perdíanse los códices en que iba estampado el saber de los antiguos, nace San Isidoro de Sevilla para salvar lo salvable. De ahí que a primera vista no aparezca por pensador original, aunque en Derecho sí lo fue. Por recordar las siempre incomparables palabras del Maestro en el discurso que pronunciara en la Academia de Santo Tomás de Aquino de Sevilla en 1881: «Ni él quiso inventar, ni podía hacerlo. Colocado entre una sociedad agonizante y moribunda, y otra todavía infantil y semisalvaje, pobre de artes y de toda ciencia, y afeada además con toda suerte de escorias y de herrumbres bárbaras, su grande empresa debía ser transmitir a la segunda de estas sociedades la herencia de la primera.» [5]

4. Valencia, F. Vives Mora, cuatro tomos. Cita al III (1896), 490-491.
5. MARCELINO MENÉNDEZ Y PELAYO: *San Isidoro*. En *Estudios y discursos de crítica histórica y literaria*. Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, I (1941), 111.

San Isidoro supo cuanto podía saberse en su siglo. Si su obra constituye para la que decimos edad media «eine Fundgrube», una mina de conocimientos, en el juicio de Martin Grabmann en *Die Geschichte der scholastischen Methode, La historia del método escolástico* [6], fue porque, digámoslo también con ajenas voces ahora del dominico fray Joseph Manzano en la *Vida, y portentosos milagros de el glorioso San Isidro, arzobispo de Sevilla, y egregio doctor, y maestro de las Españas* era «en las divinas y humanas leyes plenamente erudito» [7].

Remitiéndome en los detalles a otro estudio mío, el titulado *Ideas políticas y jurídicas de San Isidoro de Sevilla* [8], baste recordar que el arzobispo hispalense fue el cauce por donde se vertió en tierras de Occidente cuanto en los siglos medios se supo de la ciencia y de la filosofía del Derecho clásicas hasta los primeros glosadores boloñeses. Y es que San Isidoro acertó en resumir brevísima pero densísimamente las noticias, con tamaña maestría que el libro V de las *Etimologías* fue auténtico manual para los estudiantes del Derecho, no solamente en la península hispánica cuanto en las Galias y en Italia, como ha puesto de relieve H. Kubler en sus *Isidorsstudien, Estudios isidorianos* [9]. Pues fue San Isidoro compilador inigualado; logró resultados perfectos, «con una precisión y acierto que aceptarían de buen grado los modernos tratadistas» juristas, en el decir de los autores de la *Historia de España desde la invasión de los pueblos germánicos hasta la ruina de la monarquía visigoda*, Aureliano Fernández Guerra, Eduardo de Hinojosa y Juan de Dios de la Rada y Delgado [10]. En lo sucesivo vívese culturalmente de San Isidoro. Casi todas las nociones jurídicas suyas pasan literalmente al *Decretum* de Graciano, observó Paul Séjourné en *Saint Isidore de Séville. Son rôle dans l'histoire du droit canonique, San Isidoro de Sevilla. Su papel en la historia del derecho canónico* [11]. Santo Tomás de Aquino le citará innúmeras veces y aun dedicará expresamente dos artículos de la *Summa theologica*, los 3 y 4 de la cuestión XCV de la Primera secundae, ambos estrictamente jurídicos, a averiguar respectivamente dos aspectos de la filosofía del derecho isidoriana: «utrum Isidorus convenienter qualitatem legis describat» y «utrum Isidorus convenienter ponat divisionem humanarum legum»; aplaudiendo en ambos la maestría con que San Isidoro relató las características de las leyes y las divisiones de ellas.

En el Derecho San Isidoro lleva a cabo tarea pareja a la de Justiniano I: cristianizó los saberes de los juristas clásicos de Roma. Siendo de ver es el único entre todos los santos padres de Occidente como de Oriente, griegos cual latinos, en haber acogido las tareas de los magnos juristas de Roma, el único que prestó atención directa y especial a las cuestiones del Derecho. San Isidoro cristianizó a los juristas latinos.

La filosofía jurídica de San Isidoro consta sobre todo en el libro V de los veinte en que hoy aparece parcelada su obra principal *De las etimologías o de los orígenes, Etimologicarum sive Originum libri XX*. Libro V que fue, al decir del jesuita Ismael Quiles en su *San Isidoro de Sevilla*, la sistematiza-

6. Berlín-Graz, Akademie Verlag-Akademische Druck- und Verlagsanstalt, dos tomos. Cita al I (1956), 144.
7. Salamanca, Eugenio García de Honorato y San Miguel, 1732, pág. 62 b.
8. Madrid, Reus, 1960.
9. En *Hermes*, XXV (1890), 505 y ss.
10. Dos tomos s. l. n. e. n. a. Cita al II, 283.
11. Paris, Gabriel Beauchesne, 1929, pág. 70.

ción completa de los conocimientos del Derecho de su época [12]. Sistematización, por tanto ciencia, a tenor de las reglas sentadas por Aristóteles. Para el padre Quiles San Isidoro fue científico del Derecho.

Pero además el libro V es un tratado de filosofía jurídica, como señaló el canónigo Antonio Muñoz Torrado en su *San Isidoro de Sevilla* [13]. Sin que quepa contradicción entre ambos juicios, porque la sistematización llevada a cabo por San Isidoro abarcó sean las cuestiones científicas, sean los problemas filosóficos. En el libro V de las *Etimologías* existen ambas cosas, lo filosófico y lo científico, porque las noticias cosechadas comprenden desde la definición del homicidio o de la hipoteca a la fijación de qué sea la ley o el derecho natural. En el marco breve de los veintisiete primeros capítulos del libro V de las *Etimologías* San Isidoro acertó a condensar juntas las sustancias de la filosofía y de la ciencia del Derecho; aun con salvedades, pudieran hasta amojonarse los terrenos; la filosofía isidoriana del Derecho cabe en los seis primeros capítulos del libro V, la ciencia jurídica abarca lo que se dice en los capítulos VII a XXVII. Porque los doce últimos capítulos del libro V, los que corren desde el XXVIII al XXXIX, afectan a temas de cronología.

Analicemos separadamente los saberes jurídicos de San Isidoro en cuanto filósofo y en cuanto científico del Derecho.

Los seis primeros capítulos del libro V de las *Etimologías* resumen en su limitadísima brevedad lo que después será llamada la disciplina del derecho natural, de la que vino a ser un catecismo en la felicísima expresión acuñada por Adolfo Bonilla y San Martín en la *Historia de la filosofía española* [14]. Derecho natural que es la manera de los filósofos del Derecho antes de Hegel; desde que San Isidoro reduce el derecho natural a doctrina ordenada elabora la única filosofía del Derecho asequible a las perspectivas de su tiempo. De suerte que los veintisiete primeros capítulos del libro V de las *Etimologías* encierran en apretada síntesis, sin desperdicios de vocabulario y con admirable laconismo, los saberes científicos del Derecho según San Isidoro de Sevilla. Son brevísimo, pero enjudioso manual sintético, culminación de los saberes jurídicos del siglo VII en tierras del Occidente.

Dos son los temas cardinales del saber filosófico-jurídico de San Isidoro: el «ius» y la «lex». Calificar sus saberes en el Derecho es aquilatar lo que aporta y lo que recibió en cada uno de ellos.

La relación entre ambos reside en que el Derecho es un concepto genérico, manifiesto bajo dos modos: la ley, que es escrita, y la costumbre, que no es cierta. No caben otras maneras jurídicas. En las *Etimologías* V, 3, 4, asentará que «omne autem ius legibus et moribus constat». En *San Isidoro jurista* Alfonso García Gallo ha tratado de penetrar en la distinción entre «consuetudo» y «mos», afirmando que para San Isidoro el Derecho puede mostrarse como ley y como «mores», siendo estas últimas las reglas no escritas de la conducta humana anteriores a la ley escrita; las cuales, en su plural de «mores», presuponen la existencia de una norma o «mos» que se exterioriza en el uso y que está implícitamente formulada en los actos que a ella se ajustan [15]. Pero la argumentación no convence, porque San

12. Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1945, pág. 60.
13. Sevilla, Alvarez y Zambrano, 1936, pág. 102.
14. Madrid, Victoriano Suárez, I (1908), 244.
15. En *Isidoriana. Estudios sobre san Isidoro de Sevilla en el XIV centenario de su nacimiento*. León, Centro de Estudios de San Isidoro, 1961, págs. 133-141. Cita a la pág. 138.

Isidoro no formuló jamás la contraposición entre «mos» y «mores» en los términos propuestos por García Gallo; antes separa a «lex», a «mos» y a «consuetudo». En la termonología isidoriana lo que García Gallo denomina «mos» posee nombre claro y diferente: el de ley natural. Pruébalo, además, que al definir la «consuetudo» ha de estar de acuerdo con las «mores», no con el «mos» en singular cual sucedería de ser cierta la interpretación postulada por García Gallo; en V, 3, 3, léese que «consuetudo autem est ius quoddam moribus institutum». Remisión a la ley natural como «mores» frente a las repeticiones de hechos como «consuetudo» que aflora, remachando mi opinión frente a la de García Gallo, al separar las leyes divinas de las humanas en V, 2, 1; a la letra: «Omnes autem leges aut divinae sunt, aut humanae. Divinae natura, humanae moribus constant»; la naturaleza universal es el fundamento de las primeras, la naturaleza de los hombres de las segundas. De ahí que en las leyes humanas quepa mudanza, que en las divinas no se da: «ideoque haec discrepant, quoniam aliae aliis gentibus placent». O sea, que las leyes divinas refieren el orden del universo tomando a la naturaleza como orden cósmico; las leyes humanas reflejan las «mores» asumiendo a la naturaleza propia humanal, esto es por ley natural.

Quizás la raíz de semejante dicotomía entre naturaleza universal y naturaleza humana como hontanar de las ideas de San Isidoro resida en su intento de recoger las dos nociones de la naturaleza recibidas de los juristas clásicos: la de la naturaleza vista a lo estoico, común a hombres y a animales en la acepción llevada al *Digesto* I, 1, 1, 3, y a la *Instituta* justinianea I, 2, 1, por Ulpiano; y la de la naturaleza racional y libre, exclusiva condición humana de la que se valió Gayo para fundar el derecho de gentes en su *Instituta* I, 1, 1, trecho transcrito casi íntegramente en el *Digesto* I, 1, 9, y en la *Instituta* justinianea I, 2, 1. Las leyes divinas en San Isidoro corresponden a la concepción ulpianesca de la naturaleza; las «mores» fundamento de las leyes humanas corresponden a la noción gayana de la naturaleza humana.

Motivo de semejante novedad está en la cristianización de la filosofía jurídica romana consumada por San Isidoro de Sevilla. Mientras los excelsos filósofos del Derecho que fueran los grandes jurisconsultos de la primera mitad del siglo III, por influjos del estoicismo agotaban su filosofía jurídica en la idea estoica de la ley natural superior a las que hoy decimos positivas, el cristianismo había encontrado más allá de la ley natural la ley eterna por divinal ordenación del universo como un todo. La definición de la ley eterna por San Agustín colocaba a la ley natural en un plano inferior; ya no será la suprema expresión de lo justo, sino la mera proyección de lo justo por Dios establecido dentro de la razón humana. Por encima de la ley natural, que se agota en el escalón de lo humano, hay la ley cósmica, cuyo sujeto suprahumano es Quien instituyó el orden universal, es Dios. La ley eterna, a fuer de ley cósmica, es ley divina; su presencia en la jerarquía de las normas sella la cristianización de los saberes jurídicos en San Isidoro, igual que en la glosa VII vimos había signado la cristianización de los saberes jurídicos en Justiniano I de Constantinopla.

A esa ley natural innata en la naturaleza del hombre corresponde el derecho natural; San Isidoro lo señala en V, 4, 1 diciendo es el que vige por imposición de la naturaleza; lo que con no muy dichosa terminología definió «quod ubique instinctu naturae, non constitutione habetur» en V, 4, 1. A la ley universal toca la ordenación divina del mundo; será la ley divina. A

la ley natural tocan los «mores», que son la ley divina proyectada en la naturaleza humana.

La Ley divina es el «fas», la humana es el «ius». En V, 2, 2, lo escribe: «Fas lex divina est, ius lex humana». La primera expresa lo lícito, la segunda lo justo jurídico por excelencia que es lo que entra dentro de la razón limitada de los hombres. En el ejemplo isidioriano: «Transire per alienum fas est, ius non est».

Siendo el «ius» la norma aplicable con exclusividad a la condición humana, ha de depender de la naturaleza humana en los tres aspectos de racionalidad, de sociabilidad y de convivencia reglada concreta. Lo primero será el derecho natural, lo segundo el derecho de gentes, lo tercero el derecho civil. El anónimo traductor castellano medieval del manuscrito del siglo XIV que se guarda en la biblioteca escurialense bajo la signatura B-I-13, publicada por Román Riaza en *La versión castellana del libro V de las Etimologías de San Isidoro* [16], lo captó perfectamente al traducir que es derecho natural «aquel q. es auido cada logar por rrason de la natura» [17]; el derecho de gentes por aquél «q. fastas todas las gentes vsan desde derecho» [18]; y el «derecho cibdadano es aquel q. cada vn pueblo o çibdad estableçe propiamente asi mesma» [19].

En la definición del derecho natural como ley ínsita en la naturaleza acepta vocablos estoicos de Ulpiano, pero subordinándolos a la recepción cristiana de la agustiniana ley eterna como ley dimanada directamente de Dios. Al definir al derecho de gentes y al civil sigue a Gayo, mas también bautizándolo cristianamente. En lo que toca al derecho de gentes recortando la universalidad con un «casi» que equivale a reducirlo a los pueblos cristianos; pues Gayo en la *Instituta* I, 1, 1, le tipificó como aquel «quasi quo iure omnes gentes utuntur», mientras san Isidoro en las *Etimologías* V, 6 declara ser tal «quia eo iure omnes fere gentes utuntur». Reducción implícita en ese «fere» discriminador que ha llevado a Manuel García Pelayo en *Los conceptos jurídicos fundamentales de San Isidoro de Sevilla* a encontrar una cierta nota de positividad en la que anidaría la auténtica cuna del ulterior moderno derecho internacional [20]; pero que a mi ver no es más que el resultado de la cristianización isidoriana de los saberes jurídicos clásicos, pues a fuer de hispanorromano heredero de la cultura antigua con hostil repugnancia hacia los invasores germánicos, en el «fere» que añade a la definición de Gayo matiza la distancia que separa a la civilización grecolatina de los nuevos señores del Occidente.

También corrige la definición de Gayo del derecho civil para cristianizarlo. En la *Instituta* I, 1, 1, Gayo lo calificó diciendo: «nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis», sin la menor referencia a una ley eterna universal que, bajo forma de providencia divina, apoya los actos de los hombres. Por eso San Isidoro, a lo cristiano, hará entrar la intervención de Dios en su definición del derecho civil en V, 5: «ius civile est quod quisque populus vel civitas sibi proprium humana divinaque causa constituit».

16. En la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, XII (1929), 133-136; y XV (1932), 383-412.
17. R. Riaza: *La versión castellana del libro V de las Etimologías de san Isidoro*. En XII, 140.
18. R. Riaza: *La versión castellana*, XII, 141.
19. R. Riaza: *La versión castellana*, XII, 140.
20. Madrid, Tipografía de Archivos, 1934, págs. 20-21.

Intervención de la providencia divina manteniendo el orden universal, no de Dios como legislador estableciendo el orden universo. Si aquello es propio del «ius civile», lo último es lo propio de la «lex» divina. Lo primero toca al «ius», lo segundo al «fas». Y fue tal vez por mantener esta separación como eje cristiano de sus saberes filosófico-jurídicos por lo que San Isidoro cayó en el yerro de confundir al «fas» con la ley divina y al «ius» con las leyes humanas, forzando la interpretación de estos vocablos en los extremos que comprenderá quien haya leído la precedente glosa VI.

El «ius» tiene, por tanto, las tres manifestaciones de natural, civil y de gentes, separado del «fas» que es ley divina. No es, en modo alguno que el derecho natural de San Isidoro sea el derecho de gentes de los juristas romanos como han opinado Paul Séjourné [21] y Manuel García Pelayo [22]. Es que la cristianización de los saberes filosóficos de los jurisconsultos de Roma requería replantear las temáticas; el equívoco de ambos graves estudiosos es haber querido ver en San Isidoro mero continuador de los romanos, sin analizar punto por punto la trascendencia innovadora que traía aparejado el empeño de cristianizar aquella filosofía jurídica anterior.

De que el «ius» se aplique a los hombres resulta que todo saber jurídico será saber racional, detalle por San Isidoro subrayado en las *Etimologías* II, 10, 3 en los términos de que «porro si ratione consistat, lex erit omne iam quod ratione constiterit», con palabras que transcriben otras de Tertuliano en el *De corona militis*, 4: «in ratione lex constat, lex erit omne iam, quod ratione constiterit». De que las normas positivas dependan de la ley natural y ésta de la ley divina ordenadora del mundo, resulta que el Derecho se sujetará a Dios en la nueva visión de la teología cristiana. De ahí que en II, 10, 3 la ley deba poseer la calidad de «quod religione congruat», literalmente reiterado en V, 3, 4; de ahí que el derecho civil que es la forma misma de la ley escrita, haya de ser tal que «divina causa» lo establezca, en V, 5.

Puesto que San Isidoro era un compilador, después de exponerse sus saberes jurídicos en la manera vista de cristianizar los filósofos juristas de Roma, explica los saberes científicos del Derecho en los capítulos VII a XXVII del libro V de las *Etimologías*. Siendo curioso que ahora recogerá las definiciones clásicas sin ninguna preocupación de correcciones cristianizadoras. Igual en ello a Justiniano I, pasan a las *Etimologías*, tal cual pasaron a la *Instituta* o al *Digesto*, las definiciones de la ley, del plebiscito, del senadoconsulto o del edicto, en repetición servil, sin el menor intento de actualización; en la ciencia del Derecho es pura arqueología ideológica este San Isidoro que en los saberes jurídicos filosóficos fuera tan original y novedoso. Es que en la ciencia jurídica no construye; informa a la posteridad con la disciplina curiosa de quien compusiera elenco de cosas varias, sin importarle mucho ni poco se tratase de materias fenecidas. Curioso parecido aquí el de los dos magnos compiladores de los saberes jurídicos antiguos: diestros cristianizadores en la filosofía del Derecho, raros meros repetidores en los conceptos científicos fundamentales.

Parecido que lleva a preguntarse si San Isidoro conoció o no conoció la obra compiladora y cristianizadora del Derecho consumada por Justiniano I. En la *Introducción* a la versión castellana más reciente de las Etimo-

21. P. Séjourné: *Saint Isidore de Séville*, 65.
22. M. García Pelayo: *Los conceptos jurídicos fundamentales en san Isidoro de Sevilla*, 13-17.

logías por Luis Cortés Góngora, Santiago Montero Díaz recuerda mencionó una sola vez a Justiniano I; en el capítulo XXV del *De viris illustribus, De los varones insignes* [23]; pero, en cambio, no le recuerda en absoluto en las *Etimologías*, donde para nada asoman ni el *Digesto*, ni la *Instituta*, ni el *Códex*, no obstante memorar en V, 1, 7 a los tres *Códigos* de Gregorio, de Hermógenes y de Teodosio II. Si bien es verdad que hoy por hoy antójase insoluble el enigma de las fuentes, las coincidencias entre la obra isidoriana y la de Justiniano pueden manar de haber bebido en comunes hontanares; aunque parezca extraño que varón de tantísimas lecturas ignorase la espléndida labor realizada en Constantinopla un siglo atrás.

Por otro lado, no cabe aducir la inexistencia de contactos entre el Imperio bizantino y la península hispánica. Desde el 552 al 624 los bizantinos ocuparon el sur de la península; el hermano mayor del santo sevillano, el también santo y arzobispo San Leandro, viajó en 580 hasta Constantinopla para solicitar auxilios en pro de San Hermenegildo rebelde contra su padre Leovigildo, según sugiere E. A. Thompson en *Los godos en España* [24]. Veinte años antes el cronista Juan de Biclara permaneció diecisiete en Bizancio, al paso que el obispo Liciniano de Cartagena moría en Constantinopla por los tiempos mismos en que San Isidoro ascendía a la cátedra arzobispal hispalense. Pablo, médico llegado del Oriente, fue arzobispo emeritense, así como Fidelis. Los hijos de San Hermenegildo cobraron refugio en Constantinopla. La secta de los acéfalos, condenada por San Isidoro en el año 619 en el segundo concilio provincial sevillano, vino importada desde Siria por el obispo Gregorio, según relata Menéndez y Pelayo en la *Historia de los heterodoxos españoles* [25]. Es, pues, absolutamente impensable que San Isidoro ignorase los trabajos de Justiniano I y que la compilación jurídica de las *Etimologías* tuviera lugar a espaldas de la compilación constantinopolitana. Tal vez no quiso tomar en consideración a los juristas bizantinos movido de orgullo patrio, tal vez por antipatías dimanadas de las circunstancias por las que su familia abandonara Cartagena en ocasión de la conquista bizantina. En todo caso resulta notorio el contraste entre la inmensidad de las lecturas de que San Isidoro hace galas en las *Etimologías* y ese deliberado prurito en no darse por enterado de que cien años antes que él los jurisconsultos de la corte de Justiniano I en Constantinopla habían labrado en el Derecho la misma fábrica de saberes que San Isidoro también en el Derecho labró: recoger los saberes de los juristas romanos sometiéndoles al crisol del cristianismo.

Tanto más cuanto que a manos de San Isidoro ha sido atribuido el *Forum Judicum* o *Fuero Juzgo*, a lo menos en la redacción que inspiró el IV concilio toledano del año 633. De la influencia de San Isidoro sobre el *Fuero Juzgo* nadie ha dudado, antes fue puesta de relieve entre otros por Jos. Christian Ernest Bourret en *L'école chrétienne de Séville sous la monarchie des visigoths, La escuela cristiana de Sevilla bajo la monarquía de los visigodos* [26] y fray Justo Pérez de Urbel, sea en *San Isidoro de Sevilla* [27], sea en el prólogo a la *Antología* publicada en colaboración con fray Timoteo Or-

23. Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1951, pág. 63.
24. Traducción castellana. Madrid, Alianza Editorial, 1971, pág. 34.
25. Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, ocho tomos. Cita al I (1946), 350-351.
26. Paris, Charles Douinol, 1855, pág. 163.
27. Barcelona, Labor, 1940, pág. 228.

tega [28]; sin olvidar que Carlos Cañal en su *San Isidoro* advierte pasaron trechos inalterados desde las *Etimologías* al *Forum Judicum* [29]. Porque el *Fuero Juzgo* ha sido juzgado desde antiguo como harto influido por la obra de Justiniano. Ya Jacob Cujas, comentando el título 11 del libro II del *De feudis libri quinque, De los cinco libros de los feudos,* afirmó fue redactado en «aemulatione Codicis Iustiniani» [30]; opinión compartida por el clásico glosador hispano, el asturiano Alfonso de Villadiego, en su edición comentada *Forus Antiquus Gothorum Regum Hispaniae, olim Forum Judicum: hodie Fuero Juzgo nuncupatus, Fuero antiguo de los Reyes godos, otrora llamado Forum Judicum, hoy Fuero Juzgo* [31]. Y, en efecto, si el espíritu del *Fuero Juzgo* es el de San Isidoro, equivale al de Justiniano I en la común hazaña de cristianizar los saberes jurídicos de la romana paganía.

Pues en el *Fuero Juzgo,* al igual que vimos en el glosa VI tocante a los libros justinianeos, también Dios es la justicia misma, en IV, 5, 6 y II, 4, 8; que por más tales leyes sean atribuidas a monarcas posteriores al paréntesis vital de San Isidoro, la primera a Wamba (672-680) y la segunda a Egica (687-700), no caben dudas que San Isidoro hubiera suscrito la afirmación de que «ipse igitur Deus iustitia est», literalmente inscrita en los textos justinianeos. El «Deo adiuvante» del XII, 2, 13 es a la letra el inicio de la *Instituta* de Justiniano I.

Incluso hay analogías en la disposición de ambos. Como ha notado P. D. King en *Law and society in the visigothic Kingdom, Derecho y sociedad en el reino visigodo,* el Fuero Juzgo es el único código de leyes bárbaras en el cual existen preámbulos justificadores de las leyes [32]. O sea, pudiera decir yo, el solo código que posee aquella impronta científica y filosófica que las generaciones posteriores han ensalzado en Justiniano. Impronta cuyo origen proviene de las maneras intelectuales de los saberes jurídicos de San Isidoro de Sevilla.

La importancia de San Isidoro en la trayectoria de los saberes jurídicos es fundamental, sin que tolere comparación con ningún otro escritor del Occidente desde el siglo III al XI. Es monolito aislado en el desierto de los saberes jurídicos entre Modestino e Irnerio. Hubo entretanto juristas compiladores de códigos y hubo conocedores de leyes; pero él fue el exclusivo ahondador en los planteamientos filosófico-jurídicos y el más seguro testimoniador de la ciencia jurídica clásica. Si damos de lado a lo que significa Justiniano I en el Imperio bizantino y nos recogemos al Occidente, San Isidoro es el portavoz único de la filosofía del Derecho y el colector supremo de los saberes científicos del Derecho.

Porque, además, no se limitó a aquella función de receptor manco de originalidades que le achacó entre otros nada menos que el maestro Menéndez y Pelayo. San Isidoro, al parigual de Justiniano en Oriente, acometió la descomunal hazaña de cristianizar a los juristas clásicos de Roma en medio de las herrumbres bárbaras de las sociedades del Occidente. Que no se contentó con repetirlos mecánicamente, aunque sí mecánicamente repitiera a los científicos sin mayor esfuerzo que el de seleccionar noticias. En filoso-

28. Madrid, Ediciones FE, 1940, pág. 33.
29. Madrid, Victoriano Suárez, 1897, págs. 76-77.
30. En *Operum quae de iure fecit.* Lutetiae Parisiorum, sumptibus Dionysii de la Moüe, seis tomos. Cita al II (1617), columna 858.
31. Matriti, ex officina Petri Madrigal, 1600, primera paginación, pág. 78.
32. Cambridge, at the University press, 1972, pág. 37.

fía del Derecho incrustó en la especulación pagana de las normas la noción cristiana de la ley divina establecedora del orden total del universo, para construir sistemática impar a lo largo de un milenio en Occidente, la sola teoría de los saberes jurídicos cristianos que durante mil años podrá asomarse codo con codo con la de Justiniano ante la consideración del historiador de las doctrinas del Derecho. Desde San Isidoro hay que saltar a Irnerio y a Santo Tomás de Aquino en lo científico y en lo filosófico respectivamente. Cuando aún no existía la contraposición de las Españas contra Europa, Isidoro de Sevilla adelanta, en aura de profeta de los suyos, la misión civilizadora de las Españas cristianas frente a la barbarie europea.

De ahí que su relieve en la marcha de los saberes jurídicos vaya acompasada al que tiene en la historia general de la cultura occidental.

10. *La independización del saber científico en Occidente: Gundisalvo de Toledo.*

Después de San Isidoro ábrese un vacío de más de medio milenio; edad de hierro si jamás ha habido alguna en la cual nadie pensó en elaborar una ciencia ni una filosofía del Derecho. Vívese de retazos de saberes añejos, cribados por el tamiz compilador isidoriano. De cuando en cuando, destellos por lo común fugaces en la noche negra, saltan chispas de saberes jurídicos; mas sin esperanzas ni aspiraciones de elaboraciones sistemáticas. Opínase algo, mas en repetición, ni siquiera con dimensiones de exégesis. Nadie soñó en aquellos años duros y sencillos, en medio de las contiendas armadas, detallar ni aun ponderar conceptos jurídicos. El manto de la austeridad ideológica cubre todos y cada uno de los países del Occidente, mientras los pueblos van gestando en la nimiedad de cada día la aparición de las naciones futuras y la posibilidad de un renacimiento cultural en el Derecho.

Hermann Fitting en su *Zur Geschichte der Rechtswissenschaft am Anfange des Mittelalters, Para la historia de la ciencia del derecho en los comienzos de la Edad media,* en 1876, y un lustro después Max Conrat en su *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts im früheren Mittelalter, Historia de las fuentes y de la bibliografía del derecho romano en la primera edad media,* han discutido, en polémica celebérrima, acerca de la continuidad del cultivo del derecho romano en Occidente durante esos cinco siglos largos, afirmada por el primero, negada por el segundo. Para nuestro propósito el resultado de la cuestión es indiferente; porque tengan las producciones de la época valor científico, como sostuvo Fitting, o carecieran de vuelos científicos, como asevera Conrat, en ninguno de los dos casos aportan caracterización de los estudios del Derecho como saber autónomo y aparte. A lo más que cabe llegar es a la conclusión a la que advino antes que ellos Friedrich Karl von Savigny en la *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, Historia del derecho romano en la edad media;* la de que el derecho romano fue mantenido vivo en la enseñanza [1], sin que ello implique fuera cultivado con sistemática científica.

Hubo continuidad en los textos. En el prólogo del *Edicto* de Rotario, rey de Lombardía entre el 636 y el 652, cópiase un trecho de la novela VII dada por Justiniano en el 535. Poco posterior ha de ser la llamada *Glosa Turinense,* editada por Federico Carlos de Savigny [2], estratificación de redacciones sucesivas sobre bases justinianeas, por mencionar un ejemplo entre los varios del tiempo, reseñados por Francesco Calasso en su *Medio Evo nel di-*

1. Darmstadt, Hermann Gentner, ocho tomos. Cita al I (1956), 477-478.
2. Como apéndice a la *Geschichte,* II (1956), 429-476.

ritto, El medievo en el derecho [3]; pudiendo decirse lo propio de las *Exceptiones legum romanorum Petri*, asimismo editadas por Savigny [4], o el *Prochiron legum*, tan influido por la *Egloga* de León el Isáurico de Constantinopla.

Nada alteró aquella menuda línea de practicones sin anhelos auténticamente científicos la reconstitución del Imperio cuando Carlomagno vibraba en el afán de continuar las memorias del derecho de Roma, cual ha señalado Alois Dempf en su *Sacrum Imperium* [5]; porque el espíritu que animó a las instituciones del Imperio era germánico, como han puesto de relieve Adolf Waas en *Herrschaft und Staat in deutschen Mittelatter, Soberanía y Estado en el medievo tudesco* [6], y Joseph Otto Plassmann en *Princeps und Populus. Die Gefolgschaft im ottomanischen Staatsaufbau nach den sächsischen Geschichtsschreibern des 10. Jahrhunderts, Príncipe y pueblo. El séquito en la construcción estatal de los Otones según los cronistas sajones del siglo X* [7]. Aquella que llamó Werner Goez en su *Translatio Imperii* vivificación de la idea imperial [8], no tuvo mayores repercusiones en el derecho heredado de Roma.

Lo que en la corte carolingia hubo no pasó de breves alusiones, del estilo de la que formula Alcuino de York († 804) a Paulo y al *Código teodosiano* en la Epístola 118 de las que de él se conservan o de la que refiere el español arzobispo de Lyon Agobardo († 840) al *Digesto* en el capítulo XVIII de la *De dispensatione ecclesiastica;* cuando no de argumentos sacados de las «leges romanae» al modo en que lo hace el obispo Hincmar de Reims († 882) tratando del divorcio de Lotario I (940-955) en *De divortio Lotharii et Tetbergae,* capítulo XII. Manera usual en el siglo IX, que a ello reducía los conocimientos del derecho romano; no de otra guisa el papa Juan VIII (872-882) aludía al *Código* y a las *Novelas* justinianeas en sus epístolas CXXIX y CLXIII respectivamente, o el obispo Atto de Vercelli en la *Epistola ad Azonem episcopum* memoraba también las *Novelas* y el *Código.* Ni siquiera se hablaba de derecho romano. En los tiempos carolingios los saberes jurídicos recortábanse a pedazos de trechos legales; Savigny en su *Historia* ha cosechado sobrados textos que prueban se hablaba tan solamente de «lex romana», nunca de derecho de Roma [9].

La enseñanza del Derecho era parte de los estudios retóricos, sin el menor atisbo de independencia científica. Alcuino de York en el poema *De pontificibus et sanctis Ecclesiae Eboracensis,* esto es de York en Inglaterra, versos 1433-1435, lo confirma expresamente:

> «Illis dans grammaticae rationis gnaviter artes,
> illis rhetoricae infundens refluamina linguae,
> illos juridica curavit cote polire.»

Los escasos nombres de juristas aumentan bajo las preocupaciones del misterioso año 1000. Reinante el papa León IX (1049-1055) había escuela en Toul, donde se disputaban cuestiones de casuística legal. En sus años mozos

3. Milano, A. Giuffré, 1954, págs. 285-294.
4. En la *Geschichte,* II, 321-428.
5. München und Berlín, R. Oldenbourg, 1929, pág. 140.
6. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1965, págs. 326-327.
7. Göttingen, Göttinger Verlagsanstalt, 1954, pág. 136.
8. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1958, pág. 81.
9. F. C. von SAVIGNY: *Geschichte,* I, 133-137.

Lanfranco, muerto en 1089, estudió leyes en Pavía. Pasando en 1045 por Rávena San Pedro Damián anotó se enseñaba allá por los «sapientes civitatis» doctrina contraria a la tesis canónica sobre los impedimentos por grados de parentesco. Es posible se estudiara en la abadía de Montecassino, pues en el *Cronicon Casinense* achácase al abad Desiderio el conocimiento de las *Novelas* y de la *Instituta*. Mas parece ser siempre se encerraba al Derecho en la retórica. Un gramático del siglo XI, Papías, lo hará constar expresamente en su *Vocabularium*, impreso luego en Milán en 1476, al escribir bajo la palabra «rhetorica» lo que sigue: «Rhetorica est ratio dicendi: et iurisperitorum que propter nitorem et copiam eloquentiae maxima in civilibus quaestionibus necessaria est». Y en cuanto al contenido de la enseñanza, debió consistir en la repetición de lo escrito por San Isidoro de Sevilla; el jurista Homobono de Barcelona, el más viejo de nuestros juristas medievales, reitera y copia a San Isidoro en su *Liber judicum popularis*, editado por Ferrán Valls y Taberner bajo el título de *El «Liber judicum popularis» de Homobono de Barcelona* [10], como he mostrado en *El pensamiento político catalán* [11].

Como puede colegirse sin precisiones de mayor trabajo el bloque de saberes jurídicos no constituía a finales del siglo XI ningún cuerpo de doctrina aparte. Lo que se sabía diluíase en la teología en las cuestiones atañentes a lo que hoy decimos filosofía del Derecho o en repeticiones de trechos justinianeos de la *Instituta*, de las *Novelas* o del *Código* en lo que hoy llamamos ciencia del Derecho. Antes del siglo XII no empiezan a ser estudiadas estas cuestiones de manera aparte, e incluso cuando así se obre no se desprenden las temáticas filosófico-jurídicas de su matriz religiosa y ética. Será el resultado de larguísimo proceso, en realidad prolongado muchos siglos, cuyos rasgos van a ser el tema de las presentes Glosas. Mas advirtiendo de antemano no espere el lector sino mucho más tarde con topar nace una ciencia del Derecho armada de todas armas doctrinales, tal como dicen salió Minerva armada de todas armas del cerebro de Júpiter.

La discriminación de campos es difícil; fúndese el Derecho con la ética, con la política, con la teología o con la filosofía, según los casos, pues abundan ejemplos para todo.

En la colección de datos recogidos por Martin Grabmann en la *Geschichte der scholastischen Methode, Historia del método escolástico*, constan muchos de ellos a lo que hoy conocemos por Europa. En el código Q-VI-30 de la Biblioteca real de Bamberg, del siglo XII, tras distinguir entre sabiduría y filosofía, y dentro de la filosofía entre teórica y práctica, divide a la última en ética, económica y política [12]; nada, pues, de alusiones al Derecho. Otro tanto acontece con los programas de saberes existentes en los manuscritos Clm-9.921 y Clm-14.516 de la Biblioteca de Munich. En el folio 13 del primero apenas si existen indicios de una cierta «ethica publica», en el folio 1 del segundo de una ética y de una retórica, siempre sin concesiones a ningún estudio especializado del Derecho [13]. En el Clm-14.731, siempre del siglo XII, lo que cabe es a lo más cierta «moralis scientia» [14]. En el *Tractatus quidam de philosophia et partibus eius*, en el manuscrito 6.570 de la Biblioteca nacional

10. En el *Anuario de Historia del Derecho español*, II (1925), 203-204 y 210-211.
11. Sevilla, Montejurra, tres tomos. Cita al I (1962), 89-92.
12. M. GRABMANN: *Geschichte*, II (1956), 31-32.
13. M. GRABMANN: *Geschichte*, II, 44.
14. Ibídem.

de París, folios 57 vto-59 vto, hay, al uso aristotélico, tres partes de la filosofía práctica: la ética la económica y la política, mas también con silencio de los saberes jurídicos [15]; si existe una concesión a la «scientia legum» que «dictando iustitiam res exteriores protegit» en el folio 59 vto [16], es como parte de la filosofía, no saber independiente de ella; esto es, como filosofía del Derecho.

No da más de sí por su lado Hugo de San Víctor (1096-1141) en el *De sacramentis christianae fidei* I, 3, 30, y en el *Eruditionis didascalicae libri septem* II, 20, cuando sigue a Aristóteles para parcelar el continente de los saberes en dos sectores teórico y práctico, repitiendo en el terreno práctico la tripartición aristotélica. Con lo que de nuevo el Derecho aparece fuera del cuadro de los saberes científicos.

El primer pensador que en Occidente apuntó la definición del Derecho como ciencia fue el toledano Domingo Gundisalvo, miembro de la corte literaria del glorioso arzobispo don Raimundo (1125-1151), padre e incitador de la magna escuela de los traductores de Toledo. El tratado *De divisione philosophiae in partes suas et partium in partes suas secundum philosophos*, editado egregiamente por Ludwig Baur [17] y por el jesuíta Manuel Alonso Alonso [18], es escrito de remoto hontanar aristotélico, de un Aristóteles recibido a través de Alfarabi como señalan el propio Baur [19] y nuestro Adolfo Bonilla San Martín en la *Historia de la filosofía española* [20]. No interesa demasiado matizar tales influjos, porque en todo caso lo que repercute en Occidente es el texto gundisalvino y no el del *Catálogo de las ciencias* o *Ihsa al-ulum* de al-Farabí [21]. Lo que importa es subrayar que en los albores del renacer de la sabiduría occidental en el siglo XII fue Domingo Gundisalvo el primero en indicar que el Derecho constituía ciencia aparte, distinta de un lado de la filosofía y del otro de la ética y de la política. El capítulo V titúlase, en efecto, «De scientia civili et partibus eius et de scientia eloquendi»; analizando tres tipos de ciencias referentes a la vida de los hombres, que ya no van a coincidir con la consabida tripartición aristotélica de ética, económica y política, sino que la sustituye por otra en la que la economía viene heredada por la ciencia del Derecho.

Y que la ciencia es tal, no mero apéndice de la filosofía moral, resplandece en sus palabras. Hélas aquí: «Scientia legum est illa, per quam potest homo adinvenire modum cuiusque rei in illis que legislator non propalavit, sed per illa que iam propalata sunt cum determinatione et modo, in quo oportet hominem subtilem et circumspectum voluntatem auctoris in lege quam posuit» [22]. No se trata ni de la ética ni de la política, ya analizadas por Domingo Gundisalvo en la primera parte del capítulo V [23], como las ciencias que conocen lo verdadero y lo falso moral, la primera, y como la ciencia del buen gobierno, la segunda. Trátase de la «scientia legum» en el sentido modernísimo del vocablo, como la ciencia interpretadora de las leyes, la

15. M. GRABMANN: *Geschichte*, II, 45.
16. M. GRABMANN: *Geschichte*, II, 46.
17. Münster, Aschendorffschen Buchhandlung, 1903.
18. Madrid, Maestre, 1954.
19. L. BAUR: *Einleitung*, 314.
20. A. BONILLA Y SAN MARTÍN: *Historia*, I, 357-358.
21. Pueden cotejarse los respectivos textos con los de AL-FARABÍ, en la edición del *Catálogo de las Ciencias*, de ANGEL GONZÁLEZ PALENCIA. Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1953, segunda edición, págs. 72-73.
22. En la citada edición del padre MANUEL ALONSO, pág. 139.
23. D. GUNDISALVO: *De divisione*, 133-138.

que enseña a dilucidar la voluntad puesta por el legislador en ellas. Es la manifestación más antigua de la ciencia jurídica en Occidente. Como arco triunfal, el pensamiento hispánico codificó por mano de San Isidoro de Sevilla la filosofía del Derecho y la ciencia romana del Derecho, para luego en la otra orilla de aquel puente de cinco siglos saltando sobre las obscuridades europeas, definir a la ciencia del Derecho por cuerpo aparte de saberes. Brava lección sin duda para la turba necia de nuestros mentecatos europeizados.

Otro hallazgo de aquella primera mitad del siglo XII, de grandísima relevancia para la terminología jurídica, fue el encuentro del vocablo «derecho positivo» por mano del picardo Abelardo (1079-1142), el magno fautor de la dialéctica, nombrado por sus amores cuanto por sus audacias. En el *Dialogus inter philosophum judaeum et christianum, Diálogo entre los filósofos judío y cristiano,* apártase de la nomenclatura romanista para establecer una dicotomía del Derecho entre natural y «positivo»: «Ius quippe aliud naturale, aliud positivum» [24]. Pero no apura las consecuencias como para determinar la existencia de un saber jurídico independiente. Sí lo hace de la política, curiosamente derivándola como ciencia aplicada de la justicia en la medida en que la justicia procura el bien común: «Iustitia virtus est, communi utilitate servata, suam cuique tribuens dignitatem; haec est ea virtus qua volumus quemque unum habere id quo dignus est, si hoc commune non inferat damnum» [25]. De cuyo texto deduce Georges Lagarde en *La naissance de l'esprit laïque au déclin du Moyen-âge, El nacimiento del espíritu laico al declinar de la edad media,* que Abelardo instituyó una ciencia política independiente de la teología, naturalista y secularizada [26]. Mas, por eso mismo, Abelardo no entendió formular ninguna ciencia del Derecho. Filósofo siempre al fin y al cabo, desde la consideración de la justicia solamente calibra una política, separada según el esquema aristotélico de la ética y de la económica. A fuer de filósofo, Abelardo queda encerrado dentro de los cauces de Aristóteles; alejado del Derecho, desde la plataforma de la virtud de la justicia salta a la política, mas no a la jurisprudencia. Por lo cual, si bien labra ciencia independiente de la política, no entiende la formulación aparte de una ciencia jurídica. Al revés de Domingo Gundisalvo, faltándole arrestos intelectuales para romper la costra de la herencia aristotélica, yendo desde la ética social a la política del bien común en vez de deducir la clara salida de una contemplación autónoma del Derecho.

Tampoco conocieron al Derecho como ciencia independiente los primeros glosadores, denominados así por cultivar como método científico la exégesis del texto o «glosa». Los glosadores son en sus comienzos, e incluso a lo largo de los dos siglos que corren desde Irnerio hasta Accursio, anacrónicos remedadores de doctrinas antiguas, dados a mirar a la realidad próxima con los ojos con que la hubieran visto los jurisconsultos de Justiniano, olvidadizos del abismo social de los seis siglos precedentes. Al leerles cae sobre el lector la impresión de asistir a juegos irreales, a fantásticas evocaciones de un ayer más que muerto; apenas si cuando se les considera glosa a glosa va percatándose el lector de que aquellos artilugios ideales sirvieron en sus manos para la solución de problemas contemporáneos.

Para no dar en excepción del entero pensamiento medieval, la palabra

24. En la *Patrología latina,* de MIGNE. CLXXVIII, columna 1656 b.
25. ABELARDO: *Dialogus,* 1653 a.
26. Paris, E. Droz, seis tomos. Cita al III (1942), 21.

«glosa» tiene entronque isidoriano. En el capítulo XXX del libro I de las *Etimologías* ya se asigna a la palabra griega «glosa» el significado de interpretación o exégesis, pues «omnino cum unius verbi rem uno verbo manifestamus»; o sea, manifestando con una palabra la acepción que tenga otra. Exégesis y no comentario; lo que los glosadores buscan es aclarar palabra por palabra; la posible doctrina va uncida al yugo del giro de las frases. A lo más que llegan es a sentar paralelismos en las expresiones, establecer los «Parallelstellen» en el decir de Paul Koschaker en su *Europa und das römische Recht, Europa y el derecho romano* [27]. Las «summae» de los glosadores no fueron, en consecuencia, ni compendios ni tratados completos; son observaciones exhaustivas sobre puntos precisos; si la ciencia es saber sistemático total de una materia, aquellos glosadores ligados a agotar el pormenor de un texto exiguo y menudo, no merecían el título de científicos en el Derecho. Tanto más que hasta Placentino hacia el año 1160 carecieron de la convicción de que elaboraban tablas separadas de saberes.

Sus gestos brotan de la admiración casi religiosa por el derecho de Roma. Era la fe que flotaba en el ambiente. En la *Defensio Henrici IV regis*, capítulo IV, Pedro Crasso colocará a las leyes romanas al nivel de las reveladas; viniendo aquéllas por la línea de los emperadores igual que éstas llegaban por la de los apóstoles: «Quoniam conditor rerum in rebus, quas condidit, nihil homine carius habuit, duplicis ei contulit leges, quibus fluctivagam compesceret mentem ac se ipsum agnosceret conditorisque sui mandata servaret; sed harum unam per apostolos successoresque eorum ecclesiasticis assignavit viris, alteram vero per imperatores et reges saecularibus distribuit hominibus». El anónimo del códice Haenel dirá lo mismo, según lo transcribe Hermann Fitting en su *Juristische Schriften der früheren Mittealters, Estudios jurídicos de la alta edad media*: «nam sicut XII menses uno sole illuminantur, et XII apostoli uno spiritu sancto illuminati sunt, ita legum scientia uno sole, idest Deo, qui est verus sol, illuminata est et uno spiritu sancto illustrata» [28]. Aparecíase el derecho romano ornado de calidades divinas; viene de Dios, es iluminación de Dios. En los calentados cerebros de aquellos estusiastas vivirlo era todavía más que exceder a las coyunturas tristes del presente y vibrar en la grandeza del Imperio glorioso de Roma; era aún más que colocarse en la coyuntura vital de los Ulpianos y los Paulos; era recibir la revelación de Dios por conducto extraevangélico, era la nueva revelación laica llegada por los caminos del dorado resol de Justiniano. Quien medite un instante acerca de lo que suponía la fe religiosa en las sociedades occidentales del siglo XII y relea los trechos apuntados, captará cuán infinita pasión de fervores devotos movió a los hombres cultivadores de la Glosa. Fueron los evangelizadores de otra religión nueva, la del derecho romano. Acercábanse a los textos redescubiertos sacramente laicos con el respeto enfervorizado de los neófitos, tocándoles intelectualmente con el amor que se guarda para la veneración de las atesoradas reliquias. El romanismo de los glosadores fue casi fenómeno de religiosos embelesos, una manera nueva de los saberes jurídicos que tuvo más de culto adorador que de fría indagación intelectual.

El redescubrimiento del *Digesto* signó la culminación de esta devoción emocionada. El paulatino manejo del *Digestum vetus*, formado por los primeros veinticuatro libros; del *Digestum novum*, integrado por los doce úl-

27. München und Berlín, C. H. Deck, 1953, pág. 67.
28. Halle a. de. S., 1876, pág. 148.

timos; y del llamado *Digestum infortiatum*, por los catorce libros intermedios, despertó deslumbramientos seductores. En adelante habrá primera materia sobre la cual elaborar estudios tan seguros en este nuevo estilo de los saberes. Como ha escrito V. E. Grabar en *Elementi meschdurarodnego prava u trudaj legistou XII-XIV bb*, *Elementos de derecho internacional en las obras de los legistas de los siglos XII a XIV*, los legistas suplantan a los teólogos en este nuevo saber paralelo y rival de la teología [29]. Era la religión de las leyes romanas contrapié de la religión de los dogmas cristianos; mas en la unidad férrea de la cerrada sociedad medieval será imposible disociarlas entre sí. Romanistas y canonistas, glosadores y decretistas andarán hermanados al empeño de elaborar una ciencia del Derecho; lo que sucederá es que, poseídos de sus fervores respectivos, no se darán cuenta hasta más adelante de las dimensiones de su empeño; construirán saberes científicos sin darse cuenta cabal de que iban enderezados a levantar el edificio de una ciencia jurídica. Hasta finales del siglo XII ni los glosadores ni los decretistas calibrarán los alcances de sus esfuerzos, aquellos límites ya deslindados perfectamente por aquel fundador de la ciencia medieval del Derecho que fue el toledano Domingo Gundisalvo.

Refiere Odofredo († 1265) comentando el *Digestum vetus L. Juscivile, 6, de justitia et jure* [30], que los textos justinianeos fueron transportados desde Roma a Rávena y desde Rávena a Bolonia; donde de manera privada, por «auctoritate sua», un tal Peppo o Peppone de quien si apenas conocemos pocos más datos que el nombre oscuro, comenzó a comentarlos; pero sin mayor acierto, pues que «nullius nominis fuit». Debió ser el tal Peppo algún mediocre «doctor legis», algún «causidicus» o abogado de los que en el medievo boloñés practicaban el arte jurídico, sin ningún asomo de rigurosos científicos saberes.

Pero existía por aquel entonces cierto profesor en artes, o sea maestro docente en gramática y retórica, apellidado Irnerio, quien trasladó al comentario de los textos justinianeos sus conocimientos retóricos con tanto acierto y tamaño aplauso que dio ya en científico del Derecho y lumbrera de los estudios jurídicos. En palabras de Odofredo: «et ipse fuit maximi nominis, et fuit primus illuminator scientiae nostrae, et quia primus fuit qui fecit glosas in libris nostris, vocamus eum lucerna iuris».

Irnerio ejerció también como «causidicus» o abogado y fue agente imperial en 1118 en Roma para impugnar la elección del papa Gelasio II, siendo de 1125 las últimas noticias que de él poseemos. Viniendo de los estudios de artes, ha sido calificado de fundador indiscutible de la escuela de Bolonia por Friedrich Carl von Savigny en su citada *Historia del derecho romano en la edad media* [31]; de quien orientó científicamente los estudios jurídicos por Francesco Calasso en *Il medievo del diritto* [32]; de quien elevó al Derecho a disciplina autónoma por Paul Koschaker en *Europa y el derecho romano* [33]; de padre de la entera moderna ciencia del Derecho por Hermann Fitting en el prólogo a la edición de la *Summa codicis des Irnerius* [34]; y de

29. Yureb, Tipografía K. Mattisena, 1901, pág. 41 (en lengua rusa).
30. Dado el carácter asistemático de las Glosas, señalaré el modo de citar a los glosadores. Hácese colocando en primer término el cuerpo legal de que se trate: már tarde el libro o parte capital; luego, la palabra inicial del trecho comentado; y, finalmente, el título o rúbrica. Téngase en cuenta para las referencias posteriores.
31. F. C. von SAVIGNY: *Geschichte*, IV (1956), 13 y 18.
32. F. CALASSO: *Il medievo del diritto*, 369.
33. P. KOSCHAKER: *Europa und das römische Recht*, 69.
34. Frankfurt, Minerva, 1971, pág. VII.

fundador de la completa ciencia jurídica europea por Franz Wieacker en la *Historia del derecho privado en la edad moderna* [35].

Matizada exageración en tales juicios, salidos de plumas de romanistas, identificados con Irnerio en el estusiasmo hacia el derecho romano; y, en consecuencia, proclives a aceptar que el cultivo del derecho romano coincide con el cultivo de la ciencia del Derecho. Pero Irnerio no pasó de compilador y de analista comparador en formas de glosas, siendo dudoso, y más que dudoso, tuviera consciencia cierta de la independencia científica de los jurídicos saberes.

Cierto es que en la *Summa Codicis* habla de la «civilis scientia» [36] pero esa ciencia civil es simplemente el derecho romano sin distinguir lo que en el derecho romano había de filosofía, de ciencia y de técnica jurídicas; adoptado como bloque de saberes delimitados más que por el contenido, por el cuerpo de libros que la Glosa comentaba. Bien lo prueba el dato de que tal alusión a la «civilis scientia» se halla colocada bajo la rúbrica «De veteri iure enucleando»; o sea de la clarificación del viejo derecho romano redivivo entonces y que de manera expresa concreta en la misma exposición por el que consta «in Digestorum volumine» [37]. Tan poco clara tuvo Irnerio la noción de una ciencia jurídica independiente, en tanto grado refirió los saberes jurídicos al mero derecho romano renacido que vive en un mundo irreal, en el horizonte de la cultura de una Roma en muchos siglos anteriores. Adriano es para Irnerio lo que era en la Roma del siglo II, un dios, el «divi Adriani» decretador del *Edicto perpetuo* [38]; el mito del pueblo romano como legislador universal sirve de base al Derecho de los emperadores para dictar leyes y constituciones, según una de Teodosio y de Valentiniano antigua en setecientos años [39]; lo que tiene delante de los ojos, más que al emperador heredero de Carlomagno, es al emperador de la Roma vieja, cabeza universal del mundo y fuente de todo poder, «qui caput est omnium magistratuum, immo omnium hominum, id est Romanus princeps» [40]; reconstrucción forzada y culturalmente artificial del Imperio de Roma, de suerte que de ese príncipe romano penden todas las autoridades, equiparadas artificial y procustianamente a los magistrados antiguos, pues «de principe dictum est, cui omnes magistratus suppositi sunt» [41]. La quimérica fantasía de que Roma seguía siendo imperio efectivo y de que el derecho romano continuaba en plena vigencia es la perspectiva que impide a Irnerio concebir una ciencia del Derecho dotada de novedosa autonomía, ya que reduce la totalidad de los saberes jurídicos a las dimensiones de un derecho romano fantásticamente vivo e ilusoriamente exclusivo modo del saber jurídico en un tiempo en el cual ya Roma era cenizas de un pasado de reconstrucciones imposibles.

Ni siquiera mantuvo Irnerio el amojonamiento formal en los estudios. Al lado de la *Summa Codicis* editada por Hermann Fitting y de las *Quaestiones de iuris subtitulatibus* que Fitting le atribuye, guárdase en la Biblioteca Ambrosiana de Milán bajo la signatura Y-43-sup., una colección de sentencias de su mano, tituladas *Garnerii sententie ex sacris scriptoribus collec-*

35. Versión española. Madrid, Aguilar, 1957, pág. 39.
36. IRNERIO: *Summa Codicis*, 18.
37. Ibídem.
38. IRNERIO: *Summa Codicis*, 188.
39. IRNERIO: *Summa Codicis*, 16.
40. IRNERIO: *Summa Codicis*, 21.
41. IRNERIO: *Summa Codicis*, 22.

te, que no sé yo hayan sido editadas todavía. Ocupan los folios 7 vto-35 vto del manuscrito, tras una carta de San Gregorio Magno y un resumen indicador de las sentencias mismas. Pues bien, en esa recopilación, que allí mismo en el folio 7 vto. dícense «ex doctis augustini aliorumque doctorum excerpsit», mezcla con San Agustín y los otros padres cuestiones de derecho romano. Al lado del «De Trinitate» hay «De legibus quibuslibet» y «De diversis delictis»; a la vera del «De malis angelis», hay «De nuptiis» y «Quid coniuges sibi debeant»; junto a «De vetere Testamento» aparecen «De romano Imperio» y «De fide coniugii ceteramque negotiationum»; pegados a «De divine bonitatis essentia» surgen «De iustitia et iudiciis» e «Inter vetitas et abdicatas nuptias». Ni siquiera en lo formal Irnerio contempló los saberes jurídicos como cuerpo científico independiente. Y es que Irnerio, que glosó esporádica y no sistemáticamente numerosos aspectos de los textos justinianeos redescubiertos, careció de la visión de que los saberes científicos constituían una ciencia independiente.

Ni siquiera separó dentro de los saberes jurídicos a la ciencia de la filosofía del Derecho. Repite los textos romanos y nada más. Baste recordar su tipificación del Derecho en la *Glosa al Digesto I, 3, 40*: «Quod constituitur tum lege, tum moribus, tum et naturae necessitas induxerit, triplex ius esse constat» [42]; o la manera en que mezcla lo ético con lo propiamente jurídico en las *Quaestiones de iuris subtilitatibus*, proemio, 4, al señalar como la equidad tiene fin esencialmente ético, al decir sirve para que «ut salvo singulis sui merito servetur incorrupta societas hominum cunctorumque perseveret illibata communitas»; o el estilo con que en la *Summa Codicis* recoje aquel alcance religioso de la religiosidad romanística a que hace poco me referí en esta misma Glosa declarando que las leyes romanas y las constituciones de los emperadores romanos son sagradas: «nam leges et constitutiones sacrae sunt» [43].

No cabe, por lo dicho, deducir poseyera Irnerio conciencia clara de la independencia de los saberes jurídicos. Del derecho romano en cierto modo muy limitado, sí, porque funde en él lo científico con lo filosófico y en la composición de sus glosas echa mano indiscriminada de argumentos de todo género. Aquella clarividente fijación del saber científico del Derecho que poseyó Domingo Gundisalvo falta en el glosador Irnerio, padre y lumbrera de la escuela de Bolonia.

Otro tanto acontece con el primero y mayor de sus discípulos, Búlgaro, muerto a comienzos del siglo XIII después de haber actuado como abogado y como juez en la ciudad de Bolonia en 1159. Igual que Irnerio, mora en el tornasol de la Roma remota y legendaria. Adriano es para él un «divus» en la CI de sus *Ad Digestorum titulum de diversis regulis iuris antiqui commentarius* [44]. También en Búlgaro la perspectiva es netamente romanista y su diversificación del derecho civil respecto al natural tiene lugar por modo de exclusión en la regla LXXXIII [45], así reiterando a la letra la formulada por Irnerio y transmitida por Odofredo que transcribe Savigny en su *Historia* [46]. Sin embargo, el haberse ocupado de las reglas contenidas en el

42. L. 40 de legibus I, 3. Apud F. C. von SAVIGNY: *Geschichte*, IV, 459.
43. IRNERIO: *Summa Codicis*, 15.
44. Cito por la edición de FR. GUIL. CONR. BECKHAUS, estampada en Bonnae, apud Henry et Cohen, 1956. Cita a la pág. 85.
45. BULGARO: *Ad Digestorum titulum*, 73.
46. F. C. von SAVIGNY: *Geschichte*, IV, 458. También en la CCVI del *Ad Digestorum titulum*, pág. 156.

libro L del *Digesto* brinda ocasión a que en Búlgaro sea mayor la penetración filosófica, acrecida además porque había ya redactado Graciano su *Decretum*, obra por Búlgaro nominalmente citada al hablar «hodie secundum canones» [47]. Por lo demás la indiscriminación entre ética y Derecho es patente; en los aforismos CLVII y CLXXXVI lo honesto y lo lícito se comparan para otorgar siempre preferencia al primero sobre el segundo [48].

No parece necesario alargar el presente comentario tomando en consideración uno por uno todos los glosadores que les siguen. El anónimo autor del *Fragmentum Praguense*, III, 9, no sabe separar la filosofía de la ciencia del Derecho en la definición del «ius» más que atribuyendo a la justicia un valor de perennidad; contrastando con las mutaciones propias del Derecho, derechos que de ella manan como los riachuelos de la fuente, «et ex ea quasi rivulus ex fonte manat»; mezcla no nueva de lo filosófico con lo científico. Rogerio de Benevento, que floreció en el tercer tercio del siglo XII, redujo los saberes jurídicos a la repetición de textos justinianeos sin plantearse la posibilidad de una ciencia independiente del Derecho; lo que para él cuenta es la «intentio Justiniani» desde el mismo proemio de su *Summa* [49], habida cuenta de la índole sagrada de las leyes romanas, como han recalcado R. W. Carlyle y A. J. Carlyle, recogiendo un texto rogeriano de la *Summa Codicis* I, 1, en su *A history of medieval political theory in the West, Historia del pensamiento político medieval en Occidente* [50].

El primer glosador que emplea la palabra ciencia referida a la Jurisprudencia fue Placentino († 1192) en la *Summa institutionum* I, 1, al distinguir entre justicia y jurisprudencia como instaladas en dos campos diversos: la justicia en el ético y la jurisprudencia en el jurídico: «Jurisprudencia est scire quid sit justum, quid injustum, quid illicitum in divinis humanisque, sive forensibus negotiis, differt ergo multum jurisprudentia a justitia. Siquidem jurisprudentia praecipit sive dignoscit, justitia tribuit. Item justitia est quoddam summum bonum, jurisprudentia medium, item justitia virtus est, jurisprudentia scientia». Mas la novedad radica en la palabra más que en el concepto, porque Placentino sigue moviéndose en aquel horizonte irreal de los glosadores romanistas. La conexión entre ambas está en el mismo texto explicada desde el ángulo eticista con la sabida imagen de los ríos y de las fuentes, de que «ex qua omnia iura emanant, tanquam ex fonte rivuli». En el mismo sitio cita a Justiniano como para indicar no sale de los cauces romanistas en la identificación de los saberes jurídicos con los textos justinianeos. Al fin y al cabo en el capítulo «De iurisdictione» de la *Summa Codicis* había profesado el más exagerado y más anacrónico de los romanismos al declararse casi ciudadano de Roma, de una «Roma quippe communis nostra patria est». Lo afortunado de Placentino fue el vocablo; en el desarrollo puede colegirse sigue sin distinguir entre derecho romano y ciencia del Derecho; sin lograr aquella clara visión que cincuenta años antes que él tuviera el toledano Domingo Gundisalvo.

Igual actitud de incomprensión para la tipificación de los saberes del Derecho campea en el otro gran movimiento intelectual jurídico del siglo XII, entre los canonistas adscritos a la renovación que trajo consigo en el derecho de la Iglesia la compilación *Concordantia discordantium canonum*, más

47. En F. C. von SAVIGNY: *Geschichte*, IV, 475.
48. BULGARO: *Ad Digestorum titulum*, 123 y 141.
49. En F. C. von SAVIGNY: *Geschichte*, IV, 528.
50. Edinburgh and London, William Blacwood and Sons, cinco tomos. Cita al II (1928), 77.

conocido por el *Decretum* que Graciano, monje del monasterio de Bolonia, compiló hacia 1151[51]. Fueron los canonistas gentes de dispar procedencia, desde las Españas, como Lorenzo o Vicente, hasta Hungría, como Pablo y Dámaso; desde Irlanda, como Juan de Fintona, hasta Alemania, como Juan el Teutón; desde Inglaterra, como Alano o Ricardo de Lacy, hasta Italia, como Uguccio de Pisa o Sicardo de Cremona; desde Francia, como Pedro de Blois u Odo de Dour, hasta la presente Bélgica, como Esteban de Tournai y Everardo de Yprés; todos aunados en el afán de ordenar el derecho de la Iglesia católica, todos enderezados en la corriente señalada por el decisivo *Decretum* de Graciano. Oleada duradera un siglo, hasta que Gregorio IX promulgue en 1234 sus *Decretales*. Grupo sólido llamado de los decretistas por circunscritos comentaristas del *Decretum*, en los cuales la correspondencia con las construcciones de los glosadores romanistas es permanente, según ha mostrado con pruebas sobradas Sergio Mochi Onory en su *Fonti canonistiche dell'idea moderna dello Stato, Hontanares canónicos de la idea moderna del Estado*[52].

Lo mismo que Irnerio había constituido los saberes romanistas en ciencia sin percatarse de los resultados de su obra, Graciano forja la ciencia del derecho canónico sin consciencia de que así lo hacía. Autores múltiples le han discernido sus títulos de fundador; por ejemplo Johannes Friedrich von Schulte en *Die Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Rechts, La historia de las fuentes y bibliografía del derecho canónico*[53], o Brian Tierney en *Foundations of the Conciliar theory. The contribution of the Medieval canonists from Gratian to the Great Schism, Fundamentos de la teoría conciliar. La contribución de los canonistas medievales desde Graciano al gran cisma*[54]; por citar algunos al azar. Pero la cuestión reside en averiguar si la consideración que merecieron a Graciano las leyes canónicas es diferente de lo que las romanas supusieran para Irnerio, en aquilatar si la influencia del agustinismo no entorpeció en él la clara visión de una ciencia del Derecho tal cual la mítica del derecho romano había obscurecido los planteamientos irnerianos.

Porque Graciano es remedador de San Agustín y de San Isidoro. Ludwig Buisson en *Potestas und Caritas. Die päpstliche Gewalt im Spättmittelalter, Potestad y caridad. El poder papal en la baja edad media*, ha demostrado con acopio de citas que Graciano se mueve dentro de los márgenes del pensamiento de San Agustín en asuntos tan importantes como la concepción de la Iglesia y de los sacramentos[55]; y por lo que concierne a San Isidoro, Graciano repite a la letra en el *Decretum* I, 9, la definición isidoriana del derecho de gentes de las *Etimologías*, V, 6, por citar un dato entre cien más.

Con semejantes fuentes es dudosa la explicación de que separó al Derecho de la teología aunque formalmente pueda aparecer así, como asegura M. D. Chenu en *La théologie au douzième siècle, La teología en el siglo XII*[56].

---

51. Sobre la fecha del *Decretum* puede verse lo que razona JOH. FRIEDRICH VON SCHULTE, en *Die Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Recht*. Graz, Akademische Druck- und Verlagsanstalt, tres tomos. Cita al I (1956), 47-48.

52. Milano, Vita e Pensiero, 1951, pág. 64.

53. J. F. von SCHULTE: *Die Geschichte*, I, 95.

54. Cambridge, at the University Press, 1955, págs. 14 y 270.

55. Graz, Böhlau Verlag, 1958, págs. 44 y 45.

56. Cito por la edición inglesa *Nature, man and society in the twelth century*. Chicago, The University of Chicago, 1968, pág. 227.

Los saberes canónicos aparecen, al contrario, tan ligados a los teológicos que ni siquiera es dable una filosofía del Derecho que no sea estricta teología. Derecho natural y ley divina coinciden sin separación ni distinción siquiera. En el *Decretum* I, dícese que «jus naturae est, quod in lege et evangelio continetur» sin la menor apelación ni concesión a las energías de la razón humana. Exageradísima opinión tan extremada que el propio Graciano habrá de atemperarla con el recorte doctrinal de que existen principios de derecho natural que no constan en el *Decálogo*, en *Decretum* VI, in fine; así como hay en las Escrituras preceptos ceremoniales ajenos al derecho natural. Pero la admisión de semejantes correcciones deja en pie la fusión del derecho natural con los preceptos bíblicos, que es la desaparición de la filosofía del Derecho en la teología, ayuno como estaba Graciano de las geniales jerarquizaciones que muy pronto elaborará la mente egregia de Santo Tomás de Aquino.

Por lo demás la filosofía del Derecho queda subordinada a otro factor, a la decisión de los pontífices. Empezando a andar los caminos de la exaltación del poder papal, Graciano coloca las decisiones de los papas por encima de las opiniones de los Santos Padres. De suerte que la ciencia jurídica quedó en Graciano reducida a la ordenación de textos canónicos, mientras que la filosofía del Derecho, más que apéndice de la teología, cae dentro de la teología misma.

Opinión común entre los canonistas. Su inmediato seguidor Paucapalea en la *Summa Decreti*, proemio, confirmará como «naturale ius, quod in lege et evangelio continetur». Esteban de Tournai (1135-1203) en la *Summa*, I, comentará al *Decretum* aceptando la propia equiparación, por más que contemple hasta otras cuatro acepciones posibles del derecho natural, pero asentando como «ius etiam divinum dicitur naturale, quod summa natura nostra, id est Deus, nos docuit et per legem et per prophetas et evangelium suum nobis obtulit». Rufino, cuya *Summa Decretum* fue compuesta entre 1157 y 1159, completará tal cuadro distinguiendo un derecho natural en el estado de gracia y la pérdida de este derecho natural a causa del pecado, por lo cual será preciso venga la revelación divina para restituir al derecho natural a su primer contenido, identificándole con el Decálogo y con el Evangelio. En I, dict. Grat. ad c. I, escribirá al efecto: «Hoc igitur jus naturale peccante primo homine eo usque confusum est, ut deinceps homines nichil putarent fosse illicitum; unde Apostolus: 'Peccatum non imputabatur, cum lex non esset'. Postmodum vero per decem precepta in duabus tabulis designata jus naturale reformatum est, sed non in omnem suam plenitudinem restitutum, quia ibi quidem omnino opera illicita, sed non omnimodo operantis voluntas condemnabatur. Et propterea evangelium substitutum est ubi jus naturale in omnem suam generalitatem reparatur et reparando perficitur».

No hay, pues, concepto alguno de ciencia jurídica independiente. Ni tampoco aparece aún en Uguccio de Pisa († 1210), el máximo canonista del siglo XII, cuando intente enlazar a las dos devociones sagradas de la ley evangelística y de la ley romana en la *Summa Decretum* redactada hacia 1190, al pedir que las leyes romanas sean vigentes también para la Iglesia, en la medida en que no contradigan a la revelación de Jesucristo. En la *Summa*, ad c. 12 D. 1, concluirá, dentro de la corriente dada a la exaltación del poder pontifical que «omnes enim Christiani subsunt apostolico ita ideo omnes tenentur vivere secundum leges Romanas, saltem quas approbat Ecclesia». Porque lo que quería significar era la incorporación de los argumentos del

derecho romano al servicio de la hegemonía papal, no labrar una ciencia del Derecho.

Contrastaba esta actitud con la hostilidad al derecho romano de un San Bernardo de Claraval († 1153), quien en su *De consideratione libri quinque ad Eugenium Tertium*, libro II, capítulo IV, lamentaba el auge de las leyes justinianeas que hasta en los palacios apostólicos eran alegadas, «et quidem quotidie perstregunt in palatio leges, sed Justiniani, non Domini». Mas en ningún caso el acercamiento el derecho romano postulado por Uguccio de Pisa traía consigo ninguna construcción del Derecho como ciencia. En el siglo XII hay glosas al derecho romano y ordenamientos en el canónico; esfuerzos científicos sin duda por más que la sistemática se atenga a casos concretos en lo primero y sea rudamente formal de textos legislados en el segundo. Pero nadie poseyó más allá de los Pirineos la visión del Derecho como ciencia. Siguió siendo apéndice de la teología en lo filosófico o de la casuística del comentario en lo científico. El solo escritor que definió al Derecho como saber aparte en Occidente fue el toledano Domingo Gundisalvo, a quien hay que discernir el mérito de haber forjado la independencia doctrinal de los saberes jurídicos. Unico en tal perspectiva antes de las mudanzas culturales que acarreó el recodo del 1200. En la estructura del saber del Derecho, salvo la excepción de Domingo Gundisalvo, el siglo XII repetía los esquemas de San Isidoro de Sevilla.

11. *Los saberes jurídicos en el siglo XIII: Santo Tomás de Aquino*

Los saberes jurídicos en el siglo XIII corren el albur de los dos movimientos culturales más importantes en el campo de nuestro estudio: la tarea de los glosadores y decretistas de un lado, de otra parte la maduración de la filosofía cristiana. Entre los glosadores culmina la empresa de la Glosa en la *Glossa ordinaria*, también llamada *Glossa magna* y *Glossa generalis*, de Accursio (ca. 1180-ca. 1260); los canonistas salían desde el decretismo comentador del *Decretum* de Graciano a los decretalistas, comentadores de la obra legislativa de Gregorio IX; en el campo de los grandes sistemas filosóficos ve el siglo XIII aflorar los mayores entre los engendrados por el cristianismo, que en este volumen II serán recogidos completando lo que sobre sus posturas respecto a la teoría general de los saberes díjose en el tomo I de los dominicos San Alberto Magno y Santo Tomás de Aquino, de los franciscanos Alejandro de Hales, San Buenaventura, Rogerio Bacon, Juan Duns Scoto y Guillermo de Occam, de nuestro genial Raimundo Lulio.

Comenzando por los glosadores es deber de justicia señalar el grandísimo adelanto que en el planteamiento de los problemas trajo consigo la mano de Roffredo o Roffrido de Benevento pues de ambas maneras se le llama en la inscripción que todavía campea en la puerta pequeña de la iglesia de San Vicente o de Santo Domingo en Benevento su patria, por él fundada en 1233 para convento de dominicos, inscripción conservada aún pese a la reedificación por Donato Piperno en el siglo XVI, a los arreglos barrocos y a los destrozos causados por los bombardeos de las civilizadas huestes de los aliados demócratas en el verano de 1943 [1]. La autoridad indiscutible de Friedrich Carl von Savigny ha subrayado la importancia de sus trabajos y especialmente de las *Lecciones sobre el Codex*, conservadas en el manuscrito 4.546 de la Biblioteca nacional de París, por cuanto es el primer trabajo sistemático que se aparta del método menudo de la glosa concreta para preparar estudios ordenadores de conjuntos de problemas [2]; o sea para pasar de la exégesis de la palabra a los intentos de comprensión general de las cuestiones. Logro merced al cual consiguió superar a sus propios maestros, abriendo novedoso procedimiento de trabajo, como subrayó Lorenzo Giustiniani en las *Memorie storiche degli scrittori legali del Regno di Napoli, Memorias históricas de los juristas del Reino de Nápoles* [3].

Por lo demás los glosadores del siglo XIII repiten a la letra las ideas cardinales de los de la centuria precedente acerca del valor del derecho ro-

1. A este respecto MARIO ROTILI: *Benevento e la provincia sannitica*. Roma, ABETE, 1958, páginas 356-357.
2. F. C. von SAVIGNY: *Geschichte*, V (1956), 197 y 229.
3. Napoli, Stamperia Simoniana, tres tomos. Cita al I (1788), 112.

mano, de la reducción del presente al pasado áureo de la Roma imperial o del concepto de la ciencia en relación a la ética, cuando no reiteran afirmaciones de los canonistas. Pudiera servir de ejemplo para indicar tal amalgama de doctrinas la obra de Azo, hijo de Soldano, fenecido hacia 1230: las celebradas *Lecturas sobre el Codex*, o las *Summae* del *Código* y de las *Instituciones*. Azo es un repetidor empedernido, ayuno de asomos de mayores novedades, signo de como en la tercera generación de los glosadores la temática dio en machacona copia empecinada. Igual que Placentino, con sus mismas palabras, expresará idéntico concepto de la ciencia jurídica, formulado también en relación con la noción de la justicia. En la *Summa Institutionum* I, 1, léase en efecto lo siguiente: «Differt ergo multum jurisprudentia a justitia. Siquidem justitia dinoscit, justitia autem tribuit cuique ius suum. Item justitia virtus est, jurisprudentia scientia». Ocurriendo exactamente lo paralelo con los canonistas cuando trate de definir al derecho natural. Las cinco especies de derecho natural tipificadas por Esteban de Tournai repítense en la *Summa Institutionum* I, 2, de Azo, equiparando al derecho natural con las leyes mosaica y evangélica, con la ley revelada, en palabras literalmente transcritas: «Item dicitur jus naturale, quod in lege Mosaica vel in Evangelio continetur». En la segunda mitad del siglo XIII la Glosa había dado de sí sus frutos, agotando la plenitud de sus posibilidades.

Constituye la obra de Accursio la sistematización cabal de los textos de los glosadores precedentes, pero sin ninguna novedad en los contenidos ni nada da aportaciones originales propias, resultando inútiles los esfuerzos de Francesco Calasso en *Medievo nel diritto* para librarle de esta crítica [4], patente a la más superficial lectura de sus obras, las *Glosas al Codex* [5], a las *Institutiones* [6], al *Digestum vetus* [7], al *Digestum infortiatum* [8] y al *Digestum novum* [9]. Puede ser tenga razón Savigny cuando compara el conjunto de la *Glossa ordinaria* cerrando y recogiendo los comentarios anteriores con la faena recolectora y seleccionadora llevada a término por Justiniano [10]; pero tamaño esfuerzo, por descomunal que sea, es de erudición y no de creación. Accursio da en epígono omnicomprensivo, mas no en abridor de nuevos senderos intelectuales. La glosa no se transmuta en ciencia sistemática en sus manos; sigue siendo la glosa concreta y menuda, apenas si ahora eruditamente trabada y ordenada.

Hasta reitera el amor por el oropel remoto. Accursio continúa viviendo ajeno a la realidad, ni más ni menos que los glosadores procedentes. Quien lea el estudio de Mario Cavalieri *Di alcuni fondamentali concetti politici continuti nella glossa d'Accursio, De algunos fundamentales conceptos políticos en la Glosa de Accursio* [11], comprenderá lo lejos que estuvo en sus ideas de las fuerzas sociales en juego, como lo que intenta es explicar el contorno que le rodeó echando mano de apreciaciones sacadas del derecho justinianeo. Igual que para los jurisconsultos paganos, el emperador es «Deus in terra» en *Ad l. 5 Codex de diversis rescriptionibus I, 26;* es sacrilegio discutir su autoridad, «instar sacrilegii est reputare aliquem indignus quem imperator

4. F. CALASSO: *Medio evo del diritto*, 543.
5. Venezia, Arrivabene, 1491.
6. Venezia, Tortis, 1495.
7. Venezia, Suigus, 1498.
8. Venezia, Arrivabene, 1490.
9. Venezia, Tortis, 1499.
10. F. C. von SAVIGNY: *Geschichte*, V, 295.
11. En el *Archivio giuridico*, LXXXIV (1910), 141-168.

approbavit», en el mismo pasaje. Al emperador se le adora, puesto que es dios, «adoratur princeps salutantur alii» en *Ad lib. I Codex de silent. et decur XII, 16.* El derecho romano es la totalidad del saber posible, «omnia in corpore iuris inveniuntur» en *Ad liber X De iustitia et iure, I. de iustitia I, 1, 10.*

La secuela fue canonizar la arbitrariedad del príncipe, privando a la ciencia jurídica de criterios racionales de lo justo; esto es, aniquilándola. Ese dios imperial hace las leyes a su capricho y el Derecho, en lugar de razonamiento, es acto de su voluntad omnipotente. En *Ad liber I D. de constitutione principis I, 6,* Accursio elimina cualquier saber científico del Derecho al sentar que «principi placuit ut esset ius generale et commune, nam si placeret ei concedere non est ius». Con lo cual es verdad que independiza a la ciencia del Derecho de la teología, cuando en *Ad liber X D. de iustitia et iure, I, de iustitia I,* responda «non» a la pregunta de «sed numquid secundum hoc oportet quod quicumque vult jurisprudens vel jurisconsultus esse debet theologiam legere?»; porque no es que la independice de la teología solamente; es que el saber jurídico queda desligado de la ética, de la filosofía y del sentido común. Con Accursio no existe más saber del Derecho que la referencia a los dictados arbitrarios de un hombre transformado en Dios, del emperador romano renacido en Germania. Y ello es saber inútil, absolutamente la negación del saber científico del Derecho; porque un saber jurídico que prescinde del sentido común, de la fundamentación filosófica de lo justo y de la jerarquización de los saberes será necedad insigne, díganlo los Accursios que lo digan, por mucho que con eso trate de glorificar a cualquier tiranuelo divinizado. Donde no haya jerarquía de saberes jurídicos no puede haber ciencia ni filosofía del Derecho. Si la herencia de los glosadores fuera la que legó Accursio, muy poco ha de suponer su legado ni para la filosofía ni para la ciencia del Derecho.

Por fortuna los resultados son diversos. En primer término las luces de los glosadores precedentes brillan con mayor lumbre de claridad que los desmanes jurídicos del recopilador Accursio; en segundo lugar, sus sucesores crearon ramas independientes del Derecho. La ciencia notarial fue fundada por Rolandino dei Passaggieri, muerto hacia 1300 probablemente centenario y notario ya en Bolonia en 1234, en los diez capítulos de su *Summa artis notariae* [12]. La ciencia penal arranca del *De maleficiis* de Alberto de Gandino († ca. 1310) [13]. Amén de que con los postglosadores el panorama cambia por completo, superando la estrechez de la glosa verbal para edificar comentarios más densos en forma de *Summae* ya indiscutiblemente científicas, según veremos en la glosa 14.ª.

Fuera del terreno de glosadores y canonistas los cuadros generales de los saberes seguían en el primer cuarto del siglo XIII los planteamientos negadores de la autonomía del Derecho como saber particular. El manuscrito Clm-2.599 de la Biblioteca real y estatal de Munich no menciona los conocimientos de la filosofía práctica siquiera [14]. El Clm-331 de la misma Biblioteca sí parcela la filosofía práctica en las tres ramas de la ética, de la económica y de la política, mas asimismo ignora al Derecho, pues las agrega apenas la historia, bajo el nombre un tanto anómalo de «práctica inspectiva» [15]. Es lo que vino a hacer Rodulfo de Campolongo († 1216) en el árbol

12. Taurini, por Jo. Fabri Lingonensem, 1478.
13. Venetiis, per Bernard. de Tridino de Monferrato, 1491.
14. M. GRABMANN: *Geschichte der scholastischen Methode,* II, 40-42.
15. M. GRABMANN: *Geschichte der scholastischen Methode,* II, 42.

de las ciencias del manuscrito Clm-1.612 de la Biblioteca muniquesa, folio 191 vto [16]. Pedro Lombardo († 1160), autor de los famosísimos cuatro libros de las *Sentencias*, que es tal vez la obra de mayor influencia a lo largo del medievo, no se interesa ni siquiera por las cuestiones del derecho natural, como observa Odon Lottin en *Le droit naturel chez S. Thomas d'Aquin et ses prédécésseurs. El derecho natural en Santo Tomás de Aquino y sus predecesores* [17]. Siger de Brabante comentó la *Política* de Aristóteles, anota Georges de Lagarde en *La naissance de l'esprit laïque* [18], pero también con desconocimiento de los saberes jurídicos.

La recepción de Aristóteles en la obra del dominico Alberto el Teutónico o San Alberto Magno († 1280) repercute en los saberes jurídicos, porque los sitúa como parte de la ética, que en su *Philosophia pauperum*, proemio, es la tercera parte de la filosofía, siguiendo a la racional y a la real. No siendo jurista San Alberto Magno no pudo considerar al Derecho más que en modo filosófico, como aplicación de la moral a la convivencia humana. Pero desde esas bases construyó una clara filosofía del Derecho, abriendo las puertas a lo que después formulará su discípulo y hermano de hábito Santo Tomás de Aquino.

Sobre los rieles de Aristóteles consideró San Alberto a la política por saber autónomo, cual ha mostrado el dominico Ant. M. Rohner en *Kommentar des hl. Albertus Magnus zur Einführung in die Politik des Aristoteles, Comentario de San Alberto Magno a la Introducción a la Política de Aristóteles* [19]. Por lo demás parece desconoció la entera obra moral del Estagirita; de creer a Michael Müller en *Der hl. Albertus Magnus und die Lehre von Epikie, San Alberto Magno y la teoría de la equidad* [20], ignoró el libro V de la *Etica a Nicómaco*. Hállanse sobre todo sus ideas jurídicas en cierto escrito de juventud, la *Summa de bono*, que forma parte de los *Comentarios* a la Etica aristotélica; descubierto por Martin Grabmann en la Biblioteca regional de Stuttgart y del que da cuenta en *Die Stuttgarter Handschrift des ungedruckten Ethikkommentars Alberts des Grossen, El manuscrito de Stuttgart de los Comentarios éticos inéditos de San Alberto Magno* [21].

Los saberes jurídicos son para San Alberto saberes racionales, en pura línea de ortodoxia aristotélica, muy lejos de las perspectivas estoicas. Al ser aplicaciones de la virtud, dependen de la «rectitudo rationis», que aplica la idea absoluta del bien a lo platónico sobre los hechos de la convivencia «per discretionem intellectus». Dios, que es sumo bien, colocó en la naturaleza humana determinados principios fundamentales, los que constituyen la ley natural. De suerte que el derecho natural viene a ser confundido con le ley natural, como señala Ernst von Hippel en *Die Rechtslehre Albert des Grossens, La teoría jurídica de San Alberto Magno* [22]. No es que el derecho natural sea razonado por el hombre, sino que en tanto que es ley natural forma parte de la naturaleza humana. La ciencia del Derecho se subsume así en la filosofía del Derecho y la filosofía del Derecho es la clave de la totalidad de los saberes jurídicos.

16. M. GRABMANN: *Geschichte der scholastischen Methode*, II, 52.
17. Bruges, Beyaert, 1931, págs. 27-28.
18. G. DE LAGARDE: *La renaissance de l'esprit laïque*, III, 40.
19. En *Divus Thomas*, X (1932), 95-108. Sobre todo a la pág. 99.
20. En *Divus Thomas*, XII (1934), 166.
21. En *Mittelalterliches Geistesleben*. München, Max Hueber Verlag, dos tomos. Cita al II (1936), 313-323. Sobre todo a la pág. 317.
22. En *Die neue Ordnung*, VI (1953), 337.

El enlace se halla en la razón, parte esencial del hombre donde la ley natural radica. Por lo cual no cabe un derecho natural a lo estoico, común a hombres y a animales. Al contrario, el derecho o ley natural es calidad exclusiva del ser humano: «Ius naturale non est nisi hominis», asevera en V, 1, 4, 2. La función de la razón necesariamente, por exigencias de la naturaleza propia del ser humano, aplica aquellos principios a la vida de convivencia: «ius naturale principium morum et vitae» consta en la *Summa de bono* V, 1, 4, 5. El derecho positivo, por él denominado «ius scriptum», depende del derecho natural, que es su supuesto, dícese en V, 1, 3 ad 11: «supposition sub iure naturale specificatum». De suerte que si no dependiera de él, no sería Derecho, a tenor de la objección 10 del artículo 1 de la cuestión del tratado V: «omne ius est a nature profectum, aliter enim est iniuria et non ius».

Armónica y consecuentemente resulta así la ciencia derivada de la filosofía. Es la filosofía del Derecho lo que para San Alberto determina a la ciencia del Derecho. Los saberes científicos fluyen de los saberes filosóficos, tal como el derecho positivo se halla subordinado a la ley natural.

El puente entre ambos es la equidad, entendida a lo aristotélico y no a lo romano como correctivo para la aplicación del Derecho. En el tratado V cuestión 1 artículo 1 ad 19 San Alberto separa al derecho natural del positivo porque el primero es permanente al dimanar de un universal «instinctu naturae», mientras que el segundo varía según los tiempos y lugares a tenor de la «constitutio» de la comunidad humana concreta. Siendo la equidad lo que traslada la justicia absoluta al derecho vivido: «si autem consideretur iustitia secundum determinatam speciem, que est legalis iustitia, tunc epyeykes non est iustum, sed melius tali iusto, in quantum dirigit ipsum supplens ipsius defectum et ideo dicit, quod epyeykes est melius quodam iusto, scilicet legali». Es que la justicia jurídica concreta constituye, a través de la equidad, la esencia del Derecho. «Debitum iustitiae specialis est debitum iuris», consignó en V, 3, 2 ad 7.

De esta guisa los saberes jurídicos son substancialmente saberes filosóficos; la ética crea al Derecho, que no es más que la moral trasladada a la convivencia merced a la justicia especial que es la equidad. La jerarquía de los saberes jurídicos, demolida por la arbitrariedad legalista de los últimos glosadores, recobra el medido equilibrio escalonador de los saberes del Derecho, esbozando la hazaña intelectual de Santo Tomás de Aquino.

San Alberto había aludido al derecho romano en la *Summa de bono* al tomar por fuentes del derecho escrito o positivo las decisiones populares, los senadoconsultos y las constituciones imperiales. Santo Tomás va a partir asimismo del derecho romano para su teoría de los saberes jurídicos, aunque, sin embargo, será un apéndice de su filosofía, una filosofía del Derecho orientadora de una ciencia del Derecho.

Puesto que Santo Tomás fue fundamentalmente filósofo será más filósofo que científico del Derecho. Lo que no excluye enunciara doctrinas jurídicas «en el círculo de sus obras» por copiar los decires barrocos del teólogo aragonés del siglo XVII Félix de Aguirre y Baca en el retumbante *Mesa soberana del sol, y de las aves, trípode firme y constante de la verdad, oráculo de la enseñança evangélica, combite sagrado que en la mesa del sacramento, en letras y enigmas descifrados, ofrece a los sabios la primera, firme y universal doctrina del Maestro de las Escuelas el ángel doctor Santo*

Tomás de Aquino [23]. Su ética es cristiana, no deriva de la de los juristas romanos, asentó el profundo conocedor que fue Martin Grabmann en *Die Philosophie des hl. Thomas von Aquin, La filosofía de Santo Tomás de Aquino* [24]. El sentido del orden concreto moral que es el Derecho, loado por Rudolf Jhering en *El fin en el derecho* por mérito insigne del Aquinate [25], es concepto filosófico-jurídico. Tocó, sin duda, temas candentes en su hora pertrechado de perspectivas jurídicas, cual subraya el padre Raimundo Spiazzi en *San Tommaso dopo il Concilio, Santo Tomás después del Concilio* [26]. Desarrolló la ciencia del Derecho desde sus principios cardinales, aunque sin descender a los detalles, apuntó ya Francisco Fernández de Henestrosa y Boza en sus *Doctrinas jurídicas de Santo Tomás de Aquino* [27]. Hasta en algunos puntos concretos superó a los magnos juristas romanos, en la opinión de Juan Carreras y Arañó en su *Filosofía de la ley según Santo Tomás de Aquino* [28], manifestada también por Alexandre Correia en la *Concepção tomista do direito natural, La concepción tomista del derecho natural* [29]. Pero todos tales méritos, ni muchos más, son bastantes para transformar a Santo Tomás en jurista ni en científico del Derecho. Sus planteamientos fueron muy otros; bajó desde la teología al Derecho y desde el orden cósmico universal al orden de las sociedades humanas. Que asumiera en el conglomerado ingente de su imponente arquitectura doctrinal ingredientes jurídicos solamente quiere decir que aprovechó argumentos de procedencia jurídica, pero siempre sin perder su actitud superior de filósofo.

Entre los factores acogidos en la filosofía del Derecho tomista figura preeminentemente el derecho romano, como han puntualizado M. Schneid en *Aristoteles in der Scholastik, Aristóteles en la Escolástica* [30], Maurenbrecher en *Thomas von Aquinos Stellung zum Wirtschaftsleben seiner Zeit, La actitud de Santo Tomás de Aquino respecto a la vida económica de su tiempo* [31], B. E. Kuhlmann en *Der Gesetzbegriff beim hl. Thomas von Aquin im Lichte des Rechtsstudiums seiner Zeit, El concepto de la ley de Santo Tomás de Aquino a la luz de los estudios jurídicos de su época* [32], R. Linhardt en *Die Sozial-Principien des hl. Thomas van Aquin, Los principios sociales de Santo Tomás de Aquino* [33], Otto Schilling en *Die Staats- und Soziallehre des hl. Thomas von Aquin, La doctrina social y política de Santo Tomás de Aquino* [34], J. Fuchs en *Die Sexualethik des hl. Thomas von Aquin, La ética sexual de Santo Tomás de Aquino* [35] y Jean-Marie Aubert en *Le droit romain dans l'oeuvre de Saint Thomas, El derecho romano en la obra de Santo Tomás* [36]. Es del derecho romano de donde proviene su sentido realista, aquello que F. Senn en *De la justice et du droit* llamó «les données de la

23. Zaragoza, Manuel Román, 1690, pág. 21.
24. Nürnberg, Glotz und Lutz, 1952, pág. 44.
25. RUDOLF JHERING: *Der Zweck im Recht*. Tercera edición. Leipzig, Breitkopf und Härtel, cuatro tomos. Cita al II (1898), 161.
26. Roma, Città Nuova editrice, 1966, pág. 257.
27. Madrid, Tipografía de los Huérfanos, 1888, pág. 149.
28. Madrid, Reus, 1919, pág. 149.
29. São Paulo, Universidade Católica, 1972, pág. 69.
30. Eichstätt, Hugendubel, 1875, págs. 146-148.
31. Leipzig, Weber, 1898, págs. 7 y 9.
32. Bonn, Hanstein, 1912, págs. 98-107.
33. Freiburg im Breisgau, Herder, 1932, págs. 23 y 189.
34. Octava edición. Munich, Max Huber, 1930, pág. 274.
35. Köln, Bachem, 1949, págs. 112 y 174.
36. Paris, J. Vrin, 1955.

vie et de la société des hommes entre eux», tan rigurosamente característico de las especulaciones del Aquinate [37].

Lo que sucede es que Santo Tomás utiliza al derecho romano fuera de su contexto histórico, como valor referido a la justicia, por un valor absoluto desligado de las coyunturas históricas en que se produjo. Santo Tomás careció de formación de jurista, cual indica Giuseppe Graneris en su *Contribución tomista a la filosofía del derecho* [38]; fue moralista y sobre todo teólogo, que por fuerza había de acercarse a las cuestiones del Derecho desde una altísima perspectiva reñida con el casuismo de los romanos y con la glosa pormenorizada de los vocablos al gusto de los glosadores.

Tanto le repugnó el casuismo del detalle que es notoria su hostilidad para con los juristas. «Il méprisait de tout son coeur les juristes» ha consignado Georges Renard en *La philosophie de l'Institution, La filosofía de la institución* [39]. En *Le droit romain dans l'oeuvre de Saint Thomas* Jean-Marie Aubert ha cosechado los textos en que Santo Tomás trata a los juristas de proceder «ignoranter» [40]. Mas hay que notar que para Santo Tomás son juristas los cultivadores del derecho positivo, según paladinamente delata en el *Comentario a las Sentencias de Pedro Lombardo* IV, 49, 4, 1; esto es, en su tiempo, los glosadores en boga, cuyos esquemas mentales dan cabalmente en las antítesis del estilo intelectual del Aquinate. En el fondo semejantes críticas, amén del contraste de actitudes culturales, era una faceta más de la superioridad de la filosofía sobre las ciencias, aquí de la filosofía del Derecho sobre la ciencia del Derecho.

Porque Santo Tomás utilizó ampliamente al derecho romano. En *La ley natural como participación en Santo Tomás de Aquino* con espléndida erudición Juan José Gil Cremades ha catalogado las referencias a los códigos justinianeos, concretanto son diez al *Digesto* y una al *Codex* [41]; y todo el libro de Jean-Marie Aubert antes citado es el constante testimonio de como Santo Tomás tuvo presente al derecho romano en todas las cuestiones: cuenta del día, edad para la curatela, error, mendicidad, modos de legitimación, arrogación, adopción, dinero cobrado por las meretrices, fines de la ley y dos docenas de cuestiones más. Siendo lícita la conclusión sentada por Louis Lachance en *L'humanisme politique de Saint Thomas d'Aquin, El humanismo político de Santo Tomás de Aquino,* de que tomó del derecho romano mucho más de lo que parece a primera vista, aunque también es cierto adoptase el «parti pris» de ignorarlo voluntariamente [42].

Más que hostilidad contra el derecho romano, que no cabe confundir con la visceral animadversión hacia los juristas de la Glosa, hubo en Santo Tomás recelo para la ciencia jurídica romanista, aunque se vea forzado a utilizarla. Es que el Derecho constituía excepción entre los procedimientos habituales de Santo Tomás. Su entera filosofía fue el afán por armonizar la versión agustiniana del cristianismo con las enseñanzas de Aristóteles, dado que el agustinianismo era en el 1200 la única interpretación válida por todos admitida de los dogmas cristianos y de las aplicaciones de la concepción católica del mundo. Lo cual no podía tener lugar en el Derecho, dado que

37. Paris, Sirey, 1927, págs. 82-83.
38. Versión castellana. Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1973, pág. 11.
39. Paris, 1939, pág. 228.
40. J. M. AUBERT: *Le droit romain dans l'oeuvre de Saint Thomas*, 131-132.
41. En el *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX (1962), 113.
42. Paris-Montréal, Editions Sirey-Editions du Lévrier, 1965, págs. 27 y 29.

San Agustín no formuló ninguna teoría científica de lo jurídico, limitándose a cultivar los saberes jurídicos filosóficos. Los elementos en presencia en los temas del Derecho serán, cara al inevitable Aristóteles, los jurisconsultos clásicos de Roma. En *Die Ethik des hl. Thomas von Aquin, La ética de Santo Tomás de Aquino*, Michael Wittmann ha razonado la inadaptabilidad de las concepciones agustinianas en temas del Derecho y como era imposible armonizar en ellos a San Agustín con Aristóteles [43]. Por lo cual en materias jurídicas Santo Tomás se emancipa de la tradición agustiniana y admite al derecho romano dentro de la filosofía con el rigor de que era capaz siempre.

No opino yo, sin embargo, sea cierta la aseveración de Michel Villey en *Bible et philosophie gréco-romaine de saint Tomas au droit moderne, Biblia y filosofía grecorromana desde Santo Tomás hasta el derecho moderno*, de que liberó a la filosofía jurídica de las servidumbres de la filosofía moral [44]. El mismo maestro galo reconoce que la filosofía jurídica tomista forma parte de la filosofía moral en *Le fondement objectif du droit après la «Somme théologique» de saint Thomas d'Aquin, El fundamento objetivo del derecho según la «Suma teológica» de Santo Tomás de Aquino* [45]. Es que lo admirable de Santo Tomás estuvo precisamente en la manera en que distingue al orden jurídico del orden moral sin por ello separarlos; en que en la inserción de lo justo en las conexiones sociales de los hombres el orden sigue siendo moral, pero de cierto tipo especial de moralidad que es exactamente el Derecho.

Fue el dato de que el derecho romano repugnase la especulación filosófica, como ha probado Otto Brusiin en *Aspects philosophiques du droit romain, Aspectos filosóficos del derecho romano* [46], lo que impelió a aquel radical filósofo que Santo Tomás era a procurar ayuntar a los juristas romanos con Aristóteles en una filosofía del Derecho en la que repitiera el acoplamiento de Aristóteles con San Agustín que fue la meta capital para sus afanes intelectuales. Cuando en *S. Tomás de Aquino e a crise da filosofía jurídica* ese gran maestro que es José Pedro Galvão de Sousa retrata con precisión de espejo la manera en que santo Tomás elabora su doctrina jurídica conjugando, sin caer en los escollos de ninguno de los dos, el apriorismo idealista con el empirismo positivista [47], establece con justeza el proceso mental por el cual Santo Tomás de Aquino, tras reconocer la existencia de una ciencia jurídica de orígenes romanos, trata de sujetarla al imperativo teológico que había movido sus esfuerzos en la subordinación de todos los saberes al dogma en otros campos de la cultura de su siglo. La jerarquización de las leyes será la fórmula de que Santo Tomás se valdrá para, de un lado reconocer la autonomía de la ciencia jurídica, y de otro lado integrarla en el cuadro general de los saberes que la teología preside y en los que el dogma cristiano impera incontrastable.

Mas sin desprenderse de la presión de su formación filosófica al ritmo de Aristóteles. Su voluntario olvido del derecho romano que no obstante conocía, nace del empeño de que las ideas filosófico-jurídicas sean asumidas, lo mismo que las demás y en la medida de lo posible, pasadas por el ce-

43. München, Max Hueber Verlag, 1933, págs. 366-367.
44. En los *Archives de philosophie du droit*, XVIII (1973), 36.
45. En los *Archives de philosophie du droit*, XVIII (1973), 75.
46. En las *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*. Bruxelles-Paris, Emile Bruylant-Sirey, dos tomos. Cita al I (1963), 30.
47. En *Vozes de Petrópolis*, março-avril 1946, págs. 179-190. Cita a la pág. 186.

dazo de lo que Aristóteles dijo. Desmán aparente sin duda; pero rendido posible habida cuenta de la identidad entre la filosofía jurídica de Aristóteles y el saber jurídico de diversos juristas romanos.

Eslabón importante en semejante trasmisión es el legado isidoriano. En *La ley natural como participación en Santo Tomás de Aquino* lo ha analizado exhaustivamente Juan José Gil Cremades, mostrando con claridad meridiana fue San Isidoro el camino por donde Santo Tomás, que le cita no menos de veinticinco veces en temas jurídicos, llegó al conocimiento de los juristas romanos [48]. Otro hontanar no menos fundamental, aquí también para el derecho canónico, fue otro compatriota hispano nuestro, San Raimundo de Penyafort. Solamente en el libro IV de los *Comentarios a las Sentencias* apuntó Jean-Marie Aubert medio centenar de citas [49]; siendo tamaña la afinidad entre ambos Santos dominicos que Josep Torras i Bages en *La tradició catalana* pudo escribir «sant Ramón és en l'ordre juridich lo que sant Tomás en l'ordre filosófich y teológich» [50].

Sin contacto directo con las fuentes jurídicas justinianeas, ni siquiera con el *Decretum* o con las *Decretales*, Santo Tomás acude a los comentaristas y, en lo que al derecho romano respecta, sustancialmente a San Isidoro de Sevilla. Desde esas fuentes contempla la existencia de las ciencias humanas. De la política en el párrafo 5 del proemio a la *In libros Politicorum Aristotelis expositio*, calibrándola como ciencia, según razonó cumplidamente Hugues Keraly en su *Préface à la Politique, Introducción a la Política* [51]. Del Derecho, merced a la toma en consideración de la variedad de las concretas aplicaciones históricas de la justicia.

Porque Santo Tomás no asciende desde la ciencia del Derecho a la filosofía del Derecho, sino al revés: baja desde la justicia absoluta, filosóficamente contemplada, al saber científico de las proyecciones variadísimas de aquella absoluta justicia. El tránsito desde la filosofía del Derecho a la ciencia del Derecho tiene lugar para Santo Tomás en el salto desde la permanencia de la ley natural a la diversidad del derecho positivo.

Sobre la pauta de su maestro San Alberto Magno, Santo Tomás identifica a la ley natural con el derecho natural como saber filosófico del Derecho; sin proponerse elaborar sistema filosófico-jurídico separado, antes considerando al estudio del derecho natural como una parte de la moral, como la ética aplicada a las relaciones de los hombres entre sí.

La filosofía del Derecho contempla la justicia absoluta y a la proyección de la justicia absoluta, que es Dios, en la razón de las criaturas humanas, en la ley natural que para Santo Tomás es el derecho natural. De donde no coincida el ámbito de la ética con el de la filosofía del Derecho, como bien vio Francesco Olgiati en *Il concetto di giuridicità in san Tommaso d'Aquino, El concepto de juricidad en Santo Tomás de Aquino* [52]. La ética vige por sí sola, tal cual vige el derecho natural por los principios del orden captados en la ley natural por la naturaleza humana; el derecho positivo se impone, en cambio, por imperativos del legislador, que ha de actuar racional, y por ende moralmente, ateniéndose al derecho natural, bien que aplicándolo al giro de las circunstancias.

48. En el *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX (1962), 114-116.
49. JEAN-MARIE AUBERT: *Le droit romain dans l'oeuvre de Saint Thomas*, 130.
50. Vich, Viuda de Ramón Anglada, 1906, pág. 212.
51. Paris, Nouvelles éditions latines, 1974, págs. 135 y 141-143.
52. Milano, Vita e Pensiero, 1944, págs. 172-173.

Entre la ley natural y la ley positiva media la universalidad general de los principios y su aplicación histórica. Al lado del derecho natural ha de existir el derecho positivo por los tres argumentos traídos por Reginaldo M. Pizzorni en *Limiti e compiti del diritto positivo secondo san Tommaso, Límites y funciones del derecho positivo según Santo Tomás*: para que la ley natural no sea olvidada, recordándose siempre mejor cuando está escrita; porque la ley natural no define en cada caso aquello que sea preciso para la consecución del bien común, que es la meta para la convivencia en las agrupaciones humanas terrenales; y porque la sanción de la ley natural tiene lugar fuera de este mundo, sanción que no parece suficiente dada la corrupción de la naturaleza de los hombres [53]. En otras palabras, el derecho positivo, o sea la ciencia del Derecho, surge por la necesidad de la procura del bien común de la sociedad, cual anota Peter Leisching en *Der Begriff des bonum commune bei Thomas von Aquin, El concepto del bien común en Santo Tomás de Aquino* [54].

La ciencia del Derecho queda así justificada por las exigencias de concretar el bien común en cada caso. La filosofía del Derecho, que es el saber del derecho natural, define los principios universales de lo justo, que son únicamente las semillas de las virtudes; entre ellas la virtud de la justicia, cual consta expresamente en la *Summa theologica*, prima secundae, LXIII, 1, respondeo: «quae sunt quaedam seminaria intellectualium virtutum et moralium». La ciencia del Derecho fija en cada caso la manera de realizar aquellos principios. De ahí exista una ciencia del Derecho al lado de una filosofía del Derecho. Es porque la ley natural da en sus derivaciones por lo que se da una ciencia jurídica como complemento de una filosofía jurídica.

Como complemento y no como fundamento. En la jerarquía tomista de los saberes jurídicos el saber filosófico es superior, antecede y sirve de cimiento al saber científico. Es que Santo Tomás fue racional, mas no racionalista, justificó al derecho positivo sin caer en el positivismo. Desde que el derecho positivo no es mera transcripción del derecho natural, pese a que la ley positiva deriva de la ley natural, es precisa la ciencia del Derecho.

Del mismo modo, en tanto que el derecho natural es tan inmutable cuanto lo son los principios universalmente entendidos por la razón del hombre desde que son hombres, el derecho de las leyes positivas resulta variable según los tiempos y lugares. En contraste con la permanencia de la ley natural, es la ley positiva quehacer continuo, no algo que automáticamente aparezca con fuerzas de evidencia delante de los ojos de la razón, antes trabajo de remodelación incontenible; en palabras de Franz Martín Schmölz en *Der geselischaftliche Mensch und die menschliche Gesellschaft bei Thomas von Aquin, El hombre social y la sociedad humana en Santo Tomás de Aquino*, «es nicht etwas automatisch Herausfallendes oder in die Augen Springendes, sondern etwas zu Erarbeitendes ist» [55].

Los saberes filosóficos y científicos del Derecho quedan así netamente perfilados y sólidamente engarzados en el pensamiento de Santo Tomás de Aquino. El punto de partida es el saber filosófico, siendo su expresión el derecho natural inscrito en la ley natural por la cual el hombre participa en el conocimiento del universo regulado por la ley eterna; saber filosófico de los principios, saber permanente como es invariable la esencia

53. En la *Rivista internazionale di filosofía del diritto*, XXXVII (1960), 238.
54. En la *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, XI (1961), 24.
55. En la *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, XIII (1963), 52.

radical de la naturaleza humana, saber más alto porque deriva del hontanar supremo de la totalidad de los saberes, el saber inscrito por Dios en la condición racional de la criatura racional. De él deriva la ciencia del Derecho, saber de consecución del bien común habida cuenta de la multiplicidad de las circunstancias que concurren en cada comunidad histórica determinada; saber variable, porque es variable el bien común a tenor de las mudables coyunturas de los factores que intervienen en la constitución de las comunidades respectivas; saber de aplicación, porque el hombre no puede eludir jamás la vigencia de los principios imperados por la ley natural que son los inspiradores de la meta ineludible del bien común y de los bienes individuales superiores por transcendentes o subordinados por terrenales al bien común de la sociedad particular de que se trate en cada caso; y saber inferior, porque deriva de los postulados de la ley natural, sin que quepa jamás la inspiren, la rechacen o la tergiversen.

La ciencia del Derecho, dotada de autonomía histórica cambiante, emparéjase con la filosofía del Derecho como saber subordinado aunque distinto. El orden de la historia sujétase al orden de la metafísica, el quehacer jurídico humano a la ley impuesta por Dios, la criatura al Criador, la ley humana a la ley natural, el derecho positivo al derecho natural, la ciencia del Derecho a la filosofía del Derecho. En pleno siglo XIII Santo Tomás elaboró la más perfecta de las caracterizaciones de los saberes jurídicos que la humanidad ni antes ni después haya conocido. Con su maravilloso equilibrio intelectual estableció la más granada doctrina de los saberes jurídicos. Y cuanto en este Tratado se diga no será otra cosa que la glosa doctrinal de éste que fue y es el dechado de la teoría acertada de los saberes del Derecho.

12. *Los saberes jurídicos en la línea franciscana desde Alejandro de Hales hasta Guillermo de Occam.*

Paralela a la corriente dominica, la orden franciscana formuló la doctrina de los saberes jurídicos con arreglo a las características que le son propias, ya referidas en el volumen I del presente *Tratado*. En realidad las divergencias entre dominicos y franciscanos surgen hacia mediados del siglo, en ocasión de la obra de Santo Tomás de Aquino. Pero el espíritu de ambas órdenes era distinto, más intelectual entre los dominicos, más sencillamente ingenuo y popular entre los franciscanos. Es apenas desde 1221 cuando la tendencia de los «frates scienciati» predomina sobre la de los «frates spirituali» y se inicia florecer de estudios entre los hijos del Santo seráfico. Pero es en 1231 cuando un famoso maestro que enseñaba en las aulas parisinas, el inglés Alejandro de Hales, ingresa en la orden conservando su cátedra universitaria y encabezando una cadena de estudios prolongada hasta nuestros días.

Alejandro de Hales († 1245) es importante en la historia de los saberes jurídicos porque plantea la distinción, luego proseguida entre sus hermanos de hábito, separando un derecho natural propio de la perfección del estado de gracia de otro derecho natural subsiguiente a la caída de la culpa original de los primeros padres de la humanidad. El punto de arranque de su consideración es más político institucional que propiamente jurídico, porque lo que procura aclarar es el fundamento de las dos potestades eclesiástica y secular en la ordenación de la vida social, con patente preferencia hacia el poder espiritual por encima del temporal. En la *Summa universi theologiae*, si es que puede serle atribuida exclusivamente la responsabilidad de la obra entera, pero en todo caso expresiva de la mentalidad de los primeros franciscanos, razona como el poder pontificio prolonga directamente la realeza de Dios sobre el universo, mientras que el poder temporal apenas si es permitido por Dios para obviar los males causados por el pecado. «Dominatio potestatis regalis ex permissione divina est, et non secundum voluntatem» [1]. De donde los saberes jurídicos, sucesivos o paralelos según se mire la historia de la humanidad o la situación presente: el saber teológico del orden perfecto por Dios querido y el saber legal del orden humano por Dios tolerado para remedio de la corrupción dimanada del pecado. La consecuencia a deducir es que en la duplicidad de potestades, la espiritual se atiene al derecho natural perfecto, la secular al orden corrompido de las conductas de los hombres; de donde sea superior la primera, pues «potestas saecula-

1. Apud BERNARD LANDRY: *L'idée de Chrétienté chez les scolastiques du XIII^e siècle*. Paris, Presses universitaires de France, 1929, pág. 20, nota 2.

ris est semper saecularem, sicut spiritus est supra corpus»; en sus palabras en el libro III, parte II, inquisitio III, tractatus III, sectio II, quaestio I, titulus I, distinctio I, capitulo II [2]. Era cuestión política, empero preñada de consecuencias sumas. Porque en definitiva, frente al derecho humano, aparece un derecho natural ideal pertinente a la naturaleza humana no corrompida, que será la regla de un saber teológicamente puro del Derecho; y que es el más importante dado que Dios se atiene a él; de suerte que los jueces terrenos han de aplicarlo por encima de las leyes positivas. En la misma obra y lugares, en el capítulo IV, Alejandro de Hales consignará a este saber jurídico teológico por el saber exclusivamente válido del Derecho cuando escriba como «homo iudex gerit vicem Dei in iudicando. Ideo in tribus debet conformari Deo, qui est iudex: in potestate, in veritate, in bonitate» [3]. En los comienzos de la escuela franciscana no asoman saberes del Derecho, ni científicos ni filosóficos; el único saber jurídico válido es el de Dios apreciando al hombre con los criterios de justicia absoluta correspondientes a la perfecta pureza del estado de gracia anterior al pecado original.

De semejantes premisas brota la doctrina de los saberes jurídicos de San Buenaventura, nombre asumido por Giovanni di Fidanza (1221-1274) después de que sanó de grave enfermedad por intercesión de San Francisco de Asís, a quien se había encomendado. Para San Buenaventura la ciencia es uno de los dones divinos, consistente en todo conocimiento recibido por la iluminación divina. En la *De reductione artium ad theologiam* I, 1, recuérdase la *Epístola de Santiago* I, 17, para asegurar que toda luz perfecta es don que de lo alto viene, «descendens a Patre luminum». La ciencia moral es la luz que mana del interior, tal como la exterior enseña las artes mecánicas, la inferior los conocimientos sensitivos y la superior la gracia según la Sagrada Escritura. Entre las partes de la ciencia moral hay una ordenada a la acción, regida por la prudencia, que según las *Collationes de septem donis Spiritus Sancti* IV, 4, enseña a evitar los errores; saber de prudencia que J. Fr. Monefoy en *Le Saint-Esprit et ses dons selon Saint Bonaventure, El Espíritu Santo y sus dones según san Buenaventura*, se funda en el derecho natural [4].

Pero el derecho natural carece para San Buenaventura de fundamentos objetivos en el orden natural. El orden moral, que el derecho natural recoge, confúndese con la revelación consignada en la ley mosaica y en el Evangelio; en los *Commentarii in quatuor libros Sententiarum Petri Lombardi* IV, 33, 1, ad primum, adviértese que «jus naturale dicitur communiter sic: jus naturale est quo in Lege et Evangelio continetur». Es la ley divina positiva, y no la ley natural, la fuente única para la conducta de los actos humanos; o sea el hontanar exclusivo de los saberes jurídicos.

Es que la razón humana pónese en contacto directo con Dios por las vías de la iluminación, no a través de la consideración racional y razonada del orden universo. Entre el orden natural y el derecho natural no existe conexión ninguna, son dos esferas independientes. Conocido por la iluminación y no por la razón discurridora, el derecho natural carece de bases objetivas en la creación. La separación entre la naturaleza antes del pecado y después del pecado elimina cualquier permanencia para ningún derecho natural fundado en la naturaleza humana. En las *Quaestiones disputatae de*

2. En la edición en cuatro tomos impresa en Florentiae, Ad Claras Aquas. IV (1948), 603.
3. ALEJANDRO DE HALES: *Summa universi theologiae*, IV, 606.
4. Paris, J. Vrin, 1929, pág. 153.

perfectione evangelica IV, I, solutio objectorum, 7, escribe: «Ad illud quod obiicitur, quod illud quod dictatur a natura habet durationem perpetuam; dicendum quod illud est verum de eo quoad natura dictat simpliciter, sed non est innocentiae dictabat, omnia esse communia, quod quidem non dictat in natura corrupta. Et ideo propositio falsa est, universaliter intellecta.»

De la sucesión de revelaciones, único criterio admisible frente a una naturaleza que se corrompe en corrupción de la que solamente podrá sacarla la iluminación divina, resulta una casuística moral atenida a la mudanza de los criterios morales sucesivos. Lo que cuenta es cada individuo, no la naturaleza común de la especie humana, pues quien recibe los dones de la iluminación es el individuo y no la especie. No hay, por ende, Derecho ni ciencia jurídica ordenada al bien común, cual acontecía en la doctrina de la ciencia jurídica de Santo Tomás de Aquino; hay méritos concretos para cada hombre aislado. En los *Commentarii* sobre las Sentencias IV, 46, 1, 4, 1. dice en efecto que «justitia dicit ordinationem secundum diversitatem premiorum correspondentem diversitati meritorum». El saber jurídico es algo así eternamente subjetivo de sujetos aislados, no saber común a la naturaleza racional de la especie humana entera, manifestado equiparadamente en la totalidad de sus miembros componentes.

Por otra parte esa carencia de objetividad es también carencia de comprensión para el hombre que razona, porque el don de conocer las razones eternas es un regalo por Dios concedido a quien le place, sin ninguna regla de objetividad de méritos que el hombre pueda entender con su razón. En el *Commentarii in quatuor libros Sententiarum* III, 22, 1, está escrito que «irradiatio vero lucis spiritualis immutat (scilicet visum intelligentiae) voluntarie; unde nullus eam videt, nisi cui se ostendit». Lo que comenta J. M. Bissen en *L'exemplarisme divin selon saint Bonaventure, El ejemplarismo divino según san Buenaventura,* en el sentido de que «Dieu est libre de nous y faire participer selon son bon plaisir»[5].

Con la filosofía de San Buenaventura no caben ni una ciencia ni una filosofía del Derecho. No es posible ninguna ciencia, porque lo jurídico queda eliminado al excluirse lo social y el factor operante del bien común y aglutinador de los hombres en comunidades terrenas de existencia conjunta, habida cuenta de que cada yo enlaza éticamente de modo directo con Dios por las vías de la iluminación, sin dejar papel alguno al empleo de la razón característica del hombre. Ni cabe filosofía del Derecho, porque la ley ordenadora filosóficamente de la convivencia humana no se fundamenta en el orden lógico de las relaciones entre las conductas de los hombres, sino en la iluminación por Dios distribuida según su superior e inescrutable arbitrio. No queda en pie otra ley que la revelación, que es la expresión de un derecho natural del cual queda excluida la naturaleza humana. Es la única ley admitida, prolongada por la ley canónica en aquel pasaje, tan expresivo, de las *Collationes in Hexaëmeron sive Illuminationes Ecclesiae* XVI, 15, en donde se contrapone la ley canónica a las leyes de Justiniano. El admirable equilibrio de las jerarquizaciones de los saberes jurídicos tomistas ha sido destruido por esta desequilibrada doctrina, plena de absurdas contraposiciones. La sola justificación posible es la estampa de aquel pontífice que en el *De perfectione evangelica* IV, 3, 8, viene descrito en posesión de las dos espadas temporal y espiritual, por lo que puede erigirse en señor incontrastable de

5. Paris, J. Vrin, 1929, pág. 226.

todos los reyes y de los pueblos todos. Pero aun así la incapacidad para formular ninguna doctrina de los saberes jurídicos, aparte la justeza de las intenciones de San Buenaventura al formular sus tesis, produce el desolador efecto de un erial al lado de los vergeles encandiladores regados por la fecunda grandeza intelectual de Santo Tomás de Aquino.

El iluminismo con que San Buenaventura excluye los saberes jurídicos científicos y filosóficos va a ser extremado por su cofrade en hábitos Roger Bacon († 1292), pese a la carga aristotélica que asoma en sus escritos, ciertamente no digerida ni aprovechada con la maestría con que lo hiciera Santo Tomás de Aquino. Roger Bacon es el patrocinador de la ciencia como fuente de la totalidad de los poderes, incluidos los políticos y doctrinales, ni más ni menos que seis siglos después pedirá Augusto Comte, con quien puede sin exceso comparársele. Empirismo y teología se dan la mano al servicio de una teocracia donde manden sin más los clérigos. Todos los saberes, incluidos los jurídicos, dependen de la revelación divina, sea en la experiencia exterior, sea en la iluminación interior. En *L'experience mystique de l'illumination intérieure chez Roger Bacon, La experiencia mística de la iluminación interior en Rogerio Bacon,* Raoul Carton ha mostrado no cabe otro principio de moral, ni por tanto ningún saber jurídico verdadero, que no proceda de la iluminación que proviene de Dios [6]. Todo saber está cimentado místicamente en la fe y desde la fe en la teología. Con orgullo clerical irrefrenable menosprecia a cualquier lego aspirante a saber algo, porque para Bacon no existe otro saber que el que consta en la Sagrada Escritura. Ni siquiera la precisión matemática es ajena a la revelación, siendo hasta la matemática saber de teólogos. En el *Opus majus* léese como «necesse est ut theologus sciat mathematicam. Caeterum Deum posuit res creatas in scriptura sua, qui solus novit potestatem creaturarum quas condidit, nec potest falsum sentire, nec decet suam veritatem» [7].

De donde su desprecio hacia los juristas y su hostilidad al derecho laico de los glosadores romanistas. «Jus et pax tollitur per juristas», consigna en el *Opus tertium* [8]. Los glosadores arruinan cualquier casta de saber e incluso a la propia Iglesia; «abusus iuris civilis Italiae, qui non solum destruit studium sapientiae sed ecclesiam Dei et omnia regna. Et ideo per hunc abusum destruuntur omnes quinque gradus sapientiae et totus mundus ponitur in maligno», léese en el *Compendium studii philosophiae* [9].

Es que los juristas aplican al derecho romano nacido fuera de la revelación; y como fuera de la revelación nada se sabe, todo es pecado, podrán aplicarse al derecho a fuer de ciencia laica los efectos del pecado explicados en el *Opus majus*: el de trocar a los humanos en bestias; pues «peccatum autem non solum excaedat nec foedat, nec debilitat animam rationalem, sed convertit in vitam bestialem» [10].

Tarado en sus cultivadores de tantos vicios bestiales, el derecho científico de los legos, en su época el derecho romano de los glosadores, es un arte mecánico, del mismo grado de saber que el de los carpinteros, de los zapateros y de los toneleros, impropio de la sabiduría inherente a la condición de los clérigos, por repetir las comparaciones insertas en el *Opus*

6. Paris, J. Vrin, 1924, pág. 89.
7. Frankfurt am Main, Minerva, tres tomos. Cita al I (1964), 175.
8. Edición de J. BREWER. London, Rolls series, 1854, pág. 85.
9. La misma edición, pág. 413.
10. ROGER BACON: *Opus majus*, II (1964), 263.

tertium [11]. La ciencia romanista del Derecho es despreciable, no es ni siquiera ciencia. El único saber científico del Derecho no será el de los canonistas, porque carece de autonomía y se confunde con la teología y con la filosofía en una sola pieza, cual declara en el *Opus majus*: «Nam si nitamur separare scientias ad invicem, non possumus dicere non theologiam (esse) et scientiam juris canonici et philosophiam» [12]. Es que el derecho canónico es ciencia, es filosofía y es teología, puesto que sus fuentes son la Sagrada Escritura y los Santos padres iluminados por Dios con la verdadera ciencia: «Et tam jus canonicum quam divinum regularem modum vivendi reddere comprobatur. Caeterum jus canonicum totaliter fundatur super auctoritate scripturae et expositorum ejus, sicut clarius patet per totum corpus Decreti et Decretalium. Nam aut pro constitutionibus canonum allegantur auctoritates expositorum sacrae scripturae, ut Augustini, Hieronymi, Gregorii, Ambrosii, Isidori, Cypriani, Hilarii et aliorum, aut sacri et summi pontifices pro suis statutis inducunt auctoritates et exemplo Novi et Veteris Testamenti; et ideo hoc jus non est nisi explicatio voluntatis Dei in scriptura» [13]. Incluso el derecho natural, que era el saber filosófico del Derecho en el siglo XIII, «continetur in sacra scriptura» [14].

El derecho civil, o sea el romano, debe sujetarse al canónico como el siervo al amo, en el *Opus tertium* [15]. De suerte que el único saber jurídico por Bacon admitido es el saber que Raoul Carton en *La synthèse doctrinale de Roger Bacon, La síntesis doctrinal de Rogerio Bacon,* califica de teocrático [16]. Del mismo modo que el papa manda políticamente sobre la totalidad de los hombres en la más desmesurada de las teocracias que mente humana haya concebido jamás, en el más desaforado de los imperialismos clericales.

De suerte que para Roger Bacon no cabe tampoco ningún saber jurídico aparte, ni científico ni filosófico. Es imposible el saber científico del Derecho, porque las leyes humanas son hijas del pecado que bestializa, para este fraile franciscano siempre «vehemente enemigo» del derecho romano en el decir de John Henry Bridges en la *Introduction* a su edición del *Opus majus* [17]; y del pecado no nacen sino errores, pues todo saber legítimo proviene indefectiblemente de la iluminación divina.

Ni cabe filosofía del Derecho porque no lo es siquiera tampoco el derecho canónico, dado que se reduce a aplicar la teología a fines del gobierno universal de los hombres por los clérigos. El absurdo conglomerado de contraposiciones de este fraile que fue en la teoría de los saberes místico y experimentalista a un tiempo, y en política desprendido pensador al par que teórico de la teocracia más extensa, concluye por tornar imposible ningún saber superior a la artesanía leguleya de los jueces o de los abogados, por él mismo comparados con los carpinteros de toneles o con los zapateros remendones. En la fantástica desequilibrada mescolanza de sus criterios multiformes, Roger Bacon torna imposibles tanto al saber filosófico como al saber científico del Derecho.

11. R. BACON: *Opus tertium*, 85.
12. R. BACON: *Opus majus*, III (1964), 37-38.
13. R. BACON: *Opus majus*, III, 38.
14. Ibídem.
15. R. BACON: *Opus tertium*, 84-85.
16. Paris, J. Vrin, 1924, pág. 84.
17. En R. BACON: *Opus majus*, tomo I, pág. LXXXI.

Demolición de los saberes jurídicos por Duns Scoto

Lo que fue negación de los saberes jurídicos en los primeros franciscanos va a ser demolición por mano de Juan Duns Scoto († 1308), si ya no por el contenido mismo del sistema escotista, sí por las consecuencias que de él van a deducirse al quedar, por más que erróneamente, por la cifra del voluntarismo jurídico. Duns Scoto escribe movido por el empeño de subrayar la libertad de Dios frente al que le pareció excesivo intelectualismo de Santo Tomás de Aquino. No es que por ello cayese en un voluntarismo donde el querer de Dios fuese arbitrario en un plano metafísico donde, como ha subrayado el capuchino Enrique Rivera de Ventosa en el estudio *En torno al supuesto positivismo de J. Duns Scoto* [18], una voluntad es libre porque puede elegir mas no en cuanto pueda hacer lo contrario; de suerte que metafísicamente resulta hacedero conjugar la suma libertad con la suma inmutabilidad, ya que si la voluntad es buena y está enderezada por una inteligencia que le proponga el bien, amará siempre al bien de modo tan indefectible como libre; por lo cual Etienne Gilson en *Jean Duns Scot. Introduction à ses positions fondamentales, Juan Duns Escoto. Introducción a sus posturas fundamentales,* matiza tan sutilmente los términos que llega a rechazar para Duns Scoto el dictado de voluntarista que comúnmente suele aplicársele [19].

Lo que acontece es que, en el prurito por contrarrestar aquel intelectualismo que a sus ojos menoscababa a Dios al bajo nivel de mera máquina forzada, subraya extremosa y extremadamente el papel de la voluntad sobre la razón. «Voluntas imperat intellectui» consta en la *Ordinatio* u *Opus Oxoniense* IV, 49, 16; «intellectus dependit a volitione» reitera en las mismas obra y parte, número 18. En el plano del ser divino la cuestión del primado de la voluntad carece de importancia, pues en Dios es perfecta la armonía entre ambas y es Dios tan cabal encarnación de la bondad que su elección libre nunca dará en caprichosa ni en arbitraria. En los *Reportata parisiensia,* distinctio XLVI, quaestio 4, número 8, remáchase el concepto consignando que «ex hoc enim quod aliquid competit voluntati divinae est rectum, et quamcumque actionem Deus possit habere absolute est recta».

Mas Dios es ser existente por sí, eterno en su esencia, necesario por excelencia, único en tales calidades. Los demás seres son, por el contrario, creaciones de Dios y por ende contingentes. Si en Dios será extremoso hablar de voluntarismo tal como Scoto concibe la esencia divina no sucede lo mismo con las criaturas, cuya contingencia resulta de que proceden de la libre decisión de Dios.

Porque, y aquí aparece el primer motivo por el cual Duns Scoto torna imposible una filosofía del Derecho, niega la existencia de una ley eterna en el sentido agustiniano del vocablo, en cuanto conjunto de criterios eternamente tenidos por Dios para la creación del universo. Y no porque las ideas divinas sean producto de un capricho de la libre voluntad divina; como ha puntualizado Miguel Oromí en la *Introducción general* a la versión castellana del *Dios, trino y uno,* las ideas divinas son resultado directo de la actividad del entendimiento divino al conocerse Dios a sí mismo, por lo cual son todas ellas necesarias e infinitas cuanto lo es la capacidad infinita del entendimiento de Dios [20]. Lo que sucede es que entre ese número infi-

18. En *Duns Escoto y las corrientes filosóficas de su tiempo.* Madrid, Instituto Vives, 1968, páginas 113-140. Cita a la pág. 128.
19. Paris, J. Vrin, 1952, pág. 613.
20. Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1960, pág. 90.

nito la voluntad divina elige las que serán realizadas en el acto de la creación del mundo. Consistiendo la contingencia cabalmente en la elección de la voluntad de Dios entre la infinita serie de posibilidades que la infinita inteligencia divina infinitamente abarca.

Todas esas ideas son racionales y justas en el entendimiento de Dios; pero solamente son justas las elegidas, una vez situado ya en el plano de las cosas contingentes creadas. No es que se dé contraposición entre racionalidad y justicia de una parte, contingencia de la otra. Es que la decisión de la voluntad de Dios transforma en justas y racionales para la creación solamente las que ha decidido implantar para regla del universo. La ley moral es siempre la misma, tal como es única e infinita la bondad de Dios; la ley moral en el mundo es contingente, porque depende del orden de ideas elegidas por la voluntad divina para constituir el universo. En el *Opus oxoniense* I, 1, 44, 1, 2, dícese en efecto: «Ideo sicut potest (Deus) aliter agere ita potest aliam legem statuere rectam, quae si statueretur a Deo, recta esset, quia nulla lex est recta nisi quatenus a voluntate divina acceptante statuta». Pues «non quidem fieret ordinate secundum istum ordinem, sed fieret ordinate secundum alium ordinem; quem alium ordinem ita posset voluntas divina statuere, sicut aliter potest agere».

En Duns Scoto lo eterno es el legislador, mas no la ley, porque Dios no se halla atado eternamente por nada. De ahí que la obligación imperada por la ley no dependa de la bondad eterna de Dios, sino de la decisión libérrima con la que creó libérrimamente al mundo con arreglo a un determinado sistema de ideas entre las infinitas eternamente existente en su divina inteligencia.

Si no cabe con exactitud hablar de voluntarismo absoluto en el ser divino según Juan Duns Scoto, «si nos ceñimos a la voluntad humana sí puede hablarse de voluntarismo», concluye a la letra el capuchino Pelayo de Zamayón en *La ley natural en la filosofía de Escoto* [21]. Al no existir la ley eterna, no cabe tampoco ninguna ley natural que de ella participe, al modo en que lo concibió Santo Tomás de Aquino. Y, en efecto, Duns Scoto jamás dio en parte alguna definición de la ley natural. La da por supuesta en varios trechos de la *Summa theologiae;* por ejemplo en III, 2, 1, asignándola un criterio formal, histórico y exterior: el de su observación por la totalidad de los hombres. En los *Reportata parisiensia,* II, 28, cuestión única, 11: «gens sine lege, erat sibi lex viventes secundum legem naturalem, potest dici quod quamvis non habebant legem scriptam mosaicam, habebant tamen in corde legem, et bene vivebant, sicut boni gentiles». Es, pues, una ley natural deducida de la observación histórica, no arrancada de la contemplación de la naturaleza humana; y en este sentido asiste la razón a aquellos críticos que han contemplado en Duns Scoto el antecesor de la autonomía de la voluntad kantiana como Johann Sauter en *Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts, Los fundamentos filosóficos del derecho natural* [22]; el antecesor del positivismo jurídico, como Heinrich Rommen en *Derecho natural* [23]; de predecesor de las concepciones políticas arbitrarias, cual Bernard Landry en *La philosophie de Duns Scot* [24] y el agustino A. Folgado en

a la pág. 146.

21. En el volumen *Duns Escoto y las corrientes filosóficas de su tiempo,* págs. 141-175. Cita
22. Wien, Julius Springer, 1932, pág. 85.
23. Traducción castellana. México, Jus, 1950, pág. 55.
24. Paris, Alcan, 1922, págs. 113, 232 y 245.

La controversia sobre la pobreza franciscana bajo el pontificado de Juan XXII y el concepto de derecho subjetivo [25]; hasta a Miguel de Unamuno en *La educación* cuando le elencó por «profundísimo revolucionario» [26].

La quiebra de la filosofía escotista está en que su perfecto logro en la consideración del ser divino rómpese en la estima del Derecho atañente al ser humano. Prescindiendo de antemano de ver en él un jurista científico por argumentos de su temple intelectual, tampoco podrá concebir una filosofía del Derecho quien niega la existencia de la ley eterna y vacía de contenidos a la ley natural, historificándola al asumirla simplemente porque sus principios hayan sido universalmente observados.

Pues ni siquiera coincide el contenido del Derecho, que es la ley natural, con el *Decálogo*, cual sucedió con sus antecesores de la línea franciscana. El derecho natural consiste para Scoto en unos primeros principios reguladores de la conducta que se presentan a la razón del hombre con caracteres de evidencia, al extremo de que en el *Opus oxoniense* III, 36, quaestio unica, 13, asegura que «nullus potest omnino errare circa prima principia practica»; agregando en el mismo *Opus oxoniense* II, 23, cuestión única, 5, que «tamen intellectus noster circa prima principia non potest errare». Parece, pues, haya bases para un saber filosófico-jurídico.

Lo que pasa es que luego esos mismos primeros principios prácticos redúcense a uno solo: el de no odiar a Dios, insuficiente a todas luces para labrar con él un saber filosófico del Derecho. Dado que sólo hay un bien necesario, el «summum bonum» de Dios, porque los bienes de las criaturas son tan contingentes como las criaturas mismas, el derecho natural estrictamente entendido redúcese al amor a Dios. En el *Opus oxoniense* IV, 46, 1, 10, está escrito que «iustitia autem, quae est in Deo unica re et ratione, ut dictum est, concorditer inclinat primo principio practico, putat Deus est diligendus».

Es lo que define los tres primeros mandamientos del *Decálogo*, aquéllos de los que Dios no podría dispensar sin ir contra su propia esencia divina, según el *Opus oxoniense* I, 3, 37, 1, 7; bien que el tercero con atenuaciones que no es preciso matizar dada la brevedad de las presentes Glosas. Encarnan al derecho natural estricto; los siete últimos al derecho natural de alcance amplio. No son necesarios, sino contingentes, porque penden de la contingencia de las criaturas humanas reunidas en la sociedad a que se aplican. Pudieron ser distintas de no haber existido la decisión de Dios instituyendo al orden social al que afectan. Si Dios hubiera hecho los alimentos tal como creó al aire, asequible para todos sin el menor esfuerzo, caería el mandato de respetar la propiedad; si Dios hubiera ordenado la reproducción de la especie de modo distinto al del ayuntamiento del macho con la hembra, no habría el mandamiento que protege al matrimonio. No hay en ellos la «bonitas necessaria» que requiere el amor de Dios en el derecho natural estricto; es un derecho natural contingente, deducido de un acto creador de la voluntad divina, carente de la objetividad forzosa con que se imponen los mandamientos de la primera tabla del *Decálogo*. Cual anota Günter Stratenwerth en *Die Naturrechtslehre des Johannes Duns Scotus, La doctrina del derecho natural en Juan Duns Scoto*, es que el orden social, al caer fuera del ser divino, no es en nada necesario [27].

25. En *La ciudad de Dios*, CLXXII (1959), 80-82.
26. En *Ensayos*. Madrid, Aguilar, I (1945), 336.
27. Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1951, pág. 91.

Haber acentuado la voluntad en el ser divino no acarrea consecuencias teológicas dificultosas, pero sí impide toda especie de saber jurídico. Nada es forzoso, nada es inteligible para el hombre en el terreno de lo justo en las relaciones sociales que es el Derecho. Ni siquiera la ética puede ser razonada hasta su hondura arrancando de la naturaleza humana. En los *Reportata parisiensia* II, 22, quaestio unica, 3, está expresado que «omnia peccata, quae sunt circa decem praecepta, formaliter non tantum sunt mala, quia prohibita, sed quia malo, ideo prohibita». De suerte que el derecho natural no es «natural» en cuanto no procede desde el análisis de la naturaleza del hombre. A fuerza de afirmar la libertad divina, Duns Scoto ha pulverizado a la sociedad, ha cortado toda conexión entre naturaleza y vida de convivencia, ha destruido al derecho natural, ha excluido los menores atisbos de saberes jurídicos. No ya únicamente los saberes artísticos o los saberes científicos del Derecho, pero incluso los saberes filosóficos, imposibles desde la historificación relativista de la ley natural y desde que el orden social no nace forzosamente de la contextura del ser humano. La conclusión será desoladora. Pese a las sutilezas proverbiales de sus agudísimos talentos, pese a la evidente diferencia entre los planos divino y humanal, pese al amortiguamiento indudable de sus voluntarismos, Juan Duns Scoto trueca imposible todos los saberes jurídicos, descoyunta al orden social, disocia a la ética de la política, desata al Derecho de la antropología y siembra, siquier involuntariamente, las semillas de la cosecha que va a segar su compatriota y cofrade Guillermo de Occam.

Lo que fue imposibilidad de saberes jurídicos en Juan Duns Scoto va a ser la laicización del Derecho en Guillermo de Occam († circa 1349), auténtico punto de partida de las modernas concepciones jurídicas europeas, por más que no afrontara en ninguna parte de su obra la definición de la filosofía ni de la ciencia del Derecho, ni tan siquiera la de la ley tan usual entre los escritores medievales. Occam, el de la apasionada y turbulenta vida, es verdadero franciscano por la rectitud de sus costumbres, por el apasionado anhelo a lo divino en exaltar las glorias del Señor, por la ascética humildad de sus apasionamientos, e incluso porque, pese a haber intervenido en tantas polémicas del siglo XIV, mantuvo la condición de permanecer, al decir de León Baudry en *Guillaume d'Occam. Sa vie, ses oeuvres, ses idées sociales et politiques, Guillermo de Occam. Su vida, sus obras, sus ideas sociales y políticas*, varón estrechamente teórico, gustador de disputar, pero restando siempre en la región de los principios [28]. Nacido con destino de profeta en el juicio de Georges de Lagarde en la *La naissance de l'esprit laïque au déclin du moyen-âge* [29], fue su estrella la de provocar el desgarramiento de la escolástica en el oportuno juicio de Karl Werner en *Die Scholastik des späteren Mittelalters, La Escolástica de la baja edad media* [30]. Colocado entre Scoto, de quien depende en cuestiones cardinales cual advierte el jesuita Teodoro de Andrés en *El nominalismo de Guillermo de Occam como filosofía del lenguaje* [31], y Martín Lutero, de quien será el supremo inspirador como ha demostrado Erwin Iserloh en *Gnade und Eucharistie in der philosophischen Theologie des Wilhelm von Ockham. Ihre Bedeutung für die Ursachen der Reformation, Gracia y eucaristía en la teología filosófica de Guillermo de*

28. Paris, J. Vrin. I (1950), 231.
29. G. DE LAGARDE: *La naissance de l'esprit laïque*, IV (1942), 63.
30. New York, Burt Franklin, cuatro tomos. Cita al II, 19.
31. Madrid, Gredos, 1969, pág. 36.

Occam. Su significado para las causas de la Reforma [32], Guillermo de Occam poseyó personalidad excepcional. Opuesto en muchos puntos a Duns Scoto, según seguidamente anotaré, fue su destino en el campo de nuestros estudios, no crear una ciencia del Derecho, temática siempre ajena a sus entendederas, sino secularizar la filosofía del Derecho, sentando las premisas para la laicización de los conceptos jurídicos que es hoy moda predominante en nuestros estudios. La manera en que lo logró, en perpetua contradicción con sus íntimas aspiraciones, es lo que me toca puntualizar ahora.

Guillermo de Occam es un «espiritual», o sea, un franciscano empeñado en vivir con arreglo a las reglas evangélicas del santo fundador seráfico de su orden, sin concesiones a aquella Iglesia de Aviñón, rica en señoríos, poderosa en bienes, hinchada de ambiciones políticas de papas absorbidos por los afanes de las grandezas de sus señoríos terrenales. Su constante empeño nace, como ha señalado Cesare Vasoli en *Guglielmo d'Occam*, de aquel «vecchio bisogno francescano di difender la Chiesa dell'impurità mondana, di separare il suo regno spirituale dal regno terreno della forza» [33]. Radical en sus conclusiones, apasionado en las polémicas, quemó su existencia en los combates que sucedieron a la polémica de la pobreza desde Juan XXII a Benito XII y a Clemente VI, de suerte que las tremendas lacerantes conclusiones laicizadoras a que aprodó en la filosofía jurídica son la consecuencia de sus exageraciones en pretender sustentar posturas que cabalmente parecían implicar la antítesis de las secuelas que él dedujo.

Su obsesión teológica, tan indudablemente franciscana, será la de la gloria de Dios, exaltando la libertad divina frente a las aparentes limitaciones que a juicio de los teólogos franciscanos traía consigo el intelectualismo propugnado por Santo Tomás de Aquino. Lo que sucedió es que extremará los resultados a grados a los que no soñaron llegar los hermanos de hábito que en esta tendencia le habían precedido.

Su entero pensamiento fúndase en la omnipotencia divina, ha indicado Luis Farré en el *Prólogo* a la traducción castellana del *Tratado de los principios de la teología* [34]. Semejante omnipotencia supone que para Dios no caben reglas limitadoras de ninguna índole; «quia ideo voluntas divina non indiget aliquo dirigente, quia illa est prima regula directiva et non potest male agere», escribe en los *Commentarii sive quaestiones in Quatuor Sententiarum libros*, III, 12 b. Dios es al mismo tiempo el Bien por excelencia; de la unidad en el ser divino del sumo bien y de la suma omnipotencia resulta podrá dictar leyes de toda índole sin más limitación que la de no caer en contradicción lógica. El *Tractatus de principiis theologiae* comienza con la afirmación de que «Deus potest facere omne quod fieri non includit contradictionem» [35].

Contradicciones en su esencia, pero que no pueden ser tales simplemente a vistas de la poquedad humana. Porque Dios puede hasta imperar el pecado. En el *Centiloquium theologicum* dícese que «Deus ad nullum potest obligari; et ideo eo ipse quod Deus vult hoc est iustum fieri» [36]. Y en los *Commentarii* agrega que «Deus potest praecipere quod voluntas creata odiet eum».

32. Wiesbaden, Franz Steiner, 1956.
33. Firenze, La Nuova Italia, 1953, pág. 271.
34. Madrid, Aguilar, 1972, pág. 14.
35. Cito por la edición de LEON BAUDRY. Paris, J. Vrin, 1936, pág. 45.
36. Lugdunii, Trechsel, 1945, folio 7 a.

Pues el bien consiste en la obediencia a Dios, de tal suerte que, si Dios lo quisiera, el hombre le odiará sin caer en pecado, «igitur voluntas creata potest hoc facere», termina el texto de los *Commentarii* IV, 14 b. Lo que supone que el bien no es un atributo del ser, cual habían enseñado de consuno Santo Tomás de Aquino en la *Summa theologica* secunda secundae XVIII, 1 y 2, y el propio Juan Duns Scoto en el *Opus oxoniense* I, 1, 2 o en los *Quodlibetales* V, 4. Para Occam el bien es algo extraño al ser, es un concepto de relación consistente en la conformidad a otra voluntad exterior, a la voluntad de Dios; «Bonum est idem quod volibile et ita connotat voluntatem», declara en los *Commentarii,* prologus, I, 2, bb.

Ahora bien para Occam una relación es mero concepto mental. Apartándose también aquí de Duns Scoto quien refería la relación al fundamento de los seres, Occam sustenta en los *Commentarii* I, 30, 1, o, que «relationes non sunt nisi intentiones vel conceptus in anima et istae certe non sunt idem cum rebus».

Por otra parte la virtud del bien está en la voluntad, no en la inteligencia de los hombres. Y no porque la voluntad dicte normas, pues como bien vio Sergio Rábade Romeo en *Guillermo de Occam y la filosofía del siglo XIV* el voluntarismo occamista es divino y no humano [37]; sino porque la virtud radica en el acto voluntario, en la coincidencia de la libertad de decisión con la espontaneidad natural del hombre. «Nihil est meritorium, quod non est in potestate voluntatis», consignó en los *Commentarii* III, 5 g. «Nullus actus est virtuosus vel vitiosus nisi sit voluntarius, quia peccatum est adeo voluntarium, quod nisi esset voluntarium non esset peccatum», reza en los *Quodlibeta septem* III, 14, 13. No existe más bien que el acomodarse con la voluntad de Dios, un bien de relación, concluye Carlo Giacon en su *Occam* [38].

Esa ley que afecta a la voluntad es la recta razón, cual lo advierte la experiencia. Dios dio la razón al hombre para ello, dirá en los *Commentarii* I, 41, quaestio unica, k. La moralidad intrínseca de los actos humanos consiste en seguir los dictados de la recta razón para Occam. Pues la moral es algo externo, es el querer de Dios conocido por la recta razón, es algo extraño al hombre arbitrariamente por Dios querido; aun el odio a Dios sería moral si El lo imperase.

Y como Dios es libre sin sujeción a regla ninguna, como nada ata a su voluntad libérrima, puede cambiar los preceptos suyos; que serán morales aunque de contenido diferente. Por lo cual la ética se presenta al ser humano como algo irracional, externo, arbitrario e incomprensible. No tiene ninguna conexión con su naturaleza más que en la medida en que la razón recibe los mandatos, variables, de Dios. Carece de objetividad y al carecer de objetividad para el hombre, podrá llegar algún día a ser variable, contradictoria y hasta laica.

Tal sucederá cuando Occam admita la posibilidad de la existencia de actos moralmente indiferentes. Santo Tomás los había negado, porque la ley natural ordenaba la entera actividad humana. Para Occam, que ha reducido la ley moral a un mandato divino externo desligándola de la naturaleza humana, hay posibilidad de actos indiferentes; baste que no estén contenidos en los preceptos impuestos por Dios. En el *Opus nonaginta dierum,* capítu-

37. Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1966, pág. 168.
38. Brescia, la Scuola, 1945, pág. 107.

los LXVI y CXXIII, Occam explica la libertad del hombre en los temas moralmente indiferentes: «in agibilibus autem de se indifferentibus statuendis, potentia quodammodo supra scientiam principaliter habet».

Así se plantea la existencia de un orden de indiferencias éticas en las relaciones humanas, o sea de un derecho, desligado del orden moral por Dios establecido. Bastará ver la manera en que Occam relacione al derecho divino con el derecho natural para comprender el modo en que echó los cimientos de un saber filosófico jurídico plenamente secularizado.

Como ha señalado José María Rubert Candau en *Los principios básicos de la ética en el ockhamismo y en la vía moderna de los siglos XIV y XV*, el derecho natural proviene de un acto volitivo de Dios [39], exteriorizado en dos maneras: en el derecho divino, consignado en las Sagradas Escrituras, según el *Dialogus*, prima pars, VI, 97, «Divinum ius in Scripturam habemus»; y en el derecho natural, que es el conocimiento racional e infalible, inmutable y absoluto que el hombre posee en su recta razón de lo que quiere Dios. La diferencia entre ambos está en que el derecho divino pende de la «potestas absoluta» de Dios; el derecho natural de la «potestas divina ordinata» esto es, de lo que Dios quiere para cumplir su primera decisión de haber creado al mundo en el modo en que lo creó. La ley divina es la voluntad expresa y universal de Dios. La ley natural es la voluntad de Dios en la situación del universo que hizo; de donde no pueda mudar en tanto Dios mantenga su decisión de crear al mundo en el modo en que lo ha creado y no cambie la estructura presente del orden de las cosas. En los *Commentarii* III, 12, ccc, escribe Occam como «stante ordinatione quae nunc est, nullus actus est perfecte virtuosus; nisi conformi eliciatur rationi rectae actualiter inherenti».

El caso es que Occam distingue en el derecho divino dos clases de imperativos: aquellos que coinciden con la ley natural y aquellos que suponen añadido para ella; los primeros vetan actos malos por sí mismos, los segundos hacen malos los actos que prohiben; los primeros se refieren a hechos «per se mala», los segundos a hechos «mala quia prohibita». En el *Dialogus Prima*, III, II, 20, Occam llama a aquellos preceptos «de lege Dei naturali» y a éstos «de lege divinae positivae».

Al aplicar a ambos tipos de preceptos la regla establecida en los *Commentarii* I, 41, 1, k, de que la recta razón expresa la voluntad divina en la ley natural, «quod voluntas divina hoc vult, ratio recta dictat, quod est volendum», Occam llega a una conclusión a primera vista insólita: la de tomar por inmutables los preceptos donde la ley divina coincide con el derecho natural, estimando a los segundos por meramente positivos y variables; ya que cambiar los de la «lex Dei naturalis» supondría alterar la creación entera, al paso que los de la «lex divina positiva» pueden ser mudados sin que por ello haya que alterar el orden presente del mundo.

La secularización de los saberes jurídicos queda concluida cuando Occam aplique a los mandatos del derecho natural su tesis de la existencia de los actos moralmente indiferentes. Porque entonces, frente al carácter absoluto e invariable de los preceptos de la «lex Dei naturalis», obligatorios siempre, aparecerá un nuevo derecho condicional dependiente de las circunstancias; el que en el *Dialogus*, secunda, III, 1, 2, denomina «ius naturale conditionatum, modificatum, specificatum seu determinatum vel cum specificatione aliqua

39. En *Verdad y Vida*, LXIX (1959), 105-106.

seu distinctione». Es el derecho de los actos moralmente indiferentes en los que vige una regla: el acuerdo entre los hombres desligados, a fuer de tratarse de hechos éticamente indiferentes, de cualquier obligación tanto del derecho divino como del derecho natural de la «lex Dei naturalis».

Semejante derecho no es ya derivación de Dios, ni proyección en la criatura de ningún mandato divino; es derecho puramente humano, en el que la moral no entra para nada. En el *Opus nonaginta dierum*, capítulo LXXXVIII, dirá nace «per inventionem rationis humanae extitit introducta»; en el *Dialogus*, prima pars, VI, 4, 8, que «non sunt a jure naturali sed ab inventione humana».

De esta suerte Occam da a luz un nuevo tipo de saberes jurídicos: los saberes éticamente indiferentes donde la moral no cuenta para la formación del Derecho; los saberes humanos en los que Dios no interviene para nada, porque afectan a hechos desligados de la moral, moral que es lo único que para Dios importa en la salvación eterna de los hombres; los saberes de derecho positivo en lenguaje moderno, de cierta positividad total, porque se funda en la libre voluntad de los hombres que los crean pactando entre ellos. El sistema de los saberes jurídicos ha cobrado características completamente dispares de las que hasta entonces poseyera. Ya el derecho positivo no depende de la moral, ni la ley positiva humana ha de acomodarse a ley natural alguna; ya los hombres forjarán su derecho sin limitaciones éticas y sin barreras teológicas. Con Guillermo de Occam alborea nueva clase de saberes jurídicos: el del derecho laico, amoral si es preciso, producto exclusivo de la voluntad de los hombres. Se ha secularizado la filosofía del Derecho. La línea franciscana, empeñada en exaltar la omnipotencia divina, concluye en Occam con el tremendo contrasentido de haber eliminado a Dios de los terrenos del Derecho. Occam no ha labrado ni arte ni ciencia jurídicas, ni siquiera compuso adrede ningún tratado filosófico-jurídico, porque si tocó estas cuestiones fue al airón de la polémica acerca de la pobreza o del deber de obediencia al pontífice o de las pugnas entre el Papado y el Imperio; pero revolucionó las perspectivas y replanteó de raíz todos los temas. Desde Guillermo de Occam hay unos saberes filosófico-jurídicos en los que ni Dios ni la ética asoman para nada. En otro de sus contrasentidos, el asceta que bajó a la palestra política y el fraile evangélico que soberbiamente desafiara a los papas, por mor de ensalzar la gloria de Dios ha construido un tipo de saberes en el Derecho de los que Dios queda apartado. Pocas veces hubo contradicción tamaña entre lo pretendido y lo conseguido, pocas ocasiones alumbró tampoco la historia de los saberes jurídicos varón consumador de más radicales novedades.

13. *El primer sistema total de los saberes jurídicos: Ramón Llull*

La aportación de Ramón Llull (ca. 1235-1315) a los saberes jurídicos cuéntase entre las más granadas e importantes de la edad media y apenas si por el papanatismo europeizante de la inmensa mayoría de nuestros estudiosos desconócese en tratados y manuales fue uno entre los mayores pensadores en asuntos jurídicos que la humanidad haya habido; harto en contraste con lo que ocurría cuando las Españas eran las Españas, como podrá colegir quien lea el privilegio que el máximo y mejor de los reyes hispánicos, Felipe II, dictara en San Lorenzo de El Escorial el 24 de octubre de 1597, preso del fervor luliano que fue una de sus características constantes. Daríase por satisfecho el autor del presente *Tratado* de haberlo compuesto simplemente porque con las Glosas que viene dedicando al Beato Barbaflorida suscitara el interés que su obra merece, obscurecida por tanta estúpida apertura a las imitaciones forasteras.

En su ancho poligrafismo Ramón Llull acercóse también a temas del Derecho, en diversos trechos de sus escritos generales y en diversos estudios monográficos, cuales el *Liber principiorum iuris*, probablemente compuesto en Mallorca hacia 1277 o 1278; el *Liber de modo applicandi novam logicam ad scientiam juris et medicinae*, atribuible a su estancia en Génova en 1303; el *Liber juris naturalis*, fechado en Montpeller en enero de 1304; el contemporáneo *Ars juris particularis;* o los concretísimos *Ars notandi* y *Ars electionis*, de fecha pareja, ya que por primera vez figuran en el catálogo de 1311 de sus obras.

En todos ellos repítese aquella asombrosa capacidad luliana para uncir el análisis de las distintas ramas del Derecho en casuística detalladísima arribante a problemas tan menudos como el del uso atinado de las riquezas o la apreciación de los testimonios en los juicios; por no mencionar la metodología algebraica o trigonométrica anclada en simbolismos cifra de las más raras abstracciones metodológicas. Es que, si no existe rama del Derecho que escapase a sus miradas aguileñas, tampoco perdió nunca la perspectiva suprema de las águilas dominando majestuosamente los espacios desde sus alturas celestes. Al abordar las varias disciplinas jurídicas particulares procede Llull desde su construcción lógica universal y superior, de tal suerte que cuantas conclusiones refiera en cada una de ellas serán meros resultados de la aplicación de los principios establecidos en los tratados magnos de sus *Artes* del pensamiento.

El tránsito desde la lógica general a las temáticas particulares jurídicas es la filosofía luliana del Derecho, que viene a ser mucho más que el corazón del sistema jurídico; es la matriz de donde nacen las disciplinas especiales. Por lo cual resulta inexacto hablar, cual lo hace el padre Andreu

de Palma de Mallorca en *Els sistemes jurídics i les idèes jurídiques de Ramon Llull* [1] y en *La doctrina jurídica i el sistema de dret internacional de mestre Ramon Llull*, de cierta «reducció de tot el dret al dret natural» [2], así como Eugen Wohlhaupter en *Die «Ars brevis, quae est de inventione meliorum iuris civilis» des Ramon Lull* [3]; ya que sería más adecuado hablar de una deducción del conjunto de los derechos particulares del seno de un derecho natural, constituido en hontanar de lo jurídico.

Claro que el afán descendente no constituía novedad en su sistema. Porque el grandioso impulso constructivo de Llull radica precisamente en aquel su descomunal anhelo por llegar a la unidad, convencido de que con ella advendría a la ambicionada claridad que estimó necesaria para su ensueño de transformar la fría especulación de las escuelas en arma de combate dialéctico al servicio de aquella empresa misionera que selló con su sangre y soñó con sus mejores sueños de filósofo cristiano. Aquella «furor demostrativa» que al decir de mosén Josep Torras i Bages caracterizó su fulgurante pensamiento [4], proyéctase en el Derecho para dar pie a una filosofía jurídica que encadene cada una de las ciencias particulares del Derecho en totalidad armónica de saberes conjuntados, no por ascenso desde lo detallado a lo general, sí unificadas en la proveniencia de un derecho natural unitario, unidor y fundamentador de todas ellas. Más que absurda, resulta inconcebible la opinión adelantada por J. N. Hillgarth en *Ramon Lull and Lullism in fourteenth-century France, Raimundo Lulio y el lulismo en la Francia del siglo XIV* [5], acercándole a Roger Bacon, porque no hay cosa más dispar que aquella medida jerarquizada ordenación luliana de los saberes jurídicos y que aquel desordenado confusionismo de las teorías del monje inglés coetáneo. Dígalo el lector que compare lo que se sustenta en esta Glosa con lo que en la Glosa precedente se concluía. Pues si bien es verdad fue la de Llull «figura eminentment franciscana», con palabras de Tomás Carreras i Artau en *L'obra i el pensament de R. Llull, La obra y el pensamiento de Raimundo Lulio* [6], no lo es menos que sus perspectivas teológicas cardinales se apartan de aquel voluntarismo cerrado centrado en el primado de la voluntad que es nervio del pensamiento jurídico franciscanista, cual se consideró en la Glosa precedente.

En efecto, si existe algo peculiar del pensamiento luliano es la estima unitaria de las tres facultades del alma, en la equiparación de la voluntad con la memoria y con el entendimiento como conjuntamente constituideras del alma misma. Lo han puesto de relieve los hermanos Tomás y Joaquín Carreras Artau en *Historia de la filosofía española. Filosofía cristiana de los siglos XIII al XV* [7] y Louis Sala-Molins en *La philosophie de l'amour chez Raymond Lulle, La filosofía del amor en Raimundo Lulio* [8]. Mientras que para los miembros de la línea franciscana el acto más perfecto reside en la voluntad, Llull se aferró a fuentes más seguras para él, a aquella «il·luminació divinal» que recibiera de atenernos al relato de la *Vida coetánia* [9], en unas

1. Mallorca, Les Illes d'Or, 1936, págs. 30-31.
2. En la *Miscel·lània Patxot*. Barcelona, Verdaguer, 1931, pág. 420.
3. En la *Miscel·lània Lulliana*. Barcelona, Altés, 1935, pág. 38.
4. J. TORRAS I BAGES: *La Tradició catalana*. Vich, Viuda de Ramón Anglada, 1906, pág. 241.
5. Oxford, at the Clarendon Press, 1971, págs. 42-43.
6. En *Obres essencials*. Barcelona, Selecta, dos tomos. Cita al I (1957), 55.
7. Madrid, Asociación Española para el Progreso de las Ciencias, dos tomos. Cita al I (1939), 539.
8. Paris-La Haye, Mouton, 1974, págs. 128-130.
9. En *Obres essencials*, I, 38 b.

Artes que le han sido enseñadas por la revelación de Cristo al pasaje de *Lo desconhort, El desconsuelo*, estrofa 35, verso 415 [10], para afirmar que los actos del alma requieren la unidad de las tres potencias. En el *Libre de contemplació, Libro de la contemplación*, CLXIX, 14, manifestará a la letra su concepción de la unidad inseparable de las tres potencias del alma, sin reconocer ninguna primacía a la voluntad: «On, com l'ànima, Sènyer, se remembra e s'entén e s'ama en si mateixa per esta manera, adoncs se remembra e s'entén que ella s'ama tant, que per tot lo món ella no volría ésser privada de son remembrament ni de son enteniment ni de sa volentat, car no és nulla cosa qui li ho valgués; car si de les tres vertuts privava, no sería so que és, e si de l'una o de les dues privava, si·s faria de tots tres» [11]. El entero capítulo CLXV del propio *Libre de contemplació* es la refutación del voluntarismo en cualquiera de sus facetas, desde el título mismo de «Com hom cogita en la manera segons la qual les tres vertuts de l'ànima s'uneixen e són una substancia simple» [12]. Explicado todo en el párrafo 18 de ese capítulo CLXV apelando a la fórmula geométrica favorita, aquí la del triángulo: «enaixí com a figura de triangle són abastants tres carres conjunts per eguals mesures, enaixí, Sènyer, a ésser d'ànima són abastants tres vertuts eguals en vertut e en natura e en proprietats. On, enaixí com lo triangle és en tres mesures e les tres mesures són lo triangle, enaixí ànima d'home és en tres vertuts e les tres vertuts són l'ànima» [13]. En el manuscrito del *De modo naturali intelligendi*, conservado en la Biblioteca nacional de París, mss. lat. 15.450, folio 123 vto., léese asimismo idéntica opinión, de que «natura vero spiritualis in tribus potentiis consistit. Et quia intellectus humanus omnibus est coniunctus, habet naturam intelligendi per omnes istas tres partes».

De donde resulta que la filosofía lulista del Derecho, no obstante las inclinaciones sentimentalmente franciscanas del Beato Barbaflorida, esté más cerca de Santo Tomás de Aquino que de Juan Duns Scoto. Es que el punto de arranque es la teoría de las dos intenciones, expresión teleológica típicamente luliana del concepto del orden universal. La primera intención es el plan divino para la creación del universo, equivaliendo a la ley eterna en la versión de San Agustín y de Santo Tomás de Aquino; en tanto grado de semejanza que es la única intención que cabe en Dios. La segunda intención es propia del hombre, porque es la única criatura con posibilidad de actuar en modo contrario a aquello para que Dios lo creó, según se refiere en el *Arbre de filosofía de amor* V, 3, 7 [14]; o sea, puesto en lenguaje tomista, la causa segunda del orden universo, la libertad humana capaz de alterar el plan divino de la creación formulado en el contenido de la ley eterna.

Franciscana es, en cambio, la actitud ensalzadora de Dios, patente en el *Liber de contemplació*, capítulo XCV, intitulado «Con nostre Sènyor Deus és misericordiós per raó de nostres grands necessitats» [15]; en el cual transparece como faltando la ayuda divina el hombre caería irremisiblemente en pecado y en miseria; mas tampoco hay que ver en este ensalzamiento de Dios apartamiento de las premisas del Aquinate, pues es simplemente el repudio de cualquier postura pelagiana, repudio a cuantos sistemas se mue-

10. En *Obres essencials*, I, 1318.
11. En *Obres essencials*, II (1960), 822 a-b.
12. En *Obres essencials*, II, 472 a - 474 b.
13. En *Obres essencials*, II, 474 a.
14. En *Obres essencials*, II, 53 b - 54 a .
15. En *Obres essencials*, II, 390 a - 392 a.

ven dentro del área de la católica ortodoxia. Será tinte franciscanista, pero sin repercusión mayor en la filosofía luliana del Derecho.

Bien lo prueba su concepción de la ley, encajada en la doctrina tomista de los saberes jurídicos. Tal su definición de la ley natural en la *Doctrina pueril*, capítulo LXVIII, como «manament intel-ligible, per raonable discreció entés, per ésser obedient a Deu» [16], estando inscrita en el orden puesto por Dios en las cosas naturales, al punto de coincidir «com natural ordinació» que espeja la grandeza y la bondad divinas, de tal guisa que la «nova lei és de gracia de Deu, fundada sobre la ley natural e sobre lei vella escrita», cual reza en el mismo *Doctrina pueril*, LXX, 1 [17]. Tal es su definición del Derecho por «actus iustitiae», constante en el *Liber proverbiorum* [18]. Tal en referir la idea de lo justo, contraponiendo la justicia de Dios a las humanales injusticias, tanto en la réplica dada por el ermitaño Félix en el libro de *Las maravelles del món, Las maravillas del mundo*, capítulo LXVI [19], cuanto en la correspondiente hilación de lo justo con lo jurídico con las dos especies del derecho según Dios y según el mundo que relata Evast a Blanquerna en el *Libro d'Evast e d'Aloma e de Blanquerna*, capítulo III [20].

Lo trascendental en la obra luliana es que fue el único pensador de su siglo que se planteó la separación y las conexiones entre los saberes filosóficos y los saberes científicos del Derecho en modo abierto terminante. Entre las muchas maravillosas originalidades de Ramón Llull consta la de que discernió entre ambas clases de saberes jurídicos con una precisión asombrosa para su tiempo. Mientras que los mayores cerebros de la época, incluido el propio Santo Tomás de Aquino, son filósofos del Derecho a secas, y al paso que la herencia de glosadores y decretistas en los postglosadores y decretalistas sus contemporáneos quedábase en mera ciencia del Derecho, con gesto verdaderamente sugeridor de las máximas admiraciones Llull acopla ambos estilos de los saberes jurídicos en la más portentosa doctrina que haya conocido la edad media.

Es suficiente leer la *Doctrina pueril* para comprender la genialidad de la aportación luliana a la teoría de los saberes jurídicos. En los capítulos LXVIII a LXX refiere la filosofía del Derecho; en el capítulo LXXVI la ciencia del Derecho. Los consideraré diferenciados en torno a esos pasajes típicos, con apoyo del resto de otras manifestaciones de su pensamiento en otras partes.

Los saberes filosóficos jurídicos son el punto de partida de todos los saberes restantes del Derecho, porque para Llull las ciencias han de acomodarse a la filosofía, y no al revés; en el Derecho la justicia es la clave de cualquier consideración, y la justicia es concepto filosófico, no científico. Los saberes filosóficos poseen una claridad que falta a la ciencia, «la ciència de dret, qui és confusa» por lo que escribe en el *Arbre de ciència* VII, 5 [21]. Motivo de ello está en que la ciencia procede por casos, la filosofía «per necessàries raons e naturals» [22].

De donde resulta la hostilidad luliana hacia los cultivadores científicos del

16. En *Obres*. Mallorca, Comissió editora Lulliana, I (1906), 120.
17. R. LLULL: *Doctrina pueril*, 123.
18. En *Opera*. Maguntiae, ex officina typographica Mayeriana, per Joannem Georgium Häffner. diez tomos. Cita al VI (1757), 122 a.
19. En *Obres essencials*, I, 418 b - 420 a.
20. En *Obres essencials*, I, 128 a.
21. En *Obres essencials*, I, 670 a.
22. R. LLULL: *Arbre de ciència*, 670 b.

Derecho y su preferencia por el planteamiento filosófico de las cuestiones. No fue, en efecto, el precursor de los postglosadores que opinara Erich Hölscher en *Von römischen zum christlichen Naturrecht, Del derecho natural romano al cristiano* [23]; pero lo contrario: la antítesis excelentemente razonada por Eugen Wohlhaupter en su *Ramon Llull und die Rechtswisssenschaft, Raimundo Lulio y la ciencia del derecho* [24]. Fuéronle antipáticos precisamente por diputarlos orígenes de confusiones. Contra el método normativista por ellos actualizado, levantó la bandera metodológica de la evidencia lógica y contra la orientación teleológica de los juristas contemporáneos prefirió buscar la causalidad. Si en el contenido de la filosofía jurídica Llull resulta acendradamente escolástico, en los senderos del método marcha reñido con los senderos trillados por los hombres de su siglo.

Contra los glosadores levanta el consejo de huir de los estudios del derecho romanista dada la peligrosidad que para el alma encierran. En la *Doctrina pueril* LXXVI, 7, dícelo: «Not do consell, fill, que aprenes dret civil car pocs son aquells que ben vege usar; e per assó és perill aprendre tal sciència, on quax tots aquells qui la aprenen n'usen mal» [25]. Por más que la peligrosidad moral no alce barrera bastante para prescindir de estudiarla. Era demasiado abierto el espíritu de la curiosidad luliana para que no le importasen los estudios de los romanistas; de ahí que, una vez hecha la salvaguardia del mal pecaminoso a que el estudio del Derecho se presta, insista en que deba ser estudiado: «en por so no t desconsey que n aprener, car gran mercè naurás, si ben vols usar» [26]. Texto de 1278, esto es de los comienzos de su carrera de pensador, que repetirá en 1311, en la novena de sus peticiones al concilio de Viena en el Delfinado, cuando tache de «confusa et prolixa» la reducción de las ciencias a silogismos y glosas, tal como veníase operando en las aulas universitarias o en las escuelas de los jurisconsultos [27].

El *Ars juris* de 1283 nace de esa constante preocupación que le atenazó delante de las temáticas jurídicas. En la cuestión 5 de la parte III demuestra cómo usando su arte es dable entender al Derecho sin reservas [28], superando la confusa prolijidad de los juristas profesionales [29]. Por lo cual en el «Prólogo» propugna reducir la ciencia a lo que él llamaba arte, en la sola manera de enlazar la ciencia del Derecho con los saberes filosófico-jurídicos.

Consciente de que el enlace era simple cuestión de método. No quiso alterar el saber filosófico del Derecho tal cual la Escolástica lo profesaba, antes más bien pretendió reforzarlo y fortificarlo mediante la simplificación de sus temáticas. «Ars ista etiam est inventa —declaró en el prólogo del *Ars iuris*— ut per Artem sciantur fortificari jura scripta, et unum cum alio concordare; et etiam, ut ingenium juristae reddatur subtile, et jura scripta reducantur ad necessarias rationes. Et etiam Ars inventa est, ut jura citius

23. Ausburg, 1931, pág. 127.

24. En el *Festschrift Ernst Mayer (Würzburg) zum 70 Geburtstage*. Weimar, Hermann Brockhaus Nachfolger, 1932, págs. 169-202.

25. R. LLULL: *Doctrina pueril*, 136.

26. Ibídem.

27. *Petitio Raymundi in Concilio generali ad acquirendam Terram Sanctam*. Editada por H. WIERUSZOWSKI, en las págs. 420-425 de la *Miscel·lània Lulliana* citada. Cita a la pág. 424.

28. RAMÓN LLULL: *Ars juris et Arbor Imperialis*. Palma. Ex typis Michaelis Cerdá, et Antich, et Michaelis Amorós, 1745, págs. 25-28.

29. R. LLULL: *Ars juris*, 1.

addicantur, et ut de ipsis artificialiter datur doctrina, et ut per judicium melius alucescat, et sit causae breviori tempore terminentur» [30].

Subordinando las ciencias a la filosofía del Derecho, no al revés. El primado del saber filosófico es indeclinable a lo largo de la entera obra de Ramón Llull, porque el derecho positivo no es más que la aplicación del concepto filosófico de la justicia a las relaciones sociales. De no ser así, de no sujetarse el saber filosófico, no habría ni ciencia jurídica ni derecho positivo. En el capítulo CVI del *Ars generalis ultima*, de 1308, asevera que «ius scriptum verum est, si principia et regulae huius Artis in eo esse possint. Si autem in eo esse non possunt, tale quidem ius phantasticum, et fictum et defformatum est» [31]. Y acudiendo a una de sus brillantísimas imágenes, la ciencia del Derecho será a modo de cristal que refleja los colores de los principios de los saberes filosóficos: «Sicut chrystallus positus supra diversos colores coloratur: sic leges aut canones quando ponuntur sive applicantur istis principiis et regulis huius artis colorantur, hoc est, fortificantur diversis rationibus necessariis» [32].

El saber filosófico es el del derecho natural. En la *Doctrina pueril* LXVIII, 2, es el que la razón descubre en el orden universal en función del fin asignado por Dios a la creación: «Aytal ley és significada al humanal enteniment per les obres que fan los elements, les plantes, les besties, les aus, los homens e totes altres creatures; car en tot so que fan segon cors natural és donada significansa com deja hom usar da rahó e com sia obedient a Deu e com fassa que venga a la fi per que és creat» [33]. Como puede verse es el conocimiento por la razón humana del orden universo establecido por la ley eterna; exactamente igual que en Santo Tomás de Aquino, es saber jurídico filosófico ceñido a la naturaleza racional del ser humano.

Confírmalo que en el *Ars brevis* diga es derecho natural el «objectum intellectus per intelligere» [34] y que en el *Liber principiorum juris* venga definido como aquel derecho que conserva en la naturaleza humana, «ut conservetur per naturam», el orden que Dios puso en el mundo [35].

La ciencia jurídica existe en función del saber filosófico del derecho natural o teoría de la justicia en el orden de los seres. Sin esa raíz filosófica la ciencia del Derecho es inútil y solamente está afirmada en el hilo de la subordinación. «Dret és sciència per intenció de tenir justicia» consignó en el *Libre d Intenció, Libro de intención* V, 19, 1 [36]. Es que el Derecho, visto científicamente está en las aplicaciones en los «particulars» en frase en el *Arbre de ciència* V, 5, 5, o [37].

Procediendo de arriba para abajo la cuestión de los saberes jurídicos para Raimundo Lulio queda cifrada en las relaciones entre el saber filosófico del derecho natural y el saber científico del derecho positivo o legislado, entendiendo por positivo el contenido de la legislación de papas y emperadores, tal como reza el *Liber principiorum juris* I, 1, h: «Est jus positivum et voluntarium per Papam ac Imperatorem antique statutum» [38]; aunque no

30. R. LLULL: *Ars juris*, 2.
31. Estrasburgo, Lázaro Zetzner, 1609, pág. 545.
32. Ibídem.
33. R. LLULL: *Doctrina pueril*, 120.
34. Apud EUGEN WOHLHAUPTER: *Die «Ars brevis»*, 42.
35. En las *Opera*, I (1721), 3 a.
36. Edición de mosén SALVADOR GALMES. Mallorca, Amengual i Montaner, 1935, pág. 45.
37. En *Obres essencials*, I, 632 b.
38. En *Opera*, I, 3 b.

coincidan en sus valoraciones, pese a ser derechos impuestos por coacción, o en la terminología luliana «voluntarios», en atención a sus fines respectivos: el derecho canónico mira a ordenar los creyentes con vistas a la salvación eterna, según dícese en el *Liber principiorum juris* I, 1, i, para «pervenire ad aeternam beatitudinem» [39]; de ahí dígase en la *Doctrina pueril* LXXVI, 1, es «dret divinal», en contraposición al derecho civil de reyes y de emperadores, caracterizado por «dret terrenal» [40]. Lo cual no obsta a que, con sutilísima agudeza, Ramón Llull no deje de aclarar, poseído de su aquilatador realismo catalanísimo, que eso sucede en teoría, pues en la práctica los clérigos actúan de manera asaz terrena: «car alcuna cosa és dret en la teoría, e son contrari és dret en la pratica; e per asó els clergues jutgen una cosa segon la teoria e altra segon la pràtica»; en la *Doctrina pueril* LXXVI, 4 [41].

El tránsito del saber filosófico al saber científico del Derecho tiene lugar a través de cuarenta formas o referencias, relatadas con exquisita minuciosidad en el *Arbre de ciència* VII, 5; las de comprar, vender, prestar, retraer, mandar, prometer, probar, otorgar, negar, dudar, establecer, procurar, quitar, arrendar, acusar, excusar, cambiar, perder, encontrar, dar, poner condiciones, atormentar, avergonzar, engañar, infamar, robar, ser lujurioso, traicionar, matar, blasfemar, desobedecer, mentir, de necesidad, por azar, a propósito, por ignorancia, por olvido, libremente, servilmente, por presunción [42]. De ellas han de deducirse las varias temáticas de la ciencia del Derecho, a través de proyectar las razones necesarias y naturales propias del saber filosófico jurídico del derecho natural.

Otra novedad de Ramón Llull es que el método elegido será el de la aplicación de las reglas algebraicas. Para ello arranca Llull en sus exposiciones de la universalidad de posibilidades brindadas por el derecho natural. Por muy numerosas que sean las cuestiones planteadas por la existencia cotidiana y por las relaciones entre los hombres, es todavía mayor la ilimitada capacidad del «ius naturae». Tanta que excede casi a los horizontes de la razón humana puesta a buscar aplicaciones prácticas, esto es a dictar normas positivas. Por muchas que sean éstas mayor es el derecho de donde según el beato mallorquín provienen: del derecho natural. «Totum jus naturale non potest scribi» asevera en el capítulo LXXVIII del *Liber proverbiorum* [43]. La única dificultad reside en hallar las vías mejores para que ese derecho natural capaz de resolver la infinitud de los casos posibles, cuaje en soluciones apetecibles y pormemorizadas.

Dificultad que se centra en dos problemas difíciles: la simplificación y la claridad. A lograrlas va el método jurídico luliano, en los dos momentos en que toca por derecho la cuestión: en el *Liber principiorum juris* de 1277 y en el *Ars juris* redactado en 1283 en Montpeller, que desenvuelve hasta la plenitud en el *Ars juris naturalis* de 1304.

Cada uno de ellos corresponde a distintos períodos del pensamiento luliano, si hemos de seguir la marcha intelectual que por peldaños trazaron los hermanos Tomás y Joaquín Carreras Artau: el *Liber principiorum juris* es la repercusión en el Derecho del *Ars abreujada d'atrobar veritat* o *Ars*

39. Ibídem.
40. R. LLULL: *Doctrina pueril*, 135.
41. R. LLULL: *Doctrina pueril*, 136.
42. En *Obres essencials*, I, 670 a.
43. *Liber proverbiorum*, 122 b.

magna primitiva de 1271, cerrando el primer ciclo del pensamiento de Ramón Llull; el *Ars juris* a su vez constituye la aplicación al campo jurídico de los principios del *Ars demonstrativa,* nueve años después de la redacción de aquélla, en una posición firme que ya no va a alterar en lo que a los saberes jurídicos se refiere la redacción del *Ars magna generalis ultima* entre noviembre de 1303 y marzo de 1308.

Bien entendido que no existe ninguna disparidad en la línea de tales momentos sucesivos. Reflejando los anhelos y los logros de los escritos mayores en el terreno jurídico, lo mismo el *Liber principiorum* que el *Ars juris* tienden a la simplificación de los saberes jurídicos, a despojarlos de la hojarasca de las referencias a los textos o a las normas positivas para enraizarlos profundamente en el fértil suelo del derecho natural. Trátase de los sucesivos esfuerzos en búsqueda de una claridad mayor, de un progresivo perfeccionamiento del largo caminar apasionadamente andado por Raimundo Lulio en aras de su empeño misionero, extendido hasta los jurídicos saberes.

El *Ars magna* de 1271 había aportado la novedad del hallazgo del término medio como instrumento para resolver el problema de encontrar la totalidad de los predicados posibles para cada sujeto dado y todos los sujetos predicables para cada predicado determinado. Instrumento que consiste en la atribución de letras simbólicas a los sujetos o predicados respectivos y en la forja de combinaciones binarias o terciarias cuya efectividad resulta de lo que representen al poner en contacto aquellas reglas simbólicas; agrupaciones lógicas de letras que Ramón Llull designa como «camerae» y con las que espera dar cima a los problemas planteados por la lógica. Así, por memorar un ejemplo ordena las cuestiones echando mano de la A para el símbolo de Dios, de S para el alma racional, de T para los principios, de V para los vicios o virtudes, de X para los opuestos, etc., todos anidados en una serie de figuras expresivas, en las que literalmente entran por los ojos las más intrincadas cuestiones del pensamiento [44].

Es la ordenación que aplica en el *Liber principiorum juris* [45] rico de hasta ciento veinte cámaras, donde a las letras generales reseñadas en la *Ars inveniendi veritatem* añade otras: la B para la materia, la C para la forma, la D para el compuesto de ambas, la E para el derecho común, la F para el especial, la G para el natural, la H para el positivo, la I para el canónico, la K para el civil, la L para el consuetudinario, la M para el teórico, la N para el práctico, la O para el que llama nutritivo, la P para el comparado, la Q para el antiguo, la R para el nuevo. Tres condiciones regulan el manejo de semejantes letras simbólicas en las ciento veinte cámaras, reducibles a figuras de triángulos consistentes en poner en relación las dieciséis letras propiamente jurídicas con las seis genéricas del *Arte* lógico mayor.

Pondré un ejemplo del modo de aplicar la construcción general a las cuestiones concretas: el decimoquinto de los veinte que el mismo Llull trae por modelos y donde se plantea si para juzgar será más preciso el derecho natural que el positivo o no. He aquí su desarrollo, en donde anida la cuestión de las relaciones a lo Llull entre los saberes filosófico, científico y técnico del Derecho: «B (materia del derecho) habet majorem proportionem ad generandum D (derecho) in C (forma) per G (derecho natural) quam per

44. Fue editada en las *Opera,* I (1721), 49 págs.
45. En las *Opera* I, 34 págs. La cita que sigue en pág. 30 a.

H (derecho positivo) secundum A (Dios) V (virtud) Y (verdad). Veruntamen ut F (derecho especial) vehementer sit contra V Z (virtud falsa o vicio) ipsum O (derecho nutritivo) causa conservandi D (derecho) in G (derecho natural) fortius cogit et inclinat judicem ad judicandum per H (derecho positivo) quam per G (derecho natural) et odire injustitiam per H (derecho positivo)» [46].

No hay por qué insistir en la novedad del procedimiento cotejado con los usuales en las escuelas o entre los juristas coetáneos. El simbolismo cuaja en coordinadas novedosas, donde los conceptos van ordenados más allá del rigor cerrado de los silogismos, para otorgar mayor importancia a un intuicionismo no desgajado del proceso mental razonador. La manera de poner en contacto los conceptos entre sí es nueva por completo y en ella prima la referencia directa, desnuda del cauce formal del simbolismo en boga o de la menudencia del comentario glosador. Con los mismos ladrillos habituales levanta Llull originalísimamente otra nueva arquitectura del pensar jurídico, otro tipo de saberes ignorado antes en Occidente.

El *Liber principiorum juris* cierra así las aplicaciones especializadas de la primera lógica luliana. Por los entonces daba ya a luz su *Ars demostrativa*, síntesis al par que arranque de otro simbolismo más depurado, avance rotundo por el sendero del simbolismo lógico. Aunque la depuración, lejos de simplificar los argumentos, los dificulte en la medida en que acrece al simbolismo.

Basta poner en relación el casi coetáneo *Liber principiorum juris* con las problemáticas jurídicas del *Ars demostrativa* para calibrar los extremos hasta donde le llevó su afán combinatorio. La cuestión que antes traje como modelo para valorar el método en el *Liber principiorum juris*, o sea la de las relaciones entre los derechos natural y positivo, y que es ahora señalada con el número 21, viene contestada así: «(materia natural) (n.y.) (e.y.) (i.z.) (tesórica (*sic*) práctica) (majoritat minoritat) (esser privació).»

Las propias definiciones del Derecho o del derecho natural son ya complicadas aun siendo meras definiciones. El Derecho queda definido así: «(dret dret) (e.a.u.y.) (i.u.z.) (creatura operació) (apetit actus).»

Y el derecho natural por el siguiente procedimiento: «(natural natural) (a.a.) (dignitat relació) (s. s.) (e.a.u.y.) (i.u.z.) (aer aer) (aer aygua) (aer terra)» [48].

Aun siendo casi contemporáneas según los especialistas en cronología luliana, son obras de diferente alcance. La parte jurídica del *Ars demostrativa* posee mayor nervio, resulta infinitamente más depurada, más perfilada y más cargada de simbolismos que los textos del *Liber principiorum juris*.

Estilo más depurado que preside asimismo las referencias que al Derecho constan en el *Liber propositionum secundum artem demostrativam*, de fecha análoga de finales del octavo decenio del siglo XIII, donde el Derecho queda encerrado en la fórmula siguiente: «(positivum, formale, materiale) (Deus, principium, finis)» [49].

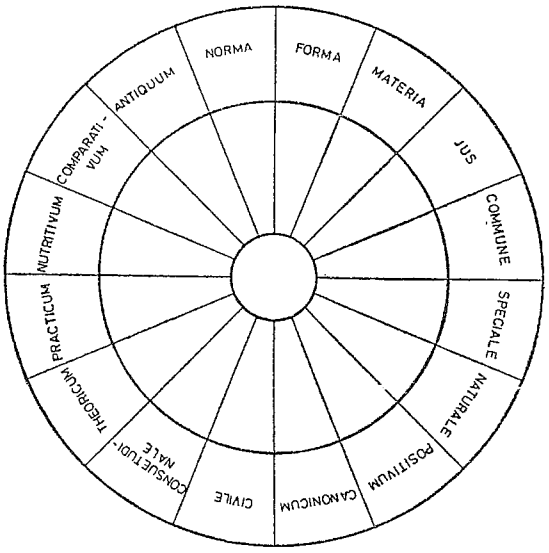
Aunque la parcela más novedosa de la metodología de los saberes jurídi-

46. En *Obres*, XVI (1932), 273.
47. R. LLULL: *Ars demostrativa*, 274.
48. R. LLULL: *Ars demostrativa*, 279.
49. En *Opera*, III (1722), 55.

cos lulianos en este período sea la aparición de las figuras como claves para la significación de los saberes del Derecho y expresión gráfica especializada de esquemas ya planteados también con figuras en las cuestiones generales de la lógica mayor. Aplicaciones de las figuras generales del *Ars demostrativa* al Derecho que Ramón Llull lleva a cabo hacia los mismos años en el tratado *Lectura super figuras Artis demonstrativae,* donde explana su metodología en tres figuras jurídicas especiales, creyendo haber con ellas resuelto el problema que le atenazaba: sacar al derecho positivo de los saberes del derecho natural o justificarlo por reducciones al último. «Per ea, quae de jure naturali declaravimus, potest artista jus positivum examinare et artificialiter reducere ad jus naturale» [50].

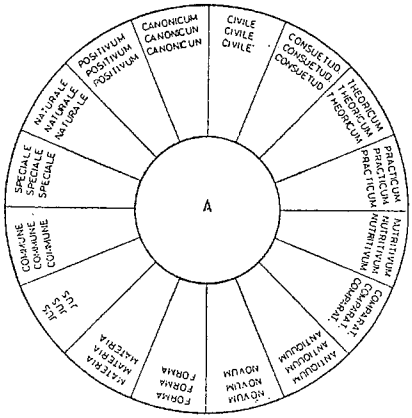
Originalísimo es el procedimiento y prejuzga la entera lógica modernísima en cuanto dichas figuras son en realidad tablas en las que caben los cálculos de probabilidades posibles en la realidad jurídica. Basta verlas sucesivamente en las tres figuras que siguen, típicas en la manifestación de los saberes jurídicos lulianos.

La primera, expositiva, según los simbolismos dichos [51]:



50. En *Opera,* III, 49 b.
51. En *Opera,* III, últimas páginas sin numerar.

La segunda, constructiva en primer grado de relaciones de saberes [52]:



La tercera, constructiva también, auténtica tabla de las posibilidades de todos los saberes del Derecho [53]:

Form	Mater	Jus	Com.	Speci	Natur	Positi	Cano	Civile	Consu	Theor	Pract	Nutri	Comp	Antiq	Novu
Form	Mater	Jus	Com	Speci	Natur	Positi	Cano	Civile	Consu	Theor	Pract	Nutri	Comp	Antiq	Novu
Form	Mater	Jus	Com.	Speci	Natur	Positi	Cano	Civile	Consu	Theor	Pract	Nutri	Comp	Antiq	
Mater	Jus	Com	Speci	Natur	Positi	Cano	Civile	Consu	Theor	Pract	Nutri	Comp	Antiq	Novu	
Form	Mater	Jus	Com	Speci	Natur	Positi	Cano	Civile	Consu	Theor	Pract	Nutri	Comp		
Jus	Com	Speci	Natur	Positi	Cano	Civile	Consu	Theor	Pract	Nutri	Comp	Antiq	Novu		
Form	Mater	Jus	Com	Speci	Natur	Positi	Cano	Civile	Consu	Theor	Pract	Nutri			
Com	Speci	Natur	Positi	Cano	Civile	Consu	Theor	Pract	Nutri	Comp	Antiq	Novu			
Form	Mater	Jus	Com	Speci	Natur	Positi	Cano	Civile	Consu	Theor	Pract				
Speci	Natur	Positi	Cano	Civile	Consu	Theor	Pract	Nutri	Comp	Antiq	Novu				
Form	Mater	Jus	Com	Speci	Natur	Positi	Cano	Civile	Consu	Theor					
Natur	Positi	Cano	Civile	Consu	Theor	Pract	Nutri	Comp	Antiq	Novu					
Form	Mater	Jus	Com	Speci	Natur	Positi	Cano	Civile	Consu						
Positi	Cano	Civile	Consu	Theor	Pract	Nutri	Comp	Antiq	Novu						
Form	Mater	Jus	Com	Speci	Natur	Positi	Cano	Civile							
Cano	Civile	Consu	Theor	Pract	Nutri	Comp	Antiq	Novu							
Form	Mater	Jus	Com	Speci	Natur	Positi	Cano								
Civile	Consu	Theor	Pract	Nutri	Comp	Antiq	Novu								
Form	Mater	Jus	Com	Speci	Natur	Positi									
Consu	Theor	Pract	Nutri	Comp	Antiq	Novu									
Form	Mater	Jus	Com	Speci	Natur										
Theor	Pract	Nutri	Comp	Antiq	Novu										
Form	Mater	Jus	Com	Speci											
Pract	Nutri	Comp	Antiq	Novu											
Form	Mater	Jus	Com.												
Nutri	Comp	Antiq	Novu												
Form	Mater	Jus													
Com	Antiq	Novu													
Form	Mater														
Antiq	Novu														
Form															
Novu															

52. Ibídem.
53. Ibídem.

Desarrollo de las figuras jurídicas

Por los mismos años de 1277 en la *Introductoria Artis demonstrativae* reitera la manera algebraica cuando se ocupe esquemáticamente de los principios, materia, forma y ramas del Derecho [54].

Manera que le durará hasta el fin de sus días. Hacia 1310 tenemos aún aplicación concreta de este cuadro en el *Artificium electionis personarum* y en el *Ars notandi*, cuya copia de mano del médico de Lorenzo el Mágnífico de Florencia, un tal Pier Leoni, se guarda en la Biblioteca Vaticana [55]. La primera utiliza la misma nomenclatura manejada en el *Ars compendiosa inveniendi veritatem* o *Art abreujada d'atrobar veritat*, datada en 1271 por los especialistas, cuyo artificio emplea a lo largo de sus temáticas a tantos años de distancia [56], para dar en combinaciones que repiten a la letra las de la tercera de las tablas reseñadas, cual podrá cotejar el lector a simple vista con la figura que es eje del mentado *Artificium electionis personarum* [57]:

bc	cd	de	ef	fg	gh	hi	il	lm	mn	no	op	pq	
bd	ce	df	eg	fh	gi	hl	im	ln	mo	np	oq		
be	cf	dg	eh	fi	gl	hm	in	lo	mp	nq			
bf	cg	dh	ei	fl	gm	hn	io	lp	mq				
bg	ch	di	el	fm	gn	ho	ip	lq					
bh	ci	dl	em	fn	go	hp	iq						
bi	cl	dm	en	fo	gp	hq							
bl	cm	dn	eo	fp	gq								
bm	cn	do	ep	fq									
bn	co	dp	eq										
bo	cp	dq											
bp	cq												
bq													

Sistema del cual se vale para demostrar los mejores procedimientos en la elección de las dignidades políticas o eclesiásticas, a través de una tabla precisa donde las letras expresan la honestidad en el vivir, la sabiduría, la disposición corporal y demás cualidades pertinentes [58]. Con repercusiones efectivas en la realidad del horizonte que circundaba a Llull, tan can-

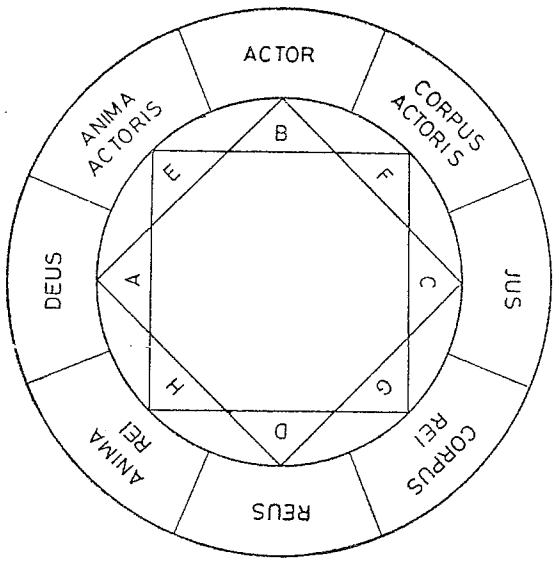
54. En *Opera*, III, 105 b - 112 b.
55. Descubiertas por LORENZO PÉREZ MARTÍNEZ: *El «Ars notandi» y el «Ars electionis», dos obras desconocidas de Ramón Llull*. En *Estudios Lulianos*, III (1959), 275-278.
56. *Artificium electionis personarum*, en el códice latino 9.332 de la Biblioteca Vaticana, folio 11.
57. Ibídem.
58. *Artificium electionis personarum*, 11 vto. - 12.

dentes como la extirpación de la plaga de la simonía merced a estas fórmulas de auténtica álgebra de políticos saberes [59].

En el *Ars notandi* o *Ars notatoria*, tras una primera parte consagrada a glosar cierta carta del soldán de Babilonia [60], aplica las mismas reglas antiguas del *Ars inveniendi veritatem* para construir una figura donde combina las dieciocho letras consabidas aunadas a diecinueve números contrarios [61], para concluir demostrando la validez del sistema con la resolución de las diez cuestiones prácticas de las que pueden surgir en un estudio de notario [62].

Seis años más tarde, en 1283, en el *Ars juris*, culmina la lograda reforma lulista de la metodología jurídica con la formulación madura de las tablas de engarce entre los saberes científicos y los saberes filosóficos del Derecho. Dividido en tres partes donde va ocupándose de las figuras de las reglas y de las cuestiones en que éstas hallan aplicación detallada, las dos figuras que le ornan dan en la más grande expresión de las maneras de los saberes jurídicos de Ramón Llull.

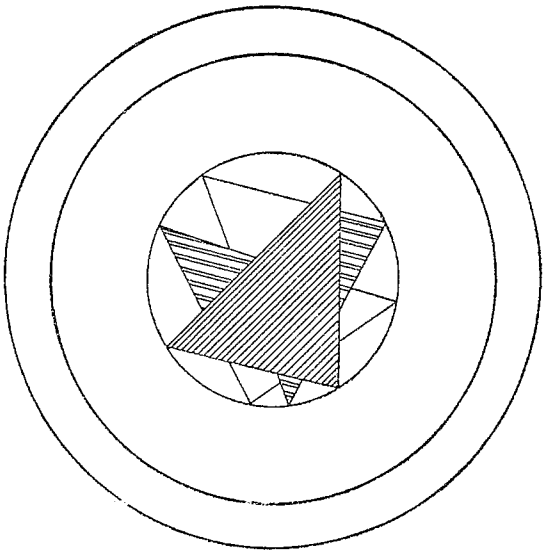
Cambia el valor simbólico de las letras. A es Dios, B el actor, C el derecho, D el reo, El el alma del actor, F el cuerpo del actor, G el cuerpo del reo y H el alma del reo; según el esquema de la primera figura siguiente, en donde dos cuadros concéntricos y entramados con equidistancia cifran la proyección gráfica de semejantes símbolos, dinámicamente colocados [63]:



59. *Artificium electionis personarum*, 11 vto.
60. En el mismo Códice Latino Vaticano 9.332, folios 1-4.
61. R. LLULL: *Ars notandi*, folio 4. Explicando cumplidamente el simbolismo de las letras en folios 5-8.
62. R. LLULL: *Ars notandi*, 8-10 vto.
63. R. LLULL: *Ars juris*, primeras páginas dobles sin numerar.

Del juego de ambos cuadrados prometióse Llull ópimos frutos. «In his duobus quadrangulis —exclamó con emoción— potest quodcumque jus sive canonicum, sive civile artificialiter inquiri et inveniri mediante secunda figura inserta primae» [64].

Tal sucede cuando aplique al esquema jurídico así logrado los criterios y módulos de la lógica general, esto es, la serie de triadas principio-medio-fin, diferencia-concordancia-contrariedad y mayoría-igualdad-minoría. Tal es el juego lógico de la segunda figura, en la cual cierto hábil encaje de tres triángulos concéntricos y variopintos en colores diferentes permite insertar en las triadas lógicas aplicadas al Derecho las series de conceptos precisadores secundarios, a su vez formulados en nuevas triadas de causa-cantidad-tiempo, perfección-complemento-privación, conjunción-medida-extremosidad, intelectual-sensual-intelectual y sensual, sustancia-accidente-sustancia y accidente. Con lo cual resulta el siguiente artificio gráfico [65]:



Las diez reglas complementarias, si de un lado facilitan y de otro perfilan la virtualidad poderosa de las figuras, además insisten en la orientación del contenido de la filosofía del derecho luliano, como siempre tendiendo a la omnivalidez del derecho natural, esto es afirmando el primado absoluto de los saberes filosóficos sobre los científicos y artísticos. Pueden separarse en dos secciones: lógica y jurídica, o, si se quiere para ser más exactos, preferentemente lógicas y preferentemente jurídicas. Las primeras son las seis iniciales. La que hace el número uno por centrar una vez más

64. R. LLULL: *Ars juris*, 4.
65. R. LLULL: *Ars juris*, primeras páginas dobles sin numerar.

la metodología que enlaza filosofía con ciencia del Derecho en el momento oportuno de la formación de la lógica general de las *Artes*. La segunda porque enseña el manejo de la segunda figura que la tercera regla pone en relación con la anterior, en trazos complementados por la cuarta. La quinta y la sexta, que enseñan a preferir la primera intención a la intención segunda y lo necesario a lo contingente, recogen la problemática del dualismo a lo tomista que es la llave suprema para entender la filosofía jurídica de Ramón Llull de acuerdo con lo que razoné en los inicios de la presente glosa [66].

Las cuatro reglas de mayor tinte jurídico son a su vez discernibles en dos sectores: el integrado por la séptima y la octava, que enseñan la reducción de todo derecho positivo al derecho natural, esto es de todo saber científico, mediante el manejo complementario de ambas figuras; y el que constituyen la novena y la décima, dedicado a mostrar la aplicación concreta de las fórmulas del *Arte* a través del adecuado empleo de los triángulos de la figura posterior, puestos en relación con el dualismo actor-reo de la antecedente [67].

En el manejo de las figuras Ramón Llull abandona poco a poco el simbolismo literal, cuyo paroxismo extremo culminó en el *Ars demonstrativa*. Por repetir el punto que he tomado antes como ejemplo, el de las conexiones entre los saberes científicos y filosóficos que es el de las relaciones entre los derechos positivo y natural, he aquí como trata la cuestión en la novena de las que adujo para modelo de aplicación de su método, al preguntarse: «Quomodo jus positivum debeat reduci ad jus naturale et per illum examinari?» [68]. Sin acoger la totalidad de las argumentaciones, que harto largas son, baste memorar el postrero: «Nullum jus potest esse contra A (Dios) ... quod C (derecho) sit majus quo ad A (Dios) quam quo ad B (actor) D (reo) et quo ad E (alma del actor) H (alma del reo) quam quo ad F (cuerpo del actor) et quo ad E (alma del actor) G (cuerpo del reo) et si praedicta non salvantur in illo, non est jus, quia contradicit principijs juris» [69].

Tal será el futuro método aplicado por Llull a las cuestiones del Derecho. Recuérdese como en la *Lectura super Artem inventivam et tabulam generalem* responde en 1295 a la pregunta de qué sea la justicia poniendo en relación la igualdad con la magnitud y con la bondad [70], con arreglo al triángulo correspondiente parejo a la mencionada segunda figura del *Ars juris*; o como en el *Arbre de sciència* redactado en el siguiente año de 1296 las figuras repiten en el nuevo dibujo de los troncos, de las raíces, de las ramas y de las hojas idénticas coordenadas a las señaladas en los polígonos de las dichas figuras del *Ars juris* [71].

La metodología simbolizada en el típico árbol paralela al esquematismo de las figuras simbólicas culmina en el *Ars juris naturalis*, que se conserva inédito en la Biblioteca Ambrosiana de Milán [72]. Es quizá el más carac-

66. R. Llull: *Ars juris*, 7-10.
67. R. Llull: *Ars juris*, 11-13.
68. R. Llull: *Ars juris*, 35-37.
69. R. Llull: *Ars juris*, 37.
70. *Opera*, V (1729), 336 a. En el párrafo 440, que reza: «Justitia est illa virtus, quae ponit aequalitatem in magnitudine ac bonitate».
71. En todas las partes del *Arbre de ciència*.
72. En la Biblioteca Ambrosiana de Milán, manuscrito I-121-inf., folios 11-21.

terístico de cuantos escritos lulianos tocantes al Derecho por la audacia pausada de las construcciones como por la reiterada afirmación de que «in jure communi omnia iura particularia quescunt» [73]; siendo aquel derecho común el derecho natural que cabe en la razón humana, al cual en consecuencia la totalidad de los «iura particularia reducentur... glosentur et intellingantur respectu iuris naturalis» [74]. Ni que decir tiene insistirá en componer este arte consagrada al derecho natural por suma y sustrato de todos los derechos «ad modum artis generalis» [75], dentro de la recia trabazón de su sistema entero.

El punto central del *Ars juris naturalis* es un árbol, florida y deliciosamente pintado en el manuscrito milanés, tronco en azul, letras que son los frutos en rojo vivo, hojas en verde oscuro. Las letras son nueve prescindiendo de la A, que, como es sabido, reservará siempre para símbolo de Dios. La B es la bondad, la C concordancia entre justicia y realidad, la D la realidad de las cosas, la E la potestad del príncipe, la F el conocimiento de los medios adecuados, la G la voluntad que atempera los medios al fin, la H la «virtus maioritas» que establece las proporciones inherentes a la justicia, la I ecuación de la verdad con lo justo cualitativamente considerado, la K la proporción misma del orden justo de las cosas [76].

En la perspectiva de Llull el derecho natural y la justicia coinciden por completo; en otros términos, el derecho natural es el saber filosófico de la justicia. Incluso en las aplicaciones más menudas de la artesanía jurídica, en las sentencias judiciales, porque la «justicia e. ens. cum q. iudex iudicium rectum causat» [77]. El saber científico se sujeta al saber filosófico; el derecho positivo aparece siendo «subditum iuri naturali» [78], porque su íntegra capacidad de justicia consiste en la medida en que se acomode a los preceptos del derecho natural [79].

La conclusión sería, y Llull la deja entrever bajo el ropaje de la terminología del siglo, transformar al juez en legislador si pudiera interpretar directamente al derecho natural: «iudex possit plus agere d. bono cum iur. naturali q. cum positivo» en sus palabras terminantes [80]. Pues la última razón de todo saber jurídico sea artístico o sea científico anida en la dependencia del saber filosófico del derecho natural. En el fondo hostilidad hacia el derecho positivo, primado de la filosofía del Derecho sobre la ciencia del Derecho dentro del cauce de las filosofías escolásticas del siglo.

Pese a las aparentes ausencias de figuras, el más matemático de los tratados lulianos del Derecho es el *Ars brevis, quae est de inventione mediorum iuris civilis*, referido según la explicación de Eugen Wohlhaupter antes aludida. Aquí los principios suben a dieciocho: «bonitas, magnitudo, duratio, potestas, sapientia sive intellectus, voluntas, virtus, veritas et gloria, differentia, concordantia, contrarietas, principium, medium, finis, majoritas, aequalitas, moralitas». A ellos se yuxtaponen las reglas o categorías conceptuales: existencia, causalidad, cantidad, cualidad, espacio, tiempo, «quiddi-

73. R. LLULL: *Ars juris naturalis*, 20 a.
74. R. LLULL: *Ars juris naturalis*, 11 a.
75. Ibídem.
76. R. LLULL: *Ars juris naturalis*, 11 b.
77. R. LLULL: *Ars juris naturalis*, 11 vto. b.
78. R. LLULL: *Ars juris naturalis*, 13 a.
79. R. LLULL: *Ars juris naturalis*, 13 vto. a.
80. R. LLULL: *Ars juris naturalis*, 13 b.

tas», materialidad, moralidad e instrumentalidad. Del juego de ambas listas resulta riquísima gama de aplicaciones concretas.

Fundamento de todo tipo de derecho es asimismo aquí el derecho divino, definido «ens causans, gubernans et ambiens omnia alia iura». Entiéndelo el hombre a través del intelecto en el derecho natural, por eso concebido por «objectum intellectus per intelligere». El derecho natural capta al derecho divino por demostraciones, en la línea del intelectualismo tomista en que lo califiqué arriba; mientras que el derecho positivo nace de la contemplación del derecho divino desde la dialéctica de la vida social; de ahí sea el derecho como «objectum intellectum per credere», porque en su fijación intervienen aspectos científicos de los saberes del Derecho, cuales la «opinio» y la «conjectura» variables, de las que está exento el saber filosófico del derecho natural por su misma racionalidad en la asunción de las normas del derecho divino [81]. Una riquísima casuística, analizada por Eugen Wohlhaupter [82] denota la capacidad de traer a los saberes científicos semejante saber filosófico del Derecho, solamente en apariencias asaz abstracto.

Si prescindimos de algún texto menor, como el *Liber de modo applicandi novam logicam ad scientiam juris et medicinae* [83], cabe concluir que la aportación luliana a la teoría de los saberes jurídicos es la cumbre del pensamiento medieval en Occidente. Tuvo en cuenta, y solamente él los tuvo, tanto a los saberes científicos como a los filosóficos y a los técnicos. Ni se contentó con labrar una filosofía del Derecho al modo de los escolásticos, ni una ciencia del Derecho al estilo de los glosadores. Abarcó todos los problemas y a cada cuestión otorgó el planteamiento conveniente en el lugar adecuado. Lo cual no implica los equiparara, antes supo establecer siempre la debida jerarquización entre ellos. Cuando en el *Ars juris* corrije a Justiniano, que es prenda de los científicos, para colocar por norma suprema del derecho natural, que es saber filosófico, anterior a las del vivir honestamente y rendir justicia a cada uno, la del «Deum diligere» [84], la del amor de Dios, está ordenando los saberes del Derecho con una amplitud de campos de mira y con una claridad de vista que no encuentra parigual en la Edad media en Occidente. Sin contar lo que implica para precedente de la lógica jurídica moderna lo novedoso de su álgebra y de su trigonometría jurídicas; mas este es tema aparte, que está pidiendo una tesis doctoral de la que todavía no tengo yo noticia.

Las repercusiones del saber jurídico de Llull han ido más, sin embargo, por la aplicación de la lógica que por la valoración de su eminente lugar en la teoría de los saberes del medievo. De la fecundidad del método luliano en la cara algebraica díganlo las páginas que el jesuita Atanasio Kircher consagró a los problemas del Derecho en su *Ars magna sciendi in XII libros digesta* [85] o lo que escribiera otro jesuita, el alcaraceño Sebastián Izquierdo en el *Pharus scientiarum* [86]. De las posibilidades en la faceta trigonométrica o figurativa dan fe los triángulos, cuadrados y círculos que combinó Bernardo Lavinheta en su *Práctica compendiosa Artis Raymundi Lulli* [87].

---

81. En E. WOHLHAUPTER: *Die «Ars brevis»*, 42-43.
82. En E. WOHLHAUPTER: *«Die Ars brevis»*, 45-51.
83. Editado por CARMELO OTTAVIANO en los *Estudis Universitaris Catalans*, XIV (1929), 5-12.
84. R. LLULL: *Ars juris*, 11.
85. Amstelodami, apud Joannem Jansonium á Waesberge, et Viduam Elizei Weyerstraet, 1669, páginas 394-410.
86. Lugduni, sumptibus Claudii Bourgeot, et Mich. Lietard, dos tomos. Cita al II (1569), 256.
87. Lugduni, Joannes Meylin de Cambray, 1523, folio 213 vto.

Que Ramón Llull consideró a la ciencia del Derecho desde la filosofía del Derecho trayendo fecundísimas incitaciones que la renuevan, como ya reconoció Friedrich Carl von Savigny en la *Geschichte des römischen Rechts in Mittelalter* [88]. Mérito indudable que nadie disputarle puede y que ya antes de Savigny fue estimado por pléyade de lulianos entusiastas; así el castellano Pedro de Guevara en su *Arte general para todas las ciencias en dos instrumentos. Recopilada del Arte magna y Arbor Scientiae del doctor Raymundo Llull,* declarando que con el método luliano «se podrán reducir a ciencia, y demostración todas las cosas legales» [89]; el penitenciario mallorquín Juan Seguí en la *Vida y hechos del admirable dotor, y martir Ramón Llull vezino de Mallorca,* proclamando como el Beato Barbaflorida «de leyes canónicas y civiles dixo maravillas, y reduxo a Arte y principios generales la facultad jurisperita, que a los que no lo quieren ver parece dislate y devaneo» [90]; o el deán tarazonés Pedro Jerónimo Sánchez de Lizarazo cuando en su *Generalis et admirabilis methodus ad omnes scientias facilius, et scitius addiscendas: in qua eximji et piissimi doctoris Raymundi Lullj «Ars brevis» explicatur* sostuvo que «per istum methodum poterit jurisperitus, ad casus quoslibet expectantes ad Jurisprudentiam respondere» [91].

De donde resulta la transcendencia de la postura de Ramón Llull en la teoría de los saberes jurídicos, aunando al filosófico con el científico, a los teólogos con los glosadores, a los principios con los casos judiciales. Nadie produjo en sus siglos tan cabal teoría acerca de los saberes del Derecho.

88. Darmstadt, Hermann Gentner Verlag, ocho tomos. Cita al V (1956), 615-616.
89. Madrid, Pedro Madrigal, 1586, folio 85.
90. Mallorca, Gabr. Guasp, 1606, folios 24 vto. - 25.
91. Turissonae, per Carolum á Lauayen, 1619, folio 152 b.

14. *Los saberes jurídicos en el siglo XIV*

Tres son las tendencias cardinales durante el siglo XIV en los problemas de los saberes jurídicos: los postreros flecos de la filosofía escolástica en las figuras menores, cuales Godofredo de Fontaines o Ricardo de Middletown o Mediavilla; los postglosadores, en la doble rama de romanistas y de canonistas, condimentados por los anticipos humanistas con que va dando de mano al método escolástico el napolitano Lucas o Luca de Penna, y, finalmente, la formulación de Marsilio de Padua, cuya personalidad original también aquí cobra significación acreedora a tenerla de memoria.

Entre los escolásticos menores repercute la doctrina del saber de los grandes sistemas, sean franciscanos, sean dominicos. En el tratado *Super quatuor libros Sententiarum*, que Ricardo de Middletown (1249-1300 a 1308) redacta en 1284, la ciencia de las leyes positivas, que se ocupa de las normas dictadas por los príncipes, queda subsumida en la ley eterna dictada por Dios para el universo entero, incluidas las sociedades humanas; en el libro III, distinción 37, artículo 1, cuestión 2, escribirá que «ordo autem debitus hominis in seipso, cum sit animal rationale, non per naturam solitarium vel magis politicum et sociale, includit ordinem voluntatis seu per comparationem ad proximum». Por su parte, en la línea dominica, el maestro secular Godofredo de Fontaines († 1306) asevera que el saber filosófico del Derecho va referido a la razón, en la ley eterna según la razón eterna de Dios, en la ley natural a tenor de la razón humana; así en el *Quodlibet XV*, quaestio 7. Mientras que los saberes de las leyes positivas van atenidos al bien común, dado es la utilidad pública la causa del poder; así en el *Quodlibet XII*, quaestio 3. En la consideración de los saberes del Derecho, la bifurcación entre lo filosófico y lo científico sigue la línea divisoria de los magnos sistemas de las escuelas respectivas, sin que parezca necesario echar mano de más citas eruditas para subrayar la situación doctrinal entre los escolásticos menores.

En el ámbito de los juristas, o sea, el propiamente jurídico, la *Glossa ordinaria* de Accursio cierra el período de los denominados glosadores, puesto que comprende ordenada la totalidad de los materiales precedentes. La *Glosa magistralis* accursiana representa para la escuela de la Glosa lo que fuera el *Digesto* para los juristas de Roma; es el colofón encerrador de una cierta manera de los saberes. Después de ella, la concepción de la ciencia jurídica tuvo dos posibilidades: remozarse o perecer.

La salvación vino de sustituir la forma del método gramatical por los modelos de las escuelas filosóficas, entonces en el apogeo de la magna Escolástica de los Santo Tomás y de los Duns Scoto. A las glosas suceden los comentarios, a la casuística servil los empeños sistemáticos originales,

a la aclaración exegética la profundización de los textos apelando al método escolástico, «i skolastikom metodom proncavali teskt po teskt» según la frase gráfica del croata Marijan Hervat en su *Rimsko Pravo, Derecho romano* [1]. Con los postglosadores irrumpen en los saberes jurídicos las disciplinas filosóficas, íntegro el riquísimo complejísimo aparato de sus distinciones y de sus definiciones. Rómpese el molde sistemático justinianeo, por más que siempre sigan sirviendo los textos justinianeos de punto de partida. Del modelo de las escuelas de gramática asciéndese a tomar por ejemplo las escuelas de la filosofía. De donde el impulso al pensamiento, los renovados vigores en las discusiones calcadas sobre las disputas filosóficas o teológicas. Si antes ya algunos glosadores, como Irnerio, Giovanni di Bassiano o Azo habían empleado métodos dialécticos, lo que entre ellos constituyera excepción va a ser ahora la regla generalmente difundida. Con Bartolo de Sassoferrato (1314-1357) la dialéctica reina soberanamente en las cuestiones jurídicas, matizando los trabajos y rejuveneciendo sus contenidos. A los «brocarda» pedagógicos suceden los intentos de procurarse principios fundamentales del Derecho. Ya no bastan, por eso, los comentarios a la letra; son necesarios los instrumentos de otros saberes y van a ser tomadas en cuenta las disciplinas de la historia, de la filosofía y de la lógica. Bartolo de Sassoferrato, Cino de Pistoya (1270-1336), Luca de Penna (c. 1343-c. 1382) o Baldo de Ubaldis (1327-1400) traen consigo aire fresco que ampliará los horizontes. Las obras de Justiniano son la raíz mas no el límite encauzador. Con los postglosadores ocurre, salvadas las grandísimas distancias, algo parecido a lo que sucedió con la introducción de la filosofía helénica en Roma: que del arte del Derecho se pasa a la filosofía y a la ciencia razonada del Derecho.

Por lo demás los glosadores viven el Derecho en manera no soñada por los predecesores de Accursio. Lo que F. de Zulueta escribe de *Cino de Pistoya* en el artículo de este título en la *Encyclopaedia of the Social sciences, Enciclopedia de las ciencias sociales*, de que combinó los textos romanos con la vida práctica [2], puede ser sostenido de todos los postglosadores en general; forjan un «living law», un derecho vivo, en las palabras de Harold Dexter Hazeltine [3]. El afianzamiento de los reinos en Occidente a partir del 1300 supuso la afirmación de un «ius propium» en cada uno de ellos aumentando la importancia de los derechos consignados en los estatutos en relación a los derechos comunes con pretensiones de universalidad, cuales el romano o civil y el canónico; de suerte que, sin mengua de la reafirmación de la universalidad de la Iglesia y del Imperio, haya de plantearse la nueva realidad de las particularidades jurídicas, cada instante más consolidadas y robustas.

Semejantes novedades acúsanse ya en los trabajos de Cino de Pistoya, con el método por él inaugurado, tan dispar de los procedimientos usuales entre los cultivadores de la Glosa. La *Lectura super Codice*, redactado hacia 1313, que ya dio trabajo a las prensas en el siglo XV [4], es un grito intelectual de combate y una bandera de saber científico. Ya no se ceñirá al comentario literal, antes éste no será más que el primer momento de «lectio litterae», al cual seguirá la «divisio legis» que descoyunta al texto en

1. Zagreb, Skolska Kniga, 1962, pág. 32.
2. Undécima edición. New York, The Macmillan Company, III (1954), 470 b.
3. En la *Introduction* a WALTER ULLMANN: *The medieval idea of Law as represented by Lucas de Penna*. London, Methuen and Co, 1946, pág. XIX.
4. Papiae, per Franc. Girardengum, 1483, y Venetiis, per Andr. de Thoresanis de Asula, 1493.

los fragmentos lógicos que le integran; la «expositio» reconstruidora del sentido total; la «positio casuum» que resume la cuestión; la «collectio notabilium», que recoge las observaciones suscitadas; las «oppositiones» u objecciones posibles, que recuerdan los «sed contra» de los tratados teológicos; y las «quaestiones» o problemas inferibles que puedan deducirse del conjunto o de los detalles. Con lo cual, al igual que en los tratados filosóficos de la Escuela, el análisis de la letra viene suplantado por la averiguación de la «ratio legis», los «brocarda» antes usuales son desplazados por la profundización analítica. Como escribiera el propio Cino de Pistoya en la *Lectura super Codice* IV, 35, mandati 1, ad comparandas, 16: «via est brocardica et ideo est semper dubia», para subrayar las novedades que postula y que van a ser la magna diferencia que escinde a la Glosa anterior de la Postglosa triunfante en el siglo XIV en los saberes del Derecho.

Cino de Pistoya poseyó consciencia clara de las novedades que traía, así como la separación entre filosofía del Derecho y ciencia del Derecho; en su vocabulario, entre la ética, que relega a la filosofía, y la ciencia jurídica, por él cultivada. Cino albergó ya noción clara de la penetración de los métodos filosóficos en el Derecho y de que semejante penetración diferenciaba al nuevo método científico de los postglosadores del antiguo estilo de los glosadores precedentes. La cuestión, por él abierta y que durará hasta nuestros días, aparece en el párrafo 9 de su *Proemium ad lecturam super Digestum vetus*, cuando anotó: «Videndum est, cui parti philosophiae subalternatur scientia nostra? Multa possent dici, tamen doctores communiter dicunt, quod subalternatur ethicae».

Tendencia que culmina en la insuperable labor científica de Bartolo de Sassoferrato, consolidador del método inaugurado por su maestro Cino en tanto grado que para Friedrich Carl von Savigny en la *Geschichte des römischen Recht im Mittelalter, Historia del derecho romano en la edad media*, fue Bartolo quien introdujo la dialéctica en el cultivo del Derecho [5] y quien ahondó en el afán de sustituir por planteamientos profundamente exhaustivos la anterior superficialidad de los «brocarda» literales. Comentador del íntegro *Digesto*, del *Código*, de las *Novelas* y de las *Instituciones*, o sea del entero cuerpo justinianeo, amén de redactor de sendos tratados de *Consilia* y *Quaestiones*, abarcador omnicomprensivo y exhaustivo de la totalidad de las ramas del Derecho, de creer a lo que suscribe Francesco Calasso fundador del derecho público y del derecho internacional privado [6], encarnó en tamaño grado la nueva orientación como para tornar verdadero el refrán de que no será buen jurista quien no pise sus huellas: «nullus bonus jurista, nisi sit bartolista». No obstante la brevedad de su existencia, Bartolo de Sassoferrato se identificó como nadie con lo que fue la ciencia jurídica en el siglo XIV.

Contemporáneo y no menos ilustre, aunque adoleciendo de menores créditos famosos, fue el napolitano de los Abruzzos Luca de Penna, también consciente formulador de la autonomía de los saberes científicos en relación con los filosóficos, en los campos del Derecho. Luca de Penna recoge la vieja distinción entre ciencia y sabiduría como saberes respectivamente de las cosas humanas y de las materias divinas en su obra cardinal, el *Comentario a los Tres libros del Código X, XI y XII*, compuesto entre 1348

5. F. C. von SAVIGNY: *Geschichte*, VI (1956), 7.
6. F. CALASSO: *Medio evo nel diritto*, 575 y 577.

y 1360: «scientia intelligitur quoad humana, sapientia quoad divina», reza en XI, 18, 1, 25 [7].

Ambas vienen proyectadas sobre la ley; de donde resultan la ley divina, con su repercusión sobre la ley natural, que es la contemplación filosófica de lo normativo del orden de las realidades naturales, toda vez que «lex est ratio insita in natura»; y la ley humana, consistente en el conjunto de preceptos cuyo objeto estudia la ciencia legal, arte que se hace ciencia al someter tales preceptos a la razón humana; en el X, 4, 1, 1, a la letra «ars est collectio praeceptorum et hoc modo scientia legalis dicitur ars».

Por referirse al orden del bien común, que es el supremo valor en las humanas sociedades, así como por derivar del orden por Dios establecido en la ley divina, la ciencia legal aparece a sus ojos la más alta y calificada entre todos los saberes de los hombres. «Illa sola utilis et laudabilis est scientia, quam commendat comes justitia», declara en XI, 18, 1, 33. Los saberes de la medicina resultan harto inferiores respecto a los de las leyes, pese a las presunciones de los médicos, por Luca de Penna ridiculizadas en X, 52, rubrica, 1. Pues en los saberes del Derecho anida cierto destello celestial de lo divino, ya que curan las almas en la ordenada convivencia, lo cual supone mucho más que sanar las dolencias de los cuerpos: «solus enim Deus et non medici liberant ab omni malo, neque herba neque malagma», aclara en X, 52, rubrica, 3; al paso que en XII, 15, 1, 17, insistirá, por contraste, en la índole sagrada del saber científico del Derecho, puesto que «non ad delectationem hominum, sed ad Dei laudem praedicanda est».

Saber de contenidos, no de palabras al gusto de la vieja Glosa superada. La lógica no es para Luca de Penna el saber supremo que teorizó Guillermo de Occam, ni siquiera el saber famular subordinado sentenciado por Santo Tomás de Aquino; no es en sí misma un saber, sino más bien una manera de saber, al modo que declara en XI, 18, 1, 6, al escribir que «scientia quidem logicalis, non est scientia, sed quidam modus sciendi». La suprema dignificación de los saberes jurídicos viene de ser noticias de contenido y no formales, dado recogen el alcance de la justicia: «cum scientia totius utriumque juris quamvis particulariter vertatur circa justitiae notitiam», consta en X, 70, 4, proemium; siendo así que la justicia mana directamente de Dios, es un «divinus fructus» en X, 70, 4, 5. Teoría de la justicia que Luca de Penna traslada de Santo Tomás con referencias expresas y concordancias anotadas por Walter Ullmann en su *The medieval idea of Law as represented by Lucas de Penna, La noción medieval del derecho, tal como aparece en Lucas de Penna* [8].

Lo que es la justicia en el saber filosófico del Derecho, lo es la equidad en el saber científico. Del mismo modo que la justicia es el orden filosóficamente considerado, la equidad es la esencia de las leyes humanas y la clave para entender científicamente al Derecho, por lo cual la ley se fundamenta directamente en la equidad a los ojos del jurista no filósofo. «Lex est semper aequitate fundanda» asevera en X, 5, 2, 7. En su desarrollo del tema Luca de Penna es consecuente; si deduce de Santo Tomás la filosofía del Derecho con arreglo a la doctrina tomista de la justicia, saca de Aristóteles la ciencia del Derecho arrancando de la teoría aristotélica de la equidad. En conjunto la tabla de los saberes jurídicos tal como la formuló Luca de

7. Paris, Rembolt, 1509.
8. W. ULLMANN: *The medieval idea of Law*, 37.

Penna es una de las más claras y elaboradas de su siglo. Con matices incluso en los que al alejarse de los estrictos sistemas filosóficos medievales y apelar enderezándose a los clásicos es un precursor del Humanismo, como no lo fue ningún otro de los más granados juristas medievales.

Baldo de Ubaldis, ya que no el más genial ni el mayor profundizador en la doctrina de los saberes jurídicos, sí puede estimarse por el más completo, dado fue romanista y canonista al tiempo, amén de abogado, juez y consejero jurídico, en una multiplicidad de riquísimas facetas que ha sido ponderada por su mérito más insigne por Norbet Horn en *Aequitas in den Lehren des Baldus, La equidad en la doctrina de Baldo* [9]. También en Baldo la separación entre justicia y equidad, entre la ética que en el *Comentario al Digesto* I, 1, 1, 2, 4 denomina «legum mater et janua», madre y puerta de las leyes, de una parte, y de otra la equidad concebida por «naturalis justitia» en el *Comentario a las Decretales* X, 2, 24, 1, 14, es el punto de partida para una calificación de los saberes filosóficos y científicos del Derecho. Aunque Baldo no formuló en parte ninguna la menor teoría del derecho natural delimitándolo por el contenido de sus aplicaciones en las relaciones familiares, en la tutela, en la libertad contractual o en la fe guardada, da a entender en el *Comentario a las Decretales* X, 1, 1, 11, 1, ser saber filosófico que excede al conocimiento del manejo de las leyes positivas. Habida cuenta de que pone en tela de juicio nada menos que la salvación eterna, que «iuri naturali transgressio inducit periculum salutis». Al paso que afirma la autonomía del saber científico respecto al saber filosófico al señalar que el derecho civil o positivo puede anular los efectos del derecho natural o saber filosófico, aunque por supuesto no lo niegue nunca bajo pena de cesar de ser Derecho; así en el *Comentario al Código* VII, 39, 4, 6, al postular la sutil distinción entre ambos, por cuanto «ius naturale tollit non potest per civile, sed tamen tollitur eius effectus, quod apparet, quia solvens post praescriptionem ignoranter repetit, ergo non remansit effectus naturalis». Sutileza de la que mana el perfil claro de lo científico cara a lo filosófico, la autonomía de la ciencia respecto a la filosofía del Derecho sin perjuicio de andarle sujeta, en uno de los más donosos artificios intelectuales de aquellos postglosadores, con ser tan fértiles en argucias y en puntualizaciones menudísimas.

Semejante autonomía del saber científico es la más madura cosecha del pensamiento de los postglosadores y la más densa aportación del siglo XIV a la problemática de los saberes jurídicos. Es que los postglosadores llevan andando camino aparte; ni el del arte jurídico de las glosas aferradas a la letra justinianea ni el de la especulación filosófica estricta. Por supuesto que abordan cuestiones filosóficas y que una entre sus notas características es la acogida de los modos de argumentar de la Escolástica; pero no por ello cesan nunca de atenerse al comentario de los textos de Justiniano. La intención que les anima supera a ambos marcos. Son comentaristas y en los comentarios no dejarán de asomar ni textos remotos romanos ni definiciones acerca del Derecho o de la justicia; mas sus objetivos están colocados más allá, en el cultivo sistemático de la ciencia del Derecho, usando de cuantos materiales les vengan ofrecidos por otros saberes, especialmente por los de las legislaciones y estatutos de los reinos y señoríos cercanos. Es que albergan ya noción de la ciencia del Derecho, nacida al final de largo proceso cultural análogo al que produjo la aparición de la ciencia del Dere-

9. Graz, Böhlau Verlag, 1968, pág. 3.

cho en Roma; los comentaristas postglosadores, aunque en la mayoría de los casos no la definan neta y abiertamente, cultivan sobre todo la ciencia del Derecho.

El peligro inherente en esta metodología nueva, gemela de la metodología de las escuelas filosóficas, estaba en su exageración. Si las definiciones y las distinciones eran utilísimas para aquilatar conceptos y para precisar los contornos de los temas, el abuso podía conducir a la decadencia, cuando el demasiado empleo del procedimiento discursivo disuelve las cuestiones en complicado manojo de infinitas sutilezas. Aconteció en la filosofía con el nominalismo y aconteció en la ciencia del Derecho, siendo causas del inmerecido olvido que en la actualidad tiénese a los juristas postglosadores lindantes con el Renacimiento. Volvióse a caer en el yerro de las menudencias, en la fragmentación, muchas veces artificial, de los problemas a debatir. Lo que fue el nominalismo como exageración sutil disolvente de los temas filosóficos va a repetirse en la obra de los postglosadores de los umbrales del Renacimiento. La ciencia del Derecho dilúyese tal como se diluyó la filosofía, por los achaques de un método cuya fecundidad quebraba al ser utilizado hasta más allá de la frontera de las exageraciones.

Y lo peor fue que esta ciencia, a un tiempo irreal y casuística por más que con pretensiones razonadoras y sistemáticas, fecunda en distingos y en perfiliaciones, va a ser la tónica científica del Derecho hasta bien entrados los siglos de la llamada edad moderna. Volvió a agotarse por sí misma, tal como se habían agotado la Glosa o se agotaron los casuistas del arte jurídico de Roma. Y otra vez, como otrora, la ciencia del Derecho será salvada por la filosofía. Junto a la perpetuación de estas nomenclaturas sutilísimas, la renovación llegará de los teólogos y de los filósofos, aunque luego tenga lugar bajo circunstancias harto diferentes.

Muchos juristas seguirán aferrados a sus Bartolos, Cinos y Baldos. Otros les elevarán a máxima expresión de los saberes jurídicos y hasta jugarán delante de los tribunales papel semejante al que Ulpiano o Papiniano jugaran delante de los tribunales romanos y bizantinos. Los autores de la Postglosa verán hechas valer sus opiniones con idéntica autoridad a la de los «responsa» de los jurisconsultos clásicos. Pero la anarquía motivada por la masa de las opiniones contradictorias sumirá a la ciencia jurídica en un caos, paralelo a la anarquía en que se debatió la especulación filosófica del nominalismo en la decadencia de la Escolástica. Era el tributo que la ciencia del Derecho pagaba por haberla acunado los glosadores en los métodos de las escuelas filosóficas y teológicas, según el nuevo modo procurado por Cino de Pistoya y consolidado por Bartolo de Sassoferrato; filosofía y ciencia del Derecho anduvieron pasos iguales en el igual destino de agostarse en querellas sutiles y menudas.

Tamaña fue la anarquía que varios monarcas juzgaron conveniente poner orden en las contiendas doctrinales regulando el valor a conceder a las opiniones alegadas delante de las cortes de justicia. Así, entre nosotros, Juan II de Castilla frenó la libertad en la interpretación de los alegatos, prohibiendo bajo pena de privación de oficio a ningún abogado «alegar en los tribunales opinión, ni determinación, ni decisión, ni derecho, ni autoridad, ni glosa de cualquier doctor o doctores, ni de otro alguno así legistas como canonistas, posteriores a Juan Andrés y Bartolo» [10]. Mandato reiterado por

10. Juan Sempere: *Historia del Derecho español*. Madrid, Establecimiento tipográfico de D. Ramón Rodríguez de Rivera, 1846, pág. 355.

los Reyes Católicos en 1499 en el sentido de extender la validez de las opiniones de los legistas a Bartolo y Baldo, de los canonistas a Juan Andrés y al Abad Panormitano, orden derogada por inútil en la 1.ª de las leyes de Toro de 1505 [11].

Ha de completarse la consideración de los saberes jurídicos en el siglo XIV con la mención de Marsilio de Padua, nacido en el tercer tercio de la anterior centuria y muerto a comienzos del cuarto decenio, por más que trátese de escritor de tintes políticos ajeno al cultivo del Derecho, como han puesto de relieve B. Labanca en su *Marsilio da Padova, riformatore politico e religioso del secolo XIV, Marsilio de Padua, reformador político y religioso del siglo XIV* [12], Felice Battaglia en *Marsilio da Padova e la filosofia politica del medio evo, Marsilio de Padua y la filosogía política medieval* [13] y Pier Silverio Leicht en *Le funzioni elettive del popolo romano e la dottrina di Marsilio da Padova, Las funciones electivas del pueblo romano y la doctrina de Marsilio de Padua* [14]. Si en la historia del pensamiento político aparece a modo del predecesor directo de la reforma protestante, a los ojos de William Archibald Dunning en *A history of political theories, ancient and medieval, Historia de las teorías políticas, antiguas y medievales* [15], en la historia de los saberes jurídicos supone la más audaz negación medieval de los saberes filosóficos en la subordinación de la filosofía a la ciencia del Derecho, paralela de su reducción de todas las leyes a las leyes humanas positivas.

Para Marsilio de Padua no hay saber filosófico del Derecho porque el Derecho no arraiga en la naturaleza humana, sino que nació en época histórica posterior a las agrupaciones primitivas a fin de evitar las violencias de las discusiones y de las guerras. En el *Defensor pacis* de Marsilio de Padua, obra que es preciso no confundir con la *Defensio fidei* del jesuita granadino Francisco Suárez como hace el académico de la Real Academia de Ciencias morales y políticas de Madrid Carlos Ollero [16], distinción I, capítulo III, párrafo 10, anota al respecto que «verum quamdiu fuerunt homines in unica domo, ipsorum actus omnes, quos maxime civiles infra vocabimus, regulabantur seniori eorum tanquam discretiore, absque lege tamen aut consuetudine aliqua, eo quod nondum hae potuerunt inveniri». Con lo cual, como bien observa Georges de Lagarde en *La naissance de l'esprit laïque au déclin du moyen âge, El nacimiento del espíritu laico al declinar de la edad media,* niega la noción del orden aristotélico continuado por Santo Tomás de Aquino y sustituye a la ley natural o a la divina por la ley positiva nacida en cada caso de concretas coyunturas históricas, por ende sin valor de universalidad apoyada en lo permanente de la naturaleza humana.

De donde resulta no haya más norma legal que la respaldada por la coacción, la «regula praeceptiva et transgressorum coactiva» de que habla en el *Defensor pacis* II, 8, 5; que no depende ni de la naturaleza del ser humano, ni de mandato divino, sino de la exclusiva voluntad en pactos de los hom-

11. JUAN SEMPERE: *Historia,* 417 y 420.

12. Padova, 1882, pág. 22.

13. Firenze, Felice le Monnier, 1928, pág. 71.

14. En el volumen *Marsilio da Padova. Studi raccolti nel VI centenario della morte, a cura dei professori* ALDO CECCHINI *e* NORBERTO BOBBIO. Padova, Cedam, 1942, págs. 37-45. Cita a la página 45.

15. New York, The Macmillan company, 1935, pág. 253.

16. A este respecto, EUSTAQUIO GALÁN GUTIÉRREZ: *Jus naturae.* Valladolid. Meseta, 1954, páginas 503-504.

bres. En el *Defensor minor*, 13, dirá que «lex humana praeceptum coactivum est immediate ab humana voluntate seu deliberatione procedens». Tanto como de una justicia, al cabo dada de lado por extraña al ser filosófica, lo que cuenta como ingrediente de la ley es la utilidad, a la que la justicia redúcese en definitiva, ya que es la voluntad de los hombres la que determina lo justo y lo injusto, no la adscripción a un orden objetivo de valores éticos. En el *Defensor pacis* II, 9, 12, consta como «regulae talium actuum commensurativae ad proportionem quam volunt homines et licite».

En el *Defensor pacis* I, 10, 4, detalla Marsilio de Padua dos especies de saberes jurídicos: el filosófico, que es pura meditación extraña al Derecho; y el propiamente jurídico, que es el de las normas dichas jurídicas, o sea, de las respaldadas por la fuerza de la coacción. «Et sic accepta lex dupliciter considerari potest: uno modo, secundum se, ut per ipsam solum ostenditur, quid justum aut injustum, conferens aut nocivum», que será la especulación ajena al saber del Derecho mera disciplina filosófica sin valor alguno en el certero comentario de Giacinto de Simone en *Le dottrine politiche di Marsilio da Padova, Las doctrinas políticas de Marsilio de Padua* [17]; y «alio modo considerari potest, secundum quod de ipsius observatione datur praeceptum coactivum per poenam aut praemium in praesenti saeculo distribuenda, sive secundum quod per modum talis praecepti traditur, et hoc modo considerata propissime lex vocatur et est». Desde el momento en que la segunda es la sola acepción de la ley no cabe más derecho que el derecho positivo ni otro saber jurídico que el saber de la ciencia del Derecho. El saber filosófico de las normas no era para Marsilio un saber jurídico. Tenía sobrada razón Alan Gawirth en su *Marsilius of Padua. The Defender of Peace* cuando le califica de positivista legal, de «legal-positivist» [18]; sin que valgan para nada los inútiles equilibrios de Jeannine Quillet en *La philosophie politique de Marsile de Padoue, La filosofía política de Marsilio de Padua,* para pretender que Marsilio tuvo presentes las exigencias de la justicia [19]. Porque desde el momento en que las conexiones de lo justo con lo útil dependen del arbitrio humano y no de realidades objetivas, la subjetivización de la determinación de lo justo y la exclusión de cualquier planteamiento filosófico de los saberes jurídicos aniquilan la menor integración sólida y profunda de la justicia en el Derecho. Como muy bien ha visto José Pedro Galvão de Sousa en *O totalitarismo nos origens da moderna teoria do Estado. Um estudo sobre o «Defensor pacis» de Marsilio de Pádua, El totalitarismo en los orígenes de la moderna teoría del Estado. Un estudio sobre el «Defensor pacis» de Marsilio de Padua,* Marsilio acoge a Aristóteles en una orientación contraria a la tomista, en la orientación pagana con que después lo recibirá el Renacimiento [20].

Por eso para él no es ley jurídica la ley divina en el *Defensor pacis* I, 9, 3; ni lo es el derecho natural en el mismo *Defensor pacis* II, 12, 8. No existe más justicia ni bien que lo que está inscrito en las leyes positivas, ni más ciencia jurídica que la que define en el *Defensor pacis* I, 12, 2, como «scientiam justorum et conferentium civilium», la ciencia deducida de las normas creadas por la voluntad subjetiva de los hombres. Del mismo modo las leyes canónicas son para él consejos y no leyes, como ha probado Felice

17. Roma, Tipografía operaia romana, 1942, pág. 86.
18. New York, Columbia University Press, dos tomos. Cita al I (1964), 149.
19. Paris, J. Vrin, 1970, págs. 135-136.
20. São Paulo, Saraiva, 1972, págs. 43, 46 y 120.

Battaglia sobre textos del *Defensor minor*[21]. Para Marsilio de Padua no hay más leyes que las humanas seculares; las demás formas no son jurídicas, son doctrinas o consejos, puesto que carecen del aparato coactivo que por detrás las asegure.

De esta guisa, sin ser jurista, Marsilio de Padua renueva la tabla de los saberes jurídicos al negar la existencia de ninguna consideración filosófica del Derecho y al asentar que solamente cabe el estudio científico del Derecho, atenido a las normas positivas dictadas en cada grupo humano por la totalidad o por la «valentior pars» o parte predominante de él. No es ocasión aquí la de averiguar si tal «valentior pars» ha de ser entendida cuantitativa o cualitativamente. Lo que importa es subrayar que para Marsilio de Padua no cabe más que el saber científico del Derecho, quedando rotundamente excluido todo análisis filosófico de las problemáticas jurídicas.

Marsilio exagera la tendencia predominante en el siglo XIV entre los juristas rompiendo, a fuer de tratadista político ajeno al horizonte de las leyes, aquel equilibrio sazonado en virtud del cual tanto los escolásticos menores cuanto los postglosadores habían observado o teorizado respectivamente el armónico equilibrio entre los saberes filosófico y científico del Derecho. Marsilio corta por medio con decisión apenas si comparable a la de su cofrade en la corte de Luis de Baviera, con el también radical renovador que fue Guillermo de Occam. Tal vez por ello haya que emparejarles en la condición de predecesores de la Europa nacida a la ruptura de la Cristianidad medieval, ruptura que ambos presagian ardorosa y tajantemente. En el cuadro de los saberes jurídicos, aun con provenir ambos de campos tan extraños entre sí como lo son el franciscanismo espiritualista más exacerbado y el averroísmo patavino, los dos llegan a parejas conclusiones: a la subjetivización de los saberes jurídicos, a la negación del tratamiento filosófico del Derecho y a la independización absoluta de una ciencia del Derecho que, por lo demás, ninguno de ellos cultivó. Por lo cual, a despecho de los grandes juristas que fueron los postglosadores mayores en aquella centuria, suponen una mudanza que no lograron ni atisbar los sesudos doctores en leyes ni los excelentes científicos que fueran un Bartolo o un Baldo. Lo que Marsilio de Padua y Guillermo de Occam significan transciende al siglo en que vivieron, mientras que los postglosadores, por maravillosos jurisconsultos que fueran, moviéronse dentro de los límites temporales de la centuria en que les tocó vivir.

21. F. BATTAGLIA: *Marsilio da Padova*, 221.

15. *El impacto del Humanismo*

Las dificultades del problema de los saberes en general en los tiempos en que muere la llamada edad media y alborea la dicha edad moderna, esto es alrededor del Humanismo y del Renacimiento, acrécense en la bibliografía jurídica. R. Abbondanza en su estudio *La giurisprudenza medievale nel giudizio dell'umanista Francesco Florido Sabino, La jurisprudencia medieval en el juicio del humanista Francisco Florido Sabino,* ha señalado la ausencia de obras de conjunto sobre el Derecho entre los humanistas [1], en lamentación eco de la pareja que acerca del Renacimiento ya en 1882 formuló A. Rivier en su comentario *De quelques ouvrages, publiées récentement en Allemagne concernant l'histoire de la science du droit, De algunas obras publicadas recientemente en Alemania acerca de la historia de la ciencia del derecho* [2]. Por lo cual, la construcción sintetizadora que en estas glosas se procura ha de venir apoyada en testimonios parciales y abastecida de datos singulares, con los peligros que intento semejante acarrea siempre. Sobre todo cuando se afirma, como es criterio de quien escribe, que Humanismo y Renacimiento son hechos distintos, ya que el Humanismo consiste en la repetición de los testimonios venerados de la antigüedad grecorromana mientras que el Renacimiento es afán de emulación de los antiguos.

En *Gli inizi dell'umanesimo giuridico, Los comienzos del humanismo jurídico,* Domenico Maffei opina trátase de un único acontecimiento en la marcha de la cultura en Occidente, porque ambos denotan la idéntica renovación espiritual en contraste con la cultura del medievo [3]. No de otro modo tampoco Paul Koschaker trata el problema en su conocido *Europa und das römische Recht, Europa y el derecho romano* [4], situando en la misma turba a escritores tan dispares como los que corren entre Lorenzo Valla (1406-1457) y Jacobus Gothofredus (1582-1650). Pudiendo extenderse la lista con erudición fácil, pero ya inútil, a numerosísimos historiadores del Derecho.

Mas, a mi ver, insisto que también aquí son dos cosas completamente diferentes. El Humanismo fue la revisión docta de ciertos textos venerables, ateniéndose al contenido entrañado en ellos, sin el más mínimo afán por referirlos a las circunstancias contemporáneas. Al paso que el Renacimiento fue, amén de la puntualización de tales textos admirados, su proyección sobre la realidad de los pueblos en los que los autores renacentistas vivían. El propio Domenico Maffei se contradice cuando, después de ponderar la

1. Separata de *Il Mulino* de Bolonia, números 25-26 (noviembre-diciembre 1953), pág. 640.
2. En la *Nouvelle revue historique de droit français et étranger.* Tercera serie, VI (1882), 90.
3. Milano, Giuffré, 1956, pág. 27.
4. München und Berlín, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1953, págs. 109-111.

unidad del hecho humanismo con renacimiento, ha de admitir que al correr del siglo XVI y en contraste con lo que acontenció en el siglo XV, asístese al dato de que «la posizione dei giurisconsulti umanisti diventa, nei confronti del diritto romano, sempre più precisa, accompagnadosi con una coscienza più viva dell'emergenza dei diritti nazionali, e che quella posizione significa sempre più storificazione di quel diritto»[5].

En el terreno de los estudios jurídicos han de separarse tres momentos: el primero, la recepción boloñesa en el 1200 de los textos justinianeos, con su cohorte espléndida de glosadores y postglosadores dados a interpretar los escritos habidos casi por divinales, divergentes entre sí por el modo de los comentarios antes y después de Cino de Pistoya, tal como se vio en la glosa precedente; el segundo, la revisión de aquellos textos en sus más mínimos detalles, para reconstruirlos en la original redacción, elaboración que tiene lugar, después de las previsiones genéricas de Lorenzo Valla, cuando Angelo Poliziano de Montepulciano (1454-1494) maneja el *Códice* de la «lettera pisana» conservado celosamente como un tesoro por la Signoría de Florencia; el tercero, desde que a la repristinación de los textos justinianeos con arreglo al testimonio emérito de la «lettera pisana» se agregue la tendencia a valerse de ellos para proyectarlos sobre otros campos del saber jurídico en una innovación emuladora en la que radica precisamente la esencia del Renacimiento: en los derechos nacionales primero, en la lógica jurídica luego por mano sobre todo del hamburgués Johann Oldendorp (1480-1567) y en los pasos augurales de un posible derecho comparado que ya excede a los límites del estricto romanismo jurídico en los trabajos de Jean Bodin en Francia y de fray Gerónimo Román en las Españas.

Claro es que dentro de la historia de la cultura no es dable establecer en el tiempo las separaciones tajantes que se dan en las ciencias naturales. Las exigencias de ahondar hasta las raíces últimas del Derecho más allá de los modos de los comentaristas de la Glosa la formuló ya Francesco Petrarca (1304-1374) en una de sus *Epistolae de rebus familiaribus*, XX, 4, en acusación de superficialidad jurídica reiterada por Giovanni Boccaccio (1313-1375) en el libro XIV capítulo IV de su *Genealogiae deorum gentilium libri*. Con la excepción de Luca de Penna, claro precursor del Humanismo en el Derecho, glosadores y postglosadores no atacaron la sustancia de los textos justinianeos ni procuraron esclarecer la prístina redacción de los mismos. Erales ajeno el sentido criticista que los humanistas trajeron, érales común la admiración hacia el viejo derecho romano; de cuya semejanza y disparidad resulta la analogía y la divergencia. Los humanistas no van a amar los libros justinianeos igual que los habían amado los glosadores, con aquella ciega entrega a la letra; por el contrario será empresa suya la de aquilatar la letra verdadera, reconstituyendo la exacta redacción primera. Frente a la secularmente transmitida versión que venía desde Irnerio, la forma en que estaba escrito el códice pisano va a señalar el hito discriminador entre ambas visiones del derecho recibido de Roma.

Aunque el cambio de mentalidad vino ya prejuzgado por diversos escritores con anterioridad a la hazaña plenamente humanista de Angelo Poliziano manejando el códice famoso de Florencia. Principia la acción renovadora un estudioso extraño al Derecho como era Lorenzo Valla, punto de partida de la polémica contra el modo de estudiar las letras jurídicas de

5. D. Maffei: *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, 28.

Justiniano empleado por los glosadores, cual señala A. Corbellini en sus *Note di vita cittadina e universitaria pavese, Notas de la vida ciudadana y universitaria de Pavía*, en ocasión de estudiar la época en que Valla enseñó letras en Pavía en el cuarto decenio del siglo XV [6]. Profesor de retórica en Pavía, Valla indignóse contra cierto jurista cuyo nombre no nos ha llegado, el cual había osado afirmar la superioridad sobre Cicerón de cierto tratadito de Bartolo de Sassoferrato titulado *De insigniis et armis*. La carta, enviada en el 1433 a Pier Candido Decembrio e intitulada generalmente como *L. Vallae clarissimo et eloquentissimo viro Candido Decembri epistola in Bartoli de insigniis et armis libellum* [7], da en ataque decidido contra Justiniano, por cuanto en el *Digesto* había roto, dentro del conjunto monolítico de su tarea compiladora, la varia fecunda armonía de los saberes jurídicos de la Roma clásica; así como contra los glosadores ignorantes de la grandísima riqueza de la antigüedad latina. «In locum Sulpitii, Scevolae, Pauli, Ulpiani, aliorumque, ut leviter loquar, cygnorum, quos tua aquila saevissime interemit, successerunt anseres Bartolus, Accursius, Cinus caeterique in genus hominum qui non romana lingua loquantur, sed barbara; non urbanam quandam morum civilitatem, sed agrestem, rusticamque immanitatem prae se ferant» [8]. Al echar a volar las águilas de los jurisconsultos clásicos en cotejo con los gansos de los comentaristas medievales y al contraponer el decir urbano de los antiguos con la rústica parla latina de los glosadores, Lorenzo Valla alza la bandera de un nuevo modo de estudiar al derecho romano, el método filológico de los humanistas cara al estilo de los glosadores santificadores de la letra boloñesa, la apetencia crítica delante de aquellos textos hasta entonces intocables.

No de otro modo tampoco en los *Elegantiae latinae linguae libri sex*, con ser tratado de escueta pretensión filológica, redactado entre 1438 y 1439 según las indagaciones de Salvatore I. Camporeale en *Lorenzo Valla. Umanesimo e teologia, Lorenzo Valla. Humanismo y teología* [9], apela en el proemio del tercer libro a Cicerón y a Quintiliano para protestar contra la prohibición justinianea de la interpretación de los términos de sus compilaciones, acabando por tachar otra vez de ignorantes a los jurisconsultos de las centurias precedentes [10]; tanto más de que, «praesertim in iure civile», faltando el conocimiento de la lengua clásica cáese por fuerza en el caso de que «caeca est omnis doctrina et illiberalis» [11]. Los treinta últimos capítulos en el último libro de esta obra son de un lado el acatamiento de la grandeza del derecho auténtico de Roma y de otro la repugnancia contra sus estropeadores: Justiniano, que redujo a lecho de Procusto la varia gama de los saberes clásicos, y los glosadores, ignaros del latín y por ende incapaces de entender con debida exacta precisión los textos viejos. De ahí su intento por aquilatar los vocablos, tarea lexicográfica loada por Friedrich Carl von Savigny en la *Historia del derecho romano en la edad media* [12]. Incluso en sus escritos filológicos, Valla céntrase en el Derecho por ser el postrer vestigio de la romanidad que perdura y porque en el lenguaje jurídico la dicción perpetúase viva, no ha muerto en absoluto. De ahí baje a la

6. En el *Bollettino della Società pavese di Storia Patria*, XXX (1930), 244.
7. Puede verse en la edición de las *Opera*, de LORENZO VALLA, impresa en Basilea, apud Henricum Petrum, 1543, págs. 633-635.
8. L. VALLA: *Opera*, 633.
9. Firenze, Istituto nazionale di studi sul Rinascimento, 1972, pág. 106.
10. Venetiis, apud Joannem Gryphium, 1586, págs. 237-238.
11. L. VALLA: *Elegantiae latinae linguae libri sex*, 239.
12. F. C. von SAVIGNY: *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, VI, 433.

filología jurídica para aclarar los matices entre «libertinus» y «libertus», entre «actus» y «actio», entre «leges» y «jura»; por más que en su aquilatamiento de los vocablos jurídicos, al no ser jurista, apártese de la tendencia a renovar el Derecho. Cuando discierne entre «accusare» e «incusare», por ejemplo, lánzase contra Servio utilizando textos no jurídicos, sacados de Cicerón o de César, de Virgilio o de Terencio. Cuando en el capítulo XXXIV del libro VI corrige a Boecio señalando que «persona» significa cualidad en lugar de substancia, sitúase en terrenos extraños al Derecho. Es que Lorenzo Valla, aunque enarbole el estandarte de la necesidad de remozar los estudios jurídicos, puntualiza los vocablos sin ninguna pretensión determinada sobre ciertas leyes o extractos de juristas clásicos; su labor es otra parcela más de su ilusión por la reedificación total del mundo romano que le encandiló. Es el humanista típico, filólogo con anchuras de saberes universales, que incide en el Derecho para encenderlo en el fuego de sus ansias estudiosas; mas sin aportar construcciones concretas, que solamente un jurista era capaz de realizar. Lo único que le interesa es poner de relieve el valor del derecho clásico y como la ignorancia de los comentaristas medievales no es más que el reflejo de la ignorancia de Justiniano, de Triboniano y de los demás compiladores bizantinos; cual declara en el capítulo XXXV del libro VI de las *Elegantiae latinae linguae* al asentar: «Noxae dedere Justiniani pace, sive Triboniani et sociorum (nam Justinianus nec jura, nec forsitan latinas litteras novit) est poenae dare» [13].

Lo que caracteriza al nuevo hálito humanista respecto a los predecesores es el planteamiento de la superioridad del saber jurídico clásico romano sobre la construcción justinianea, con la pasión de los filólogos que van a tratar de revisar los textos, por más que sigan considerándoles venerables restos de la antigüedad tan estimada. Tendencia reiterada por Maffeo Vegio de Lodi (1406-1458) en su *De verborum significatione* [14], cuyo prólogo es el canto de guerra del humanismo jurídico tanto por el menosprecio de los glosadores cuanto por la animadversión a la tarea compiladora de Justiniano [15]. Enviado desde Pavía al obispo de Milán Bartolomeo Capra en 15 de marzo de 1433, puede considerarse como el gesto inaugural del humanismo jurídico en la plenitud de sus posturas. Igual que para Lorenzo Valla, la culpa de la decadencia de los estudios jurídicos remóntase a Justiniano en la faena compiladora de Triboniano; de la cual penden los errores de los glosadores de las centurias inmediatamente precedentes: «Nimirum dolerent lacrimarentque sacratissimi legum latores, pro Sabinis, Celsis, Ulpianis suffectos videre Roffredos, Mattarellos, Rainerios, quos nec intelligerent... Quamquam non possum sine dolore magno dicere, eo deventum esse, ut plus fidei adhibeatur Cyno vel Bartholo quam Scevolae aut Papiniano aut cuivis Jurisconsultorum. Quod non aliunde evenisse arbitror quam Tribuniani causa, a quo absumptis Jureconsultorum libris, necesse fuit oriri tot indifficiles, quot in Jure sunt contrarietates; ac proinde posteros interpretes, Bartholum, et alios, tamquam Apollinis oracula, observamus» [16]. Saltando por encima de Triboniano y en contraste con lo que prestigiaron glosadores y postglosadores, los humanistas ponderan el clasicismo auténtico, qui-

13. L. Valla: *Elegantiae latinae lingua libri sex*, 633.
14. Vincentiae, industria et diligentia philippi albini aquitani, 1477.
15. Puede leerse en las columnas 406-408 de la *Historia literario-typographica mediolanensis*. Medionali, in Aedibus Palatinis, 1745, de J. A. Saxi.
16. Maffeo Vegio: *Proemio*, columna 408.

tando valor a la compilación de Justiniano: punto de vista que es la clave del humanismo jurídico.

Es la tónica de la carta que ya en 1432 había mandado el camaldolense Ambrosio Traversari al joven estudiante Mariano Porcari, publicada por Pedro Cannetti en las *Ambrosii Traversari camaldulensis Latinae epistolae in libros XXV tributae*, en el número 18 del libro V, donde le amonesta que, de querer aprovechar en sus estudios jurídicos, vaya directamente a las fuentes originales, dando de lado a los comentaristas recientes: «probo id quidem; sed ea ratione ut potius jurisconsultos veteres, quam commentatores ignavos tibi hauriendos, atque imitandos moneam» [17]. Postura de humanista a secas que salta al Derecho seis lustros después en la *Oratio* de Giovanni Forteguerri, quien repite las mismas quejas humanistas acerca de la ignorancia de la lengua latina por los juristas medievales, reiterando casi con acentos idénticos a los de Maffeo Vegio la apología de los jurisconsultos clásicos de Roma: «Nimirum dolerent illacrimarentque sacratissimarum legum doctores: pro Sabinis, Celsis, Ulpianis, Scaevolis, Modestinis, suffectos videre Accursios, Irneirios, Placentinos, Pileos, Azones, Roffredos, Mattarellos, Rahinerios, quos neque legere neque intelligere valerent, tam barbari ineptique sunt» [18]. Y es, sobre todo, el espíritu que anima a la labor exegética de Angelo Poliziano (1454-1494), cifra cimera del humanismo jurídico merced a sus trabajos con el códice florentino de Justiniano, clave para remozar los estudios del Derecho en la perfilación cabal de las fuentes recibidas.

Aunque Angelo Poliziano dice de sí mismo ser apenas «grammaticus» o filólogo, desde ese talante filológico anotó códices antiguos, con escolios y observaciones denotadoras de su extremoso cuidado por la precisión de los significados, por más que nunca legara obra jurídica propiamente tal. Su descripción del manuscrito florentino de las *Pandectas*, el «Index Florentinus» de las mismas, las anotaciones que constan en su *Miscelanea*, impresa en Florencia en 1489 como *Miscellaneorum centuria prima* [19], son otros tantos dechados de su finísima agudeza de filólogo revisando puntos de Derecho, mereciendo sobradamente el puesto señero que le adjudicara entre los humanistas dados a temáticas jurídicas nuestro Antonio Agustín cuando en las *Emendationes et opiniones* consignó: «Quis Angelus Politianus fuerit, quo ingenio, qua eruditione, ignorat, ut opinor nemo: quantum vero ei iuris civilis amatoris debeamus, non multis compertum est» [20].

La aportación de Angelo Poliziano va ligada al código de las *Pandectas* conocido como «Lettera pisana o florentina», cuya utilización señala el cumplimiento de los sueños humanísticos. Aunque manejado saltuariamente por Bartolo de Sassoferrato y por Giovanni Dominici, por más que en este caso haya sido negado por P. F. Girard en *Les préliminaires de la renaissance du droit romain, Los preliminares del renacimiento del derecho romano* [21], el códice pasó en 1406 desde Pisa a Florencia, donde fue mirado como autén-

17. Florentiae, apud Caesareum, 1759, pág. 254.

18. Puede verse en las págs. 408-409 del artículo de L. CHIAPPELLI: *Carlo Marsuppini e Giovanni Forteguerri precursori della scuola umanistica di diritto romano, secondo un testo inedito*. En el *Archivio Giuridico*, XXXVIII (1887), 398 ss.

19. Recogida en su *Operum tomus primus. Epistolarum libros XII ac Miscellaneorum centuriam, complectens*. Lugduni, apud Sebastianum Gryphium, 1550.

20. ANTONIO AGUSTÍN: *Emendationes et opinionum libri quattuor*. Venetiis, apud Juntas, 1544, página 226. En el libro III, cap. XIV.

21. En la *Revue historique du droit français et étranger*, serie cuarta I (1922), 9-11.

tico tesoro, no permitiéndose su consulta más que bajo difícil permiso de las autoridades florentinas; así, por ejemplo, lo pudo ver Cristóforo Landino en 9 de abril de 1486, según certifica el propio P. F. Girard [22]. Fue hacia 1490 cuando Lorenzo el Magnífico otorgó permiso para su estudio a Angelo Poliziano, acontecimiento tan señero que éste recordó el día y hasta la hora, a la media noche del 19 de julio de 1490, en el apéndice a su estudio del *Digestum vetus* [23], con tanta solemnidad «cum scilicet alioquin velut in sacrario servetur a magistrato summo florentino».

Desde entonces hasta su muerte en 1494 Angelo Poliziano se consagró a verificar el auténtico texto justinianeo, como él dice en su carta a Marquardo Breisacio, que es la 4 del libro X de sus *Epistolae*, «in integrum corrupta diu lectio restitueretur, et linguae latinae vis, quae tota pene in legibus est, explicaretur» [24]. Cuanto se supo del códice hasta que sea de nuevo consultado por Antonio Agustín en 1542 pende de la lectura de Angelo Poliziano, quien ejecutó así el magno esfuerzo que el humanismo jurídico requería: aquilatar la redacción exacta para la valoración con fueros humanistas de lo que la letra sagrada del *Digesto* fue. De manera que Angelo Poliziano centra la empresa mayor del humanismo jurídico: conocer con precisión la letra del *Digesto*, consumando el empeño pedido por Lorenzo Valla y por Maffeo Vegio sesenta años antes, programa supremo de los esfuerzos humanistas en el campo del Derecho. A partir de Angelo Poliziano el humanismo jurídico ha cumplido su tarea para dar paso al Renacimiento.

Fracasó en la misión el boloñés Ludovico Bolognini (1446-1508), doctor en ambos derechos desde 1470, maestro en las universidades boloñesa y ferrarense, abogado consistorial en Roma bajo Inocencio VIII, quien en 1491 entra en contactos con Angelo Poliziano, afincado en Florencia en 1501 con permiso de Lorenzo el Magnífico para estudiar el código famoso, dado a completar con sus conocimientos de especialista lo que en Angelo Poliziano fue maestría de filólogo. El yerro de Ludovico Bolognini estuvo en que, carente de saberes filológicos, pretendió revisar los textos del Derecho; concluyendo por apropiarse de las anotaciones del Poliziano, mas utilizándolas sin seso ni medida, si es que no aportando otras de personal cosecha ayunas de cualquier valor para la renovación humanista de la ciencia del Derecho; sin juicio ni conocimiento, «ohne Urtheil und Kenntnis» en el definitivo opinar de Friedrich Carl von Savigny en la *Historia del derecho romano en la edad media* [25]. Lo cual, al compás de las ambiciosas pretensiones proclamadas, llevó al jurisconsulto boloñés a quedarse con la gloria de las intenciones, quebradas en la pequeñez de los logros.

El proyecto de Ludovico Bolognini era grandioso, tal como consta sobre todo en las dos series de las *Interpretaciones novae novique intellectus*. La primera parte, impresa a saltos en Bolonia por Platon de Benedictis entre 1494 y 1495, y la segunda, parece ser que de 1497. En ellas pretende aportar con sus escritos «interpretationes novas novosque intellectus ad omnes leges et canones et glosas singulares et etiam ad omnes leges et glosas notandas in utroque jure» [26]; con trabajos que prolonga en la *Nova et aurea refor-*

22. P. F. GIRARD: *Les préliminaires*, 19-21.
23. Páginas sin numerar al final de la edición en Venetiis, per Andr. Papiensem, 1489, 9 octubre.
24. ANGELO POLIZIANO: *Operum tomus primus*, 299.
25. F. C. von SAVIGNY: *Geschichte*, VI, 444.
26. En la Secunda pars, incipit, folio 27.

matio et exactissima correctio totius legalis sapientiae omnium Digestorum, existente en el manuscrito B-1418 de la Biblioteca Comunale o municipal de Bolonia, redactada posiblemente poco más tarde de 1490, al airón de su encuentro con Angelo Poliziano; Las *Castigationes inter Pandectas originales et communes codice*, compuestas en Florencia durante su estancia desde 1502 hasta 1505, en la que buscó nada menos que el acoplo exhaustivo de los cotejos del códice pisano con la redacción acostumbrada [27]; empresa que, si la hubiera realizado según sus ambiciosos planes, hubiera significado el tránsito del humanismo al renacimiento en los estudios del Derecho; y los *Pandectarum originalium libri quinquaginta* [28], que aspiran a nada menos que a la reproducción comparativa de los códices florentinos del *Digesto*, cual ha señalado Severino Caprioli en su *Indagini sul Bolognini. Giurisprudenza e filologia nel Quattrocento italiano, Investigaciones sobre Bolognini. Jurisprudencia y filología en el siglo XV italiano* [29].

El desorden mental de Ludovico Bolognini impidió fuera fructífera su tarea, aunque en la máxima parte siguiera las oportunas observaciones de Angelo Poliziano. L. Sighinolfi en su *Angelo Poliziano, Ludovico Bolognini e le Pandette fiorentine, Angelo Poliziano, Ludovico Bolognini y las Pandectas florentinas* [30], lamentábase de la imposibilidad de establecer ritmo inteligible en los códigos boloñeses B-1415 a B-1419 y B-1567. Las confusas anotaciones son a menudo indescifrables. Por lo demás Bolognini no se aparta de la Glosa apenas, salvo en los detalles que Angelo Poliziano había reseñado. Las críticas frases del agudísimo Antonio Agustín en las *Emendationes et opinionum* al ponderar como fue «homo neque natura acutus, neque institutione eruditus satis» [31] son exactas. Ludovico Bolognini no fue capaz de consumar el tránsito del humanismo al renacimiento en el Derecho por su carencia de talentos para elaborar sistemáticas, por su manejo indiscriminado de las fuentes y por su falta de sentido crítico.

Más equilibrado había sido Pietro Ricci al valorar a los glosadores en su *De honesta disciplina*, libro XVII, capítulo VIII, al disculpar a Accursio de sus yerros latinos con un sentido de la historia que no tuvieron los humanistas radicales [32], en contraste con otros humanistas menores cuales Filippo Beroaldo o Giovan Battista Pio, según puede leerse en lo que de ellos consta en el volumen de recopilación titulado *Annotationes doctorum virorum in grammaticos, oratores, poetas, philosophos, theologos et leges* [33]. Actitud de comprensión que cuaja en el intento de cotejar la redacción de los glosadores con el códice florentino de las Pandectas sin la fallida grandiosidad de los proyectos de Ludovico Bolognini, mucho más eficaz en la aclaración filológica de voces jurídicas, en tarea digna de los trabajos de Lorenzo Valla en la anterior generación, cuales la diferenciación adecuada entre «urbs» y Roma en el libro IV, capítulo IX [34], «liberi» y «parentes» en el

27. Bononiae, in vetustissimo patrio bononiensi gymnasio, anno domini MDVI.
28. En el manuscrito B-1418 de la Biblioteca municipal de Bolonia, folios L rursus - 24 vultus.
29. Milano, Giuffré, 1969, pág. 360.
30. Bologna, Biblioteca del Archigimnasio, 1921, págs. 242, 270 y 294.
31. ANTONIO AGUSTÍN: *Emendationes et opinionum libri quattuor*, 235. En el libro IV, capítulo XVI.
32. PETRI CRINITI: *Opera omnia*. Lugduni, 1559, pág. 264.
33. Parisiis, apud I. Badium Ascensium, 1561. Para FILIPPO BEROALDO, en el folio 76, para GIOVAN BATTISTA PIO, en el folio 156.
34. PIETRO RICCI: *Opera omnia*, 70-71.

libro XV, capítulo VIII [35] o «deportati» y «relegati» en el libro XXII, capítulo V [36].

Amplitud de miras comprensivas para los glosadores medievales tuvo asimismo Francesco Florido Sabino en su *De iuris civilis interpretibus* de 1538 [37] en la línea de la calificación historicista de los saberes jurídicos, frente a la radical afirmación exclusiva de la jurisprudencia clásica anterior a Justiniano y supuestamente corrompida tanto por Triboniano como por los comentaristas medievales, que fue nota característica de la línea cardinal del humanismo jurídico.

Paralela a la corriente depuradora de los términos jurídicos existió otro caudal de trabajos acerca de las magistraturas romanas, al cual se ha concedido mínimo relieve, pero que a mi ver posee importancia suma porque permitió la catalogación de las instituciones del derecho público romano que sirve de base a la empresa de comparar Roma con los reinos coetáneos y que es típica del Renacimiento en contraste con el Humanismo. Los humanistas no traen los sistemas antiguos a la comparación con la realidad próxima; limítanse a describirlos, a poner de manifiesto la máquina del gobierno de la Roma antigua; sin omitir sus afanes clasicistas en la depuración del lenguaje, fíjanse más en la reconstrucción de como Roma era en la vida de su derecho público. Los renacentistas, por el contrario, tratarán de las instituciones romanas con referencias a los reinos de la época, preveyendo acercamientos para los humanistas imprevistos, porque la admiración por la majestad de Roma cegábales los ojos para las señorías en que vivían. En esta manera distinta de acercarse a las instituciones clásicas dáse otra divergencia entre el humanismo y el renacimiento jurídico; pero por eso mismo parece conveniente subrayar que hubo sólida corriente humanística descriptora y valorizadora de las instituciones romanas clásicas, aunque encerrando la consideración en la propia admiración rotunda.

Forman parte de este otro elenco de los aspectos del Humanismo numerosos personajes. Así Pier Candido Decembrio (1392-1477), el receptor de la carta de Lorenzo Valla sobre las comparaciones de Cicerón con Bartolo a que antes se aludió, dedicó al propio Valla su *De muneribus Romanae reipublicae*, todavía inédito que yo sepa. Gasparino de Barzizza de Bérgamo (1359-1431) compiló el *De nominibus magistratuum Romanorum libellus* [38]. Andrea de Domenico Fiocchi († 1452) es autor del *De sacerdotibus romanorum ac magistratibus*, falsamente publicado con atribución a Lucio Feneste-lla [39]; obra de cuarenta capítulos, los catorce primeros dedicados a los sacerdotes de Roma y los veintiséis posteriores a las magistraturas seculares. En la generación siguiente el florentino Bernardo Rucellai (1449-1514) da a luz su *De romanorum magistratibus*, de menguada calidad si se le compara con el *De Roma triumphante libri decem* de Flavio Biondo de Forlí (1388-1463) [40], sin duda ápice de esta corriente descriptora de las instituciones de la vieja Roma. Tan completo que ni siquiera se le aproximan obras de humanistas tan preclaros como Giulio Pomponio Leto (1428-1498), el calabrés discípulo de Lorenzo Valla, en el *De Romanorum magistratibus sacerdotiis*

35. Pietro Ricci: *Opera omnia*, 238-239.
36. Pietro Ricci: *Opera omnia*, 335-336.
37. Sobre él el trabajo de R. Abbondanza, citado en la nota 1 de la presente Glosa.
38. Puede verse en sus *Opera*. Romae, apud Jo. M. Salvioni, 1723.
39. Venetiis, apud Ph. Petri, 1475.
40. Venetiis, apud a Ph. Decio Mantuano, 1511.

jurisperitis et regibus [41]. El *De praetoris officio libellus* que hacia 1491 escribió Marco Antonio Sabellico es ya escrito renacentista, porque en él por primera vez ya no se toma por meta la exposición del ordenamiento romano, sino que el objeto es ver en la manera en la cual el sistema político de Roma coincide o no con el de Venecia. Al establecer el cotejo [42] Marco Antonio Sabellico es ya el renacentista que inicia un modo nuevo actualizado de tratar el derecho público romano.

En resumidas cuentas el Humanismo se distingue de la labor de los glosadores por el intento de reconstruir a tenor de los cánones de la filología renovada el vocabulario preciso y los textos auténticos de los consagrados libros compilados por Justiniano; e incluso, dentro de esa dirección, por la exaltación de los juristas clásicos, con la secuela de atribuir a la compilación justinianea, y en primer lugar a Triboniano, la corrupción de los saberes jurídicos. Depuración filológica aliada a la admiración más encendida por los saberes antiguos, a los cuales trátase de reconstruir en su pulcra formulación, aunque sea a costa de censurar a los compiladores bizantinos. Es el talante cultural que anima a la segunda línea del humanismo jurídico, la que se afana por restablecer el perfil de las instituciones de la antigüedad romana. Ambas tendencias coinciden en la tensión encandilada del amor reverencial hacia Roma y en el deseo de procurar averiguar como fueron de verdad los funcionamientos de las magistraturas y la letra de los decires jurídicos de los magnos jurisconsultos clásicos. Pero, precisamente a causa de esa misma veneración sincera, no se les ocurrió acercar aquel mundo dorado al que se concebía idealmente perfecto, a las circunstancias de la sociedad en que vivían. Para los humanistas los saberes jurídicos romanos agótanse en sí mismos, en la devoción embelesada por averiguar cómo habían sido en Roma; era tamaña la grandiosa aureola de superioridad con que se les circundaba que parecía inasequible e inútil compararlos siquiera con las leyes y con las instituciones contemporáneas. El Renacimiento comenzará cabalmente cuando, no contentos con quedar boquiabiertos de admiraciones delante de la Roma paradigmática, los escritores traten de servirse de los ejemplos de la admirada Roma a fin de cotejarlos con los presentes. En esta trayectoria de problemas está dibujado el esquema cultural de los saberes jurídicos desde los glosadores y postglosadores hasta los humanistas y renacentistas.

Vistas así las las cosas parece innecesario insistir sobremanera con la discusión erudita que ha agitado a numerosos críticos e historiadores en torno a las relaciones del Humanismo con el Derecho. Nególas Gerhard Ritter en su conocido estudio *Die geschichtliche Bedeutung des deutschen Humanismus, La significación histórica del humanismo alemán,* afirmando que la figura de Ulrico Zasius constituía la excepción confirmadora de la regla general [43]. Más comedido, Paul Koschaker en su *Europa und das römische Recht, Europa y el derecho romano,* contentóse con asegurar que el estudio del derecho romano y su recepción nada tuvo que ver con el movimiento humanista [44]. Todavía más ceñido Roderich Stintzing en la *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Historia de la ciencia jurídica alemana,* redujo la negativa a la influencia del Humanismo en la práctica jurídica de la

41. Lutetiae, Ch. Wechsel, 1529.
42. Venetiis, 1502, folio 105.
43. En la *Historische Zeitschrift.* CCVII (1923), 417.
44. PAUL KOSCHAKER: *Europa und das römische Recht,* 225, nota 1.

recepción del derecho de la vieja Roma [45]. En su *Grossen Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, Grandes pensadores jurídicos de la historia del espíritu alemán*, Erik Wolf ha afirmado, por el contrario, la repercusión importante del Humanismo en el Derecho, pese a que consistió en movimiento cultural de redescubrimiento de la antigüedad en general, más atento a la formación integral de los individuos que a ningún ramo determinado del saber [46]. Franz Wieacker en la *Historia del derecho privado de la edad moderna* reconoce como el Humanismo aportó al Derecho el retorno a las fuentes puras, lo llevó al fin a recusar las interpretaciones del derecho romano formuladas por los glosadores [47]. En el mismo sentido Guido Kisch en *Die humanistische Jurisprudenz im Spiegel der Rechtsgeschichte, La jurisprudencia humanista en el espejo de la historia del derecho*, ha apreciado positivamente el influjo del Humanismo sobre los saberes jurídicos, en la medida en que sirvió para aclararlos y fortalecerlos [48].

Semejante abanico de opiniones obliga a replantear la cuestión distinguiendo una vez más entre Humanismo y Renacimiento. El humanismo jurídico recibió del caudal ubérrimamente fecundador del humanismo general el cuidado meticuloso por restablecer la lección auténtica según los preceptos de la filología más exquisita; y en este sentido el códice florentino de las *Pandectas* es la piedra de toque hacia la que se orientan los anhelos de Lorenzo Valla o de Maffeo Vegio y de cuya lectura penden con sus dispares méritos las aportaciones de Angelo Poliziano y de Ludovico Bolognini. El humanismo jurídico existe en dos corrientes paralelas: la vigorización de los estudios por conocer las instituciones de Roma, que fue casi un capítulo, y maravilloso capítulo, de arqueología revivificada; y el anhelo por restablecer al Derecho, parejamente a las instituciones, en su verdadera realidad clásica, que fue grande hazaña de filología jurídica. Los humanistas no lograron más porque tampoco pretendieron más; su lema fue el retorno a Roma, al derecho de Roma, desde la reconstrucción de los textos o de los sistemas de gobierno. Por ello hubo humanismo jurídico, aunque es cierto no repercutiera en los ordenamientos del Derecho o del poder de la época; si hubieran salido aquellos estudios de los márgenes de la erudición dorada, si hubieran querido algo más que la admirada restauración cultural del clasicismo del derecho romano viejo, no serían ya Humanismo. Cuando la ambición del estudioso excede a los límites de la erudición tornasolada, cuando proyecte sobre el contorno la memoria ejemplar de la Roma antigua, cuando la devoción de imitadores pase a ser cotejo de emuladores, ya no habrá humanismo jurídico. Pero no porque no fuese fructífero, sino porque había agotado su misión para dejar paso al heredero del Humanismo que fue el Renacimiento. Igual que en la cultura general del Occidente, el Renacimiento sigue al Humanismo porque es la aspiración de levantar otro clasicismo nuevo, que empareja sin que repita al que los humanistas teorizaban. También en la marcha de los saberes jurídicos el Humanismo fue la nostálgica hazaña de rehacer Roma en lugar de copiarla. Y también en los saberes jurídicos no hay Renacimiento sin Humanismo previo; pues el Humanismo no fue más que la antesala dorada y erudita, evocadora y embelesada, de la acción creadora que el Renacimiento suponía.

45. München und Leipzig, R. Oldenbourg, cuatro tomos. Cita al I (1880), 113.
46. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1963, pág. 72.
47. Traducción castellana. Madrid, Aguilar, 1957, pág. 56.
48. En el volumen *Studien zur humanistischen Jurisprudenz*. Berlín-New York, Walter de Gruyter, 1972, pág. 29.

16. *El Renacimiento en Francia*

En los diversos países del Occidente el Renacimiento hereda al Humanismo poco a poco, sustituyendo paulatinamente los diversos saberes jurídicos atenidos a la puntualización de los textos y a la búsqueda de las huellas de la ciencia romana clásica velada por las compilaciones justinianeas, por las tres motivaciones características del Renacimiento. En primer lugar la historificación del derecho romano, que ya no va a ser contemplado ni en la deificación de los libros de Justiniano usual entre los glosadores, ni en la admiración infinita hacia los jurisconsultos pretribonianos cual acontecía entre los humanistas; sino en la reducción del derecho de Roma a su lugar de uno, siquiera el mayor, de los derechos habidos en la historia. En segundo término, dada precisamente esa reducción del derecho romano a su parcela en el tiempo y en el ayer cultural, la urgencia de la necesidad de completarlo con el acoplamiento de los derechos de las otras gentes, con lo cual la exclusividad humanística en el estudio del derecho de Roma abre paso a la asunción de otros sistemas en un primer momento, y luego da pie al nacimiento de una Jurisprudencia universal constituida en filosofía del humanismo jurídico. Finalmente, la historificación del derecho romano permitió descubrir en su entraña criterios permanentes de saberes, con lo cual se disoció lo histórico de lo filosófico en las temáticas que les eran propias, sirviendo de nuevo fundamento a las construcciones de la filosofía del Derecho. Del «jus gentium» romano nació el derecho comparado y del derecho natural salió la nueva filosofía del Derecho gracias precisamente a las aportaciones que el Renacimiento trajo en contraste con el Humanismo. Dos logros que figuran entre las conquistas del pensamiento jurídico moderno, que al Renacimiento y no al Humanismo son debidas, y que indican de una parte la peculiaridad del pensamiento renacentista y de otra su transcendencia en la historia de los saberes jurídicos.

El contraste entre el «mos italicus» y el «mos gallicus», entre los saberes jurídicos al gusto antiguo y los saberes jurídicos propiamente renacentistas, fue la cobertura histórica de la sucesión con que el Renacimiento desplaza lentamente al Humanismo en las tierras del Occidente. Con el Renacimiento asistimos a las primeras empresas sistemáticas, por los humanistas desconocidas, más aún, enteramente insospechadas. Los humanistas descoyuntaban los textos consagrados a fin de aquilatar su auténtica redacción latina y de aclarar el transfondo clásico enturbiado por la compilación de Justiniano; fueron exégetas del detalle, analizadores agudísimos, disolvedores de los factores individuales; descubridores del giro gramatical o de la posible interpolación perturbadora. Nunca comprendieron el modo de elevar a sistemática los estudios del Derecho; su modo de actuar era un modo menor, enamorado de la pequeñez erudita, inhábil para reconstruir sistemáticamente aquellos mismos textos tan sabia y prolijamente desmenuzados. Es

con los hombres del Renacimiento con quienes asomará el intento de rehacer lo que los humanistas doctamente pulverizaron.

Claro es que las únicas perspectivas inherentes al Renacimiento no agostaron el placer por las temáticas antiguas. El modo viejo de razonar los saberes jurídicos continuó en una gama amplísima de libros, ornados de mezquina sistemática, ordenados en métodos de consejos. La línea bartolista, de remotas raigambres medievales, acogida en los puntos intelectuales del «mos italicus», perpetúase en los tratados de *Commentaria* fragmentada, y más todavía en los abundantes macizos volúmenes de los *Consilia*, donde los saberes seguirán ordenados por repertorios, por índices o por tablas en una estructura sistemática apenas en la presentación formal y exterior de las cuestiones. Quien consulte el volumen consagrado por Guido Kisch a enumerarlos, el titulado *Consilia. Eine Bibliographie des juristischen Konsiliensammlungen, Consilia. Una bibliografía de las colecciones de consejos jurídicos* [1], captará sin mayores dificultades el estilo en que recogen y continúan los modos viejos del saber, cuando ya los escritores genuinamente renacentistas elaboraban sistemáticas más o menos cabales, empero siempre orientadas a intentos por los humanistas ignorados.

La situación de Francia era propicia para la afirmación renacentista y no en balde llamóse «mos gallicus» al novedoso ejercicio de los jurídicos saberes. Como es conocido por los historiadores del Derecho, el territorio de la monarquía francesa hallábase dividido en dos grandes zonas: la del «droit commune» al sur, fundada esencialmente en el derecho romano; y la del «droit coutumier» al norte, afincada en costumbres de remota ascendencia germánica; proyección en las esferas del Derecho del dualismo de la Francia medieval, separada filológicamente en los dos núcleos del «oïl» y del «oc», éste último marcado por extenderse a gentes en mucho mayor grado culturalmente romanizadas. Cara a la supremacía del derecho romano, a mediados del siglo XV adviértese en Francia el anhelo por reducir a letra escrita las costumbres antiguas de cuño germánico dominantes en la parcela norteña de la monarquía. Carlos VII ordena por edicto real de 1454 la recolección autorizada de las costumbres y usos de cada región, empresa que se lleva a término sobre todo entre 1506 y 1510 reinante Luis XII, completada a lo más tarde bajo el reinado de Francisco I (1515-1547). La consecuencia fue que el derecho romano, en lugar de aspirar a transformarse en leyes vigentes positivas, recortó su indudable e indiscutida supremacía a pasar por «ratio scripta», por criterio supremo racional en el mundo del Derecho; fue el corrector, el complementador y el sustituto del derecho consuetudinario, pero no llegó a ser tomado por derecho aplicable en las zonas del «droit coutumier». Así la situación jurídica de Francia dio pie a la convicción de que el derecho romano no era el Derecho exclusivo, aunque sí el Derecho ideal y por tanto el mediador de la valía de los menores derechos regionales. Hacia 1560, como ha demostrado E. Fournol en *Sur quelques traités du droit public au XVI siècle, Acerca de algunos tratados del derecho público en el siglo XVI* [2], estaba clara en los ánimos de los juristas más representativos la convicción de que el derecho romano por sí solo era incapaz de abastecer la solución completa a la varia gama de los saberes jurídicos presentes. Es el hito culminante del renacimiento de los saberes jurí-

1. Basel und Stuttgart, Helbing und Lichtenhahn, 1970, 86 págs.
2. En la *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*. Tercera serie, XXI (1897), 298-325.

dicos en Francia y por ello me ha parecido conveniente ponerlo delante en el esclarecimiento de lo que fue el renacimiento francés en el Derecho, en contraste con el Humanismo precedente; aunque también parezca conveniente matizar el camino por donde se llegó a semejante estado de ánimo cultural, que señala el apogeo de la mudanza de concepciones en los saberes del Derecho.

La historificación del Derecho en evidente tránsito desde el Humanismo al Renacimiento está simbolizada en el nombre de Aymar de Rivail, nacido a mediados del siglo XV de una familia de hombres de toga en el Delfinado y de quien se sabe apenas que todavía vivía en 1535; por sus libros, publicados en 1515 en un solo volumen, *Civilis historiae juris sive in XII Tab. Leges Commentariorum libri quinque* e *Historiae item Juris Pont. liber singularis* [3], calificados por Friedrich Carl von Savigny en la *Historia del derecho romano en la edad media* como el primer intento de verdadera historia del Derecho [4]. Entre otras cosas, su reconstitución del texto de las leyes de las Doce Tablas en el libro II de la primera obra [5], es realización ya renacentista por dar en el primer bosquejo sistematizador reconstructivo, lejos de las menudas analíticas típicas del humanismo jurídico.

Inicia el Renacimiento en Francia el milanés Andrés Alciato (1492-1550), formado en el meollo de las pugnas humanistas según ha probado F. Lo Parco en *Aulo Giano Parrasio e Andrea Alciato (con documenti inediti)*, *Aulo Giano Parrasio y Andrés Alciato (con documentos inéditos)* [6]. Apellidado así por el lugar de su nacimiento, profesor en Aviñón y en Bourges, tuvo talentos suficientes para incidir en la tarea que Ludovico Bolognini no fuera capaz de consumar. Aúnanse en él el «mos italicus», auténtico derecho de juristas, creador desde la política del Derecho, con el «mos gallicus», más bien derecho profesoral, puesto que busca aplicar a la realidad los conocimientos jurídicos antes científicamente conseguidos. Porque Alciato coñjugó ambas tendencias y porque se valió de la filología sin olvidar jamás que era un jurista, pudo pasar a la posteridad por el creador de un método novedoso; método que, si es dable discutir era enteramente nuevo, no caben dudas cuaja la manera renacentista superadora de la visión que de los saberes del Derecho tuvieron los representantes del Humanismo. Su poder creador de conceptos, la maestría famosa que llevó a sentarse en los bancos de su clase al rey Francisco I de Francia, son índices de la renovación ligada a su nombre célebre. El propio Jacobo Cujas se limitará a repetir sus procedimientos metodológicos, eso sí, con apetencias más maduras de reconstruir sistemas jurídicos particulares, desbordando los linderos de la compilación de Justiniano.

En contraste con los humanistas, Andrés Alciato clava las raíces en los comentaristas medievales, como apunta P. E. Viard en *André Alciat (1492-1550)* [7], por más que conteste diversas exégesis erradas, dedicando loas a Bartolo de Sassoferrato en sus cartas a Bonifacio Amerbach datadas en 11 de julio de 1523 [8] y 24 de enero de 1537 [9]. Sin embargo, inscríbese en la se-

3. Manejo la edición impresa en Maguntiae, apud. Jo. Schoeffer, 1527.
4. F. C. von SAVIGNY: *Geschichte*, VI, 451.
5. AYMAR DE RIVAIL: *Civilis historiae juris*, 14-205.
6. En el *Archivio storico lombardo*, XXXIV (1907), 160-167.
7. Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1926, págs. 139-140.
8. En G. L. BARNI: *Le lettere di Andrea Alciato giureconsulto*. Firenze, Felice Le Monnier, 1953, pág. 60. Es la carta 33.
9. En G. L. BARNI: *Le lettere di Andrea Alciato giureconsulto*, 162. Es la carta 98.

gunda corriente del Humanismo de restaurar las líneas cardinales del derecho público de Roma, en las *Annotatiunculae in tres posteriores Codicis Justiniani Libros* [10]; pero con la particularidad de que, en desemejanza con los escritores humanistas, no le interesa averiguar los textos clásicos disimulados debajo de la redacción de la compilación justinianea, antes por el contrario restituye a claridades el derecho de la Baja latinidad, precisamente porque en este período faltan los Tito Livios y los Cicerones, por decirlo con las mismas palabras suyas en la carta con la que dedica a Felipe Sauli las *Annotatiunculae* [11]. En esa misma epístola dedicatoria subraya la necesidad de reatar sobre bases nuevas a la filosofía del Derecho o, en sus palabras, al Derecho con los «studia humanitatis», en un esfuerzo para que «leges scire et humanitatis studia profiteri» [12]. Unión que ha de cimentarse en la adecuación de los datos jurídicos a su coyuntura histórica. Andrés Alciato inaugura aquí la primera de las notas con las que caractericé el Renacimiento: la historificación de las instituciones jurídicas.

A ello corresponde el primado que entre los saberes jurídicos concede a la historia al dedicar en 1517 a Galeazzo Visconti sus *Annotationes in Tacitum*, al escribirle: «Prosit corporibus medicina, publice intersit plurimus esse jurisconsultos, summo se in fastigio positos credent philosophi, de gradu deiici non sinet se militaris gloria, cedunt haec tamen cessereque omnia historiae autoribus, cumque nulla non artium aliquo tempore male audiverit, solam hanc professionem extra aleam esse semper existimatum est» [13]. Con cuya actitud Andrés Alciato es el puente entre las reconstrucciones de las instituciones de Roma llevadas a cabo por los humanistas y la dignificación de la historia que concluirá en la jurisprudencia comparada de Juan Bodin.

De la línea cardinal del Humanismo es asimismo continuador en el libro II de las *Paradoxa, Dispunctiones, Praetermissa* [14], en donde egregiamente censura la labor de Angelo Poliziano tocante a la rectificación de los vocablos griegos y latinos de las *Pandectas*, superándole incluso en la precisión; lo cual no es de extrañar, ya que el Poliziano era filólogo que se aproximaba a los trabajos en Derecho, al paso que Andrés Alciato era jurista posesor de magnífica formación filológica.

Ambas corrientes maduran en su labor de exégesis jurídica, donde los frutos del Renacimiento maduran con gracia de preclaras conclusiones. Baste recordar como en el *De verborum significatione commentaria* va analizando el valor jurídico de las palabras desde los cuatro ángulos «ex proprietate, ex usu, ex abusione, et per interpretationem» [15], para comprender cuánto hizo avanzar los saberes jurídicos este milanés trasplantado a Bourges, la gentil mano con que anuda la reedificación institucional con el remodelamiento de las palabras, y cómo ambas tendencias del Humanismo han sido superadas en la exaltación de la historia y en la matización según derecho de las palabras del Derecho, síntesis feliz en la cual ha de contemplarse ya el hallazgo del renacimiento jurídico, dejadas atrás las formulaciones humanísticas. No en balde la calificación histórica, noción renacentista peculiar, es la llave que abre los secretos de sus labores. «Certissima

10. Milán, Alessandro Minuziano, 1518, folios 109-127.
11. Puede leerse en G. L. BARNI: *Le lettere di Andrea Alciato giureconsulto*, 219-220.
12. En G. L. BARNI: *Le lettere*, 220.
13. En G. L. BARNI: *Le lettere*, 221.
14. En la edición de Milán, Alessandro Minuziano, 1518, folios 65 v - 95 r.
15. Lugduni, Sebastianus Gryphius Germanus, 1542, folio 103 a.

philosophia» definió a la historia en la carta a Galeazzo Visconti con la que le dedicaba en 1517 sus *Annotationes in Tacitum* [16]. Era su magna novedad, porque era la perspectiva del renacimiento nuevo en los estudios del Derecho. Razón sobrada tuvo por ende Ernst von Moeller en *Andreas Alciat (1492-1550). Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte der modernen Jurisprudenz, Andrés Alciato (1492-1550). Una contribución a la historia del origen de la Jurisprudencia moderna,* cuando le consagró como renovador y reformador, impulsor y abridor de caminos, «Neuerer und Reformator, ein Anreger und Pfadfinder» [17].

El paso de acercar las construcciones del derecho romano a la realidad contemporánea, otro rasgo tipificador del Renacimiento, va a ser dado por Guillaume Budé o Budaeus (1467-1540). También Budé hereda la doble preocupación humanista en lo filológico y en lo institucional. En la tendencia humanista de restaurar los significados de los vocablos compuso en 1508 las *Annotationes in quattuor et viginti Pandectarum libros* [18], en las que se proclama seguidor de Lorenzo Valla [19]; obra, sin duda, resultante de lo que aprendiera en los dos viajes a Italia y en la cual colectó ingente material lexicográfico de derecho romano sin precedentes ni comparaciones en su época, de seguir la opinión de L. Delaruelle en *Guillaume Budé. Les origines, les débuts, les idées maîtresses, Guillermo Budé. Los orígenes, los comienzos, las ideas cardinales* [20]. En la línea humanista de rehacer realidades institucionales cuenta el *De asse et partibus eius libri quinque* [21], donde el estudio de las monedas romanas sirve ya para comparar su valor con el de las francesas del tiempo; incidiendo aún más todavía, porque la comparación en el valor de las monedas no es más que el pretexto para justificar sobre el modelo justinianeo el poder absoluto de los reyes de Francia, como anota William Farr Church en *Constitutional theory in sixteenth-century France, La teoría constitucional en la Francia del siglo XVI* [22]. Cuando en el *De asse* ensalza la potestad de los monarcas franceses, describiéndoles con potestad equiparada a la de los emperadores romanos, pero engrandecida en la consideración de que «Imperium Romanum ad Monarcham devenit» [23], igual que cuando en *L'institution du Prince* válese de sus conocimientos clasicistas para compararlos con Augusto o con Tito [24], con Vespasiano o con Trajano [25], Budé avecina el derecho de Roma a la Francia en que vivía, con nota peculiarmente renacentista.

Otro rasgo suyo, parejamente de aproximación del derecho romano a la realidad vivida, aparece en el afán por cotejar las doctrinas jusromanistas con la práctica coetánea. De lo cual cobraron certeza los contemporáneos. Muerto él ya, el editor de las *Forensia* encargó al abogado Le Duc, miembro del parlamento de París, ordenar los argumentos, dejándonos con tal motivo Le Duc certificación de esta nueva faceta del renacentismo jurídico de Guillermo Budé cuando encabeza las tablas ordenadoras

16. En G. L. BARNI: *Le lettere,* 222.
17. Breslau, 1907, pág. 51.
18. Lugduni, apud Seb. Gryphium, 1551.
19. G. BUDÉ: *In XXIIII Pandectarum libros,* 175-176 y 178.
20. Paris, Honoré Champion, 1907, pág. 113.
21. Parisiis, Michael Vascosanus, Roberto Stephano ac Johanni Boigny, 1541.
22. Cambridge, Harvard University Press, 1941, págs. 61-63.
23. G. BUDÉ: *De asse,* folio 103 b.
24. Citada por CLAUDE BONTEMPS, en las págs. 77-139 de *Le prince dans la France du XVI^e siècle.* Paris, Presses universitaires de France, 1965. Cita a la pág. 79.
25. En CLAUDE BONTEMPS: *Le prince,* 81.

con el calificativo de «iudiciorum et fori nostri disputationes princeps» [26]. De cuyo nuevo lado resulta una vez más que la postura renacentista de Guillermo Budé fue constante; reitera las preocupaciones humanísticas por restaurar los saberes del derecho romano antiguo, pero atemperándolas a su hora. El derecho romano deja de ser objeto apasionado de cándidas admiraciones eruditas para transformarse en instrumento de combate en la contienda doctrinal por justificar el absolutismo real y en hontanar de criterios para los casos de la práctica judicial. En ambas caras pierde el aura dorada del saber aparte, para incidir muy a lo renacentista en las cotidianas problemáticas de la Francia de la primera mitad del siglo XVI.

De su punto humanista de partida heredó Guillermo Budé la animosidad contra Triboniano, en cuanto compilador de las *Pandectas* ocultadoras del saber jurídico de la Roma clásica; así en sus *Annotationes in quattuor et viginti libri Pandectarum* [27]. Ya en época trasnochada repetirá pareja aversión François Hotman (1524-1590) en el *Antitribonianus sive Disputatio de studio legum*, crítica a los compiladores de las *Pandectas*, pero no crítica humanista, sino renacentista según se colige de los argumentos empleados. Para los humanistas el pecado de Triboniano consistió en obscurecer los claros fulgores de la Jurisprudencia clásica de Roma, ocultándolos en los esquemas entenebrecedores del *Digesto*, mientras que la crítica de Francisco Hotman vendrá apoyada, por el contrario, en que el conocimiento de las instituciones y de las leyes de la remota Roma es inútil para la formación del jurista francés del siglo XVI. No hay en Francia la división entre patricios y plebeyos e imposible será reducirlos a los nobles, vasallos y siervos [28]; es necio averiguar quiénes eran el prefecto de la urbe, el procónsul de las provincias u otras magistraturas semejantes [29], porque lo que interesa es saber las funciones de los «maîtres requêtes», de los bailíos y de los senescales [30]; en derecho privado es absurdo e inaceptable para un jurisconsulto cristiano el poder ilimitado de los padres sobre los hijos, la venta de la mujer o que la simple cohabitación sea fuente de obligaciones matrimoniales [31]; por ello reclama sean sustituidas las leyes de Roma con imposibles pretensiones de actualidad, por un nuevo código para Francia, petición que eleva al canciller Michel de l'Hospital como coronación de sus argumentaciones antirromanistas [32]. Como puede colegirse, las armas de combate manejadas por François Hotman difieren de las de los humanistas, porque sus objecciones consisten en la inactualidad del derecho romano más que en el embeleso por la jurisprudencia clásica de Roma. Tal vez, en el fondo, más que combatir al derecho romano en sí, lo que ataca es el que sirva de justificación del poderío de los papas y de los reyes; Jürgen Dennert en *Beza, Brutus, Hotman, calvinistische Monarchomachen*, ha apuntado que la ofensiva de Hotman contra el derecho romano débese exclusivamente a su calvinismo democratizante [33]. Sea lo que fuere, lo que interesa poner de relieve es que para el año 1567 en que redactó el *Antitribonianus* el Humanismo había quedado atrás en Francia y que los argumen-

26. Paris, 1548, pág. 3.
27. G. Budé: *Annotationes*, 351.
28. En *Variorum opuscula ad cultiorem Jurisprudentiam assequendam pertinentia*. Pisis, apud Aug. Pizzorno. VII (1771), 143.
29. F. Hotman: *Antitribonianus*, 144-145.
30. F. Hotman: *Antitriboinanus*, 146.
31. F. Hotman: *Antitribonianus*, 149-150.
32. F. Hotman: *Antitribonianus*, 215.
33. Köln und Opladen, Westdeutscher Verlag, 1968, pág. XXVI.

tos de que echa mano son ya evidentemente renacentistas. Siendo su afán idéntico al de los humanistas, los datos y las conclusiones son radicalmente distintos.

Pruébalo además que otro ataque contra Triboniano, el desatado en 1532 por François Rabelais (1495-c. 1560) en el capítulo XLIV del libro III de *Les grands et inestimables chroniques du grand et énorme géant Gargantúa*, céntrase en el ataque personal mediante la pintura de un Triboniano abominable, «mome mescreant, infidèle, barbare, tant maling, tant avare et inique, qu'il vendoit les lois, les édits, les rescripts, les constitutions et ordonnances en purs denniers»; ataques en los que refluye la oposición humanista cribada por agudezas desvergonzantemente rabelaisianas, pero que nada tienen de común con lo que dirá François Hotman cuando en 1567 un tercio de siglo después, el espíritu renacentista haya sustituido al humanista. Quien desee calibrar la distancia que media entre Humanismo y Renacentismo no tiene más que cotejar los motivos por los que pugnan contra Triboniano Francisco Rabelais en 1532 y Francisco Hotman en 1567.

La consolidación de los saberes jurídicos renacenistas tuvo ocasión gracias a Jean Bodin o Bodino (1530-1596), abogado en el parlamento parisino y celebérrimo en la historia del pensamiento político a causa de su conocida teoría de la soberanía, expuesta en tantos y tantos manuales como noción fundamental del derecho público moderno. Bodin apura las consecuencias de las temáticas renacentistas y conduce a los saberes del Derecho desde la orilla de la exclusiva apreciación del derecho romano por única fuente científica a la elaboración de la nueva disciplina de un saber jurídico integrado por ingredientes deducidos de los varios derechos de los diversos pueblos.

Hereda Bodin del Humanismo la preocupación pedagógica, tanto al acercarse a la historia como al Derecho. Lo que él busca, en la pauta misma de las consideraciones de François Hotman en el *Antitribonianus*, es la conveniente educación legal para los juristas de Francia. Preocupación humanista a la que añade las notas renacentistas de la sistemática y de la historicidad que aniquilaba la consideración exclusivista del derecho de Roma en los estudios jurídicos.

En el *Methodus ad facilem historiarum cognitionem* de 1566 formula Bodin las tesis del renacimiento jurídico, que luego aplicará a las instituciones políticas en *Les six livres de la République* de 1576, de tal suerte que el *Methodus*, con no ser libro propiamente de Derecho, es sin duda el más importante de los libros que el renacimiento francés produjo tocante a los estudios jurídicos. Es un tratado sobre la metodología de la historia, pero su autor confiesa en los primeros renglones del prefacio lo redactó en función de sus tareas de abogado [34]. Con aliento renacentista, muévele el escándalo de la falta de método entre los juristas, consistente sobre todo en la carencia de sistemáticas labradas; es que acaban en algún «vademonium», siendo así que las «artes ac scientiae... non singulorum, sed universorum» han de construirse [35]. La compilación de Justiniano constituyó un fracaso, de donde la multitud de leyes «absurda», y el «ordine perverso» en que suelen ser expuestas [36]; es que los quince jurisconsultos encargados de la compilación del *Digesto* «cum foeda barbarie omnia premerentur, legum

34. Amstelodami, sumptibus Joannis Revesteiny, 1650, pág. VIII.
35. Ibídem.
36. J. Bodin: *Methodus*, IX.

fontes adeo conturbarunt, ut nihil fere a sordibus et luto purum hauriatur; ex quo secuta est immensa diffusaque legum copia, tum ut legum inter ipsas discrepantia tolleretur» [37].

Era un camino sin salida, de origen humanista, al que Bodin no halla más que una vía salvadora: apelar al cultivo de la historia para remozar los saberes del Derecho. El tema central del *Methodus ad facilem historiarum cognitionem* es el de que los historiadores han de completar a los jurisconsultos para el cabal entendimiento de los saberes jurídicos. «Quam quidem ad rem, Jurisconsultorum simul atque Historicorum ponderibus utimur, ut persarum, graecorum, aegyptiorum, non minus quam romanorum legibus tribuatur»; a las que hay que añadir las leyes e instituciones de los hebreos, de los hispanos, de los britanos, de los germanos y de Italia [38]. De esta suerte la historia universal vino a ser la fuente salvadora de la jurisprudencia romanística anquilosada, como ha puntualizado Julián H. Franklin en *Jean Bodin and the sixteenth century revolution in the methodology of law and history, Juan Bodino y la revolución del siglo XVI en la metodología del derecho y de la historia* [39]. Es que la función de la historia era para Bodin la de enseñar «quae optima leges, quae optima republica» [40], y, en el Derecho, la «civilis scientia» [41].

Superado el estricto cultivo humanista del derecho romano en la historificación renacentista que le compara con los derechos de los otros pueblos, es de la comparación de las instituciones de todos ellos de donde brotarán los saberes jurídicos para los humanistas centrados en el derecho de Roma. No se trata de una apelación a la experiencia, ni de una política experimental, como sostiene Pierre Mesnard en *L'essor de la philosophie politique au XVI siècle, El arranque de la filosofía política en el siglo XVI* [42]; porque Bodin se remite siempre a la «solida philosophia» para fundamento de todas las «artes» y a aquella justicia natural del derecho natural que «non ad hominum voluntates mutabilem, sed aeterna lege definitam amplectantur» [43]. Trátase de buscar las constantes universales de las leyes e instituciones de la totalidad de las gentes, en criterio renacentista superador del estrecho romanismo de los humanistas; ateniéndose a la naturaleza de los individuos y de los pueblos, no a los hechos en sí mismos que son la mera proyección de la universalidad y de las peculiaridades históricas o naturales de los hombres. La «universa historia» de que habla en el capítulo II del *Methodus* [44], la historia común de la humanidad entera que en el capítulo I llamó «historia humana communis» para diferenciarla de la «propria unius populi» [45], aunque fuese el pueblo paradigmático de Roma. Es que la historia fue el arma renacentista empleada por Bodin para extender a Jurisprudencia universal lo que para los humanistas había sido escueta Jurisprudencia romana. Bien lo entenderá el lector que ojee el capítulo V, titulado «De recto historiarum judicio» [46], vea el modo en que compara la

37. J. Bodin: *Methodus*, X-XI.
38. J. Bodin: *Methodus*, X.
39. New York and London, Columbia University Press, 1963, pág. 79.
40. J. Bodin: *Methodus*, 7.
41. J. Bodin: *Methodus*, 26.
42. París, J. Vrin, 1969, págs. 536 y 540.
43. J. Bodin: *Methodus*, XII.
44. J. Bodin: *Methodus*, 14.
45. J. Bodin: *Methodus*, 11.
46. J. Bodin: *Methodus*, 79-154.

vieja Roma con la Venecia contemporánea [47] o repase los capítulos en que Jean Moreau-Reibel en *Jean Bodin et le droit public comparé dans ses rapports avec la philosophie de l'histoire, Juan Bodino y el derecho público comparado en sus relaciones con la filosofía de la historia*, detalló la fuente diplomática de sus informaciones o lo que Jean Bodin sabía de las monarquías nórdicas, del parlamento inglés, de los gobiernos de Polonia y de Suiza [48]. La historia es la renovación renacentista de la jurisprudencia de Roma como hontanar de los saberes del Derecho.

Semejante renovación renacentista tuvo lugar en dos caminos diferentes, a tenor de la doble línea de la herencia humanística que el Renacimiento asume: la corriente filológica será para Bodin esa jurisprudencia universal, común o humana, que teoriza en el *Methodus ad facilem historiarum cognitionem;* la otra corriente de restauración doctrinal de las instituciones romanas, ensanchada a lo renacentista fuera del álveo limitado del humanismo jurídico, será la ciencia política condensada en *Les six livres de la République.* Hasta en la separación de los estudios discernió Bodin a las leyes de las instituciones, para condensar las primeras en la Jurisprudencia comparada y a las segundas en la ciencia política. En ambas pretendió ser original, con una originalidad que obscurecía el saber de los clásicos antiguos. Otra característica también muy renacentista, la mayor de todas tal vez: no se trata de copiar ni de imitar a los antiguos, sino de elaborar clasicismos nuevos; es emulación en lugar de remedio.

Característica que ya fue notada por Henri Baudrillart hace más de un siglo al publicar en 1853 su *Bodin et son temps, Bodino y su época,* tocante al *Methodus* cuando observó fue escrito por Bodin «se mettant hardiment au-dessus de l'antiquité et proclamant la supériorité de nos societés» [49]; y que en *Los seis libros de la República* reitera varias veces, signo de los orgullos renacentistas rivalizadores con el saber clásico, por ejemplo cuando en el prefacio declare que «la science Politique estoit encores de ce temps là cachée en ténèbres» [50], o en el capítulo II del libro II jáctase de haber descubierto «une règle de police que n'a point esté touchée de personne» [51]. Es que Bodin sábese innovador y no copista de los antiguos al cambiar los linderos de la Jurisprudencia y al formular la política rompiendo con las barreras con que el Humanismo ciñó el estudio de las leyes y de las instituciones al campo restringido de la Roma clásica. Es otro clásico nuevo, equiparado y no seguidor de los antiguos. Porque Bodin encarna el Renacimiento en los saberes jurídicos en la Francia del siglo XVI.

Discípulo del bretón François le Douaren (1509-1550), Hughes Doneau o Donneau o Donnellus (1527-1591) lleva a cabo en el derecho privado la labor sistematizadora ejecutada por Jean Bodin en los saberes jurídicos del derecho público. Protestante hugonote, refugiado en Alemania, escribió en Nurenberg entre 1589 y 1595 los tres volúmenes de sus *Commentarii de iure civile* [52], parcelados en dieciséis libros en los que pasa revista a las instituciones todas del dicho derecho privado. En Doneau prima la preocupación sistematizadora renacentista, lejos del prurito analizador de los humanistas.

47. J. BODIN: *Methodus,* 27.
48. Paris, J. Vrin, 1933, págs. 103-132 y 199-271.
49. Aalen, Scientia Verlag, 1964, págs. 145-146.
50. Paris, chez Jacques de Puis, 1583, primeros folios sin numerar.
51. J. BODIN: *Les six livres de la République,* 272.
52. Cito por la edición estampada en Lugduni, sumptibus Antonii Pillehotte, 1619, en un solo volumen.

El cuerpo de las *Pandectas* antójasele desordenado, por hallarse las materias colocadas «in dispersa locis»; motivo que le empuja a emprender su trabajo a fin de darlas orden sistemático satisfactorio, de situarlas según lo que él dice «in artem redigendo» [53]. Con soberbia igualmente renacentista aspira a ser el desfacedor de los entuertos científicos que en el *Digesto* había topado, sueña con proporcionar al Derecho el orden sistemático de que el *Digesto* adolece. Sin importarle mucho el prestigio ligado a la autoridad de Justiniano, porque el saber jurídico es cuestión de peritos en el Derecho, sin que afecte a la consideración merecida por los príncipes legisladores; «a principibus est auctoritas iuris; a peritis recta docendi ratio» [54]. Por lo cual distingue la norma legal de la doctrina que la membra y que la enjuicia, lo que en el capítulo II del libro I define el «ius constituens» y la «res eo iure constituta» [55].

En resumidas cuentas, la diferencia entre la norma y la razón de la norma cuaja en la vieja distinción entre derecho positivo de una parte, de la otra derecho natural y de gentes. Con la consecuencia, explícita en el capítulo V del propio libro I, de que la norma carente de razón justa, o sea el derecho positivo que no se amolde a los derechos natural y de gentes, cesa sin más de ser derecho [56]. La prestancia del derecho romano, su permanente vigencia, o en sus palabras en el capítulo VIII, la «iuris Romani auctoritas» [57], proviene de que encarna la razón de la justicia en las normas. De ahí que su polémica contra los redactores del *Digesto* no se funde en el contenido del derecho romano, aceptado como suprema encarnación de la razón escrita; sino del desorden en que fue labrada la compilación justinianea, desorden científico al cual Hugo Donneau va a contraponer para corregirlo su propio orden; es el renacentista que en el Derecho sábese forjador de un nuevo clasicismo en la construcción sistemática de los saberes jurídicos. La primacía de la «iuris obtinendi ratio» sobre la «iuris nostri cognitio» es la llave abredora de la nueva fundamentación de su teoría de los saberes jurídicos [58].

Sin duda arrastrado de su afán hugonote por la libertad personal, centra el sistema en la consideración de la persona, materia que da en la «proprie nostrum» [59]; o sea, coloca el estudio del derecho romano al servicio de la exaltación de la persona, o si se quiere de los derechos de la persona. No es raro, pues, que Manfred Herrmann en su estudio *Der Schutz der Persönlichkeit in der Rechtslehre des 16 bis 18. Jahrhunderts, La protección de le personalidad en la doctrina jurídica de los siglos XVI al XVIII*, sitúe en este francés el punto de arranque de la concepción de los derechos naturales del hombre en la acepción moderna de éstos [60].

La convicción de mejorar la obra intelectual de los antiguos en nuevas sistemáticas, patente en los renacentistas Jean Bodin y Hughes Donneau, alcanza culminación en los *Treize liures des Parlements de France, Los trece libros de los parlamentos de Francia*, publicados en 1617 por La Roche-Flavin, pues, no contento con suponer que los franceses modernos

53. Hugo Donneau: *Commentarii*, 1 b. Al libro I, capítulo II.
54. Ibídem.
55. H. Donneau: *Commentarii*, 2 a.
56. H. Donneau: *Commentarii*, 3 a.
57. H. Donneau: *Commentarii*, 4 a-b.
58. H. Donneau: *Commentarii*, 16 a. En el libro II, capítulo II.
59. H. Donneau: *Commentarii*, 19 b. En el libro II, capítulo VIII.
60. Stuttgart, W. Kohlhammer, 1968, págs. 21-23.

han reformado en mejor los saberes jurídicos de los romanos antiguos, levanta la pretensión de que incluso han sobrepasado a los latinos en la precisa belleza de los textos. A propósito de las ordenanzas de Luis XII y de Francisco I observará orgullosamente La Roche-Flavin que «par lesquelles ordonnances la langue française s'est beaucoup embellie, ornée et decorée, estant presque en son période, tesmoing les oeuvres admirables et inimitables de nostre Homère françois, Ronsard» [61]. Era el narcisismo del genio francés desafiando a la antigüedad en la más exagerada orgía de intelectuales soberbias. En el renacimiento jurídico los franceses júzganse superiores a los clásicos antiguos en la sistemática de fondo, en la amplitud de los campos de trabajo y hasta en la lindeza de las exposiciones de los saberes del Derecho.

61. Citado por MICHEL REULOS en la pág. 280 del estudio *L'interpretation des compilations de Justinien dans la tradition antique reprise par l'humanisme.* En el volumen *L'humanisme français au début de la renaissance.* Paris, J. Vrin, 1973, págs. 273-286.

17. *El Renacimiento en los países germánicos y en Polonia*

El renacimiento jurídico en los países del norte del Occidente vino afectado por la falta de la tradición medieval de glosadores y postglosadores, así como por la vigencia parcial de las costumbres germánicas, y también por la doble coyuntura de la Alemania del 1560: la fuerza integradora de la recepción del derecho romano por derecho común detrás de los sistemas legales de los numerosos principados, el factor disociador que supuso la reforma religiosa encabezada por Martín Lutero. La recepción del derecho romano no fue en las tierras germánicas producto de imposición extraña ni resultado de fuerza armada desde fuera; fue la aceptación libérrima de determinados conceptos jurídicos, realizada en tal guisa que no rompió la continuidad de la historia del derecho alemán. No se trató de admitir cuerpos legales, como pensaría el positivista avezado a confundir al Derecho con la norma; lo que penetra en Alemania es la cultura jurídica dimanada del remoto origen latino clásico, manojos de ideas que no de leyes, perspectivas sobre el Derecho y no reglas escritas rigurosamente impermeables. El saber jurídico romano permea a los núcleos cultivadores del Derecho, empapados lentamente de criterios novedosos en el largo proceso de la recepción. Repítese en suelo tudesco lo que había tenido lugar en Italia tres siglos atrás irradiado desde las escuelas boloñesas; de suerte que lo que se recibe es el legado universal válido para la totalidad del Occidente, el derecho de Roma; que al penetrar en Alemania será, sí, derecho nuevo, pero nunca derecho extraño. Debilitado el Imperio por haberse transformado en centros de integración política los diversos principados a él sujetos, desplazándose la balanza efectiva del poder desde el emperador a los grandes señores, cubrirá con el derecho romano recibido entonces aquel anhelo de unidad que en el círculo de las instituciones parecía perdido para siempre. Motivo por el cual Alemania permanece en líneas generales inmune a la recepción del derecho público de Roma, sin que existan entre sus escritores aquellas extremadas precauciones de la segunda corriente del Humanismo italiano empeñada en perfilar lo más exactamente posible las magistraturas del gobierno de la Roma antigua; mientras que, por el contrario, fue anchísimo el álveo del caudal de la recepción del derecho privado, ahora asumido en la redacción justinianea, tal como fuera comentado por los glosadores; en manera que la más antigua recepción del renacimiento jurídico en Alemania, la que lleva a cabo Ulrich Zäsy o Ulrico Zasius, tendrá por fuerza que encauzarse en el doble afán de un practicismo que acerque el derecho romano a las situaciones jurídicas concretas, practicismo característicamente renacentista, al mismo tiempo que obrar lo que obraron los humanistas italianos y que en Alemania no se verificó por carencia de humanistas cabal-

mente: la depuración del vocabulario, ligada a la hostilidad contra los trabajos de los glosadores.

Semejantes especiales notas del renacimiento jurídico alemán, al no haber estado precedido por una sólida falange de humanistas en el Derecho, serán los ingredientes tipificadores del primer jurista renacentista tudesco, Ulrich Zasius (1461-1535), ya diputado por Friedrich Carl von Savigny por el renovador de los saberes jurídicos medievales entre los suyos [1]; pero que, sin embargo de sus claros planteamientos renacentistas, asumirá las actitudes humanistas inexorablemente preparadoras de todo renacimiento en el derecho, precisamente a causa de la ausencia de juristas humanistas en Alemania. Natural de Constanza, profesor de Leyes y Código en varios centros universitarios, la variedad y calidad de los escritos recogidos en los seis volúmenes de las dos ediciones completas de sus *Opera* [2], denotan los esfuerzos gigantescos animados por el soplo reformador que este cronista de la ciudad de Friburgo y redactor de códigos locales puso en sus estudios sobre el derecho romano. Textos comprobadores en mano, R. Stintzing ha mostrado la dureza con la que Zasius arremetió contra los rábulas y comentaristas coetáneos, cultivadores del Derecho con métodos que apenas si servían para turbar tranquilidades, envenenar los juicios, escarnecer los tribunales [3]. Arremetida que no se detiene en el menosprecio de los practicones, sino que, y con ello suplía el hueco de los humanistas juristas en el suelo germánico, sube a quienes Zasius estimara causantes máximos de tales males: a los glosadores del medievo. En las *Lucubrationes aliquot sane quam elegantes, nec minus eruditae, videlicet: in legem secundam ff. de origine iuris; in legem frater a fratre de condict. indeb.; in Cato ff. de Querb. oblig., Scholia etc.*, dirá contienen más obscuridades que luces [4]. En una de sus cartas, entre las recogidas por Joseph Antonius Riegger en la *Udarici Zasii Epistolae ad viros aetatis suae doctissimos, quas partim exautographis partim edidit, partim hinc atque illinc dispersas collegit, illustravit et commentarium de illius vita praemissit*, en la numerada por la 184 de la segunda parte, enderezada a Erasmo de Rotterdam y fechada en 1514, apellida incultos a Bartolo y a Baldo: «Bartolus et Baldus, caeterique id genus illatini auctores auribus circumstreperent» [5].

Sabía muy bien Zasius lo que opinaba, puesto que en sus primeros escritos cultivó el «mos italicus» con una perfección de la que se hace lenguas Paul Koschaker en *Europa uns das römische Recht, Europa y el derecho romano* [6]; así en el más antiguo de todos, redactado en 1508 para postular la inanidad del bautizo forzoso de los hijos de los judíos contra la voluntad de sus padres, intitulado *De judaeis parvulis baptizandis quaestiones tres* [7]; teniendo lugar su conversión en la segunda década del siglo XVI, puesto que en las mencionadas *Lucubrationes* plantea ya la campaña para la reforma de los saberes jurídicos con claro airón renacentista, tarea fecunda dado que desde el 1508 era consejero del emperador Maximiliano; por más que, con

1. F. C. von SAVIGNY: *Geschichte*, VI, 421.
2. La primera en Lugduni, apud Sebastianum Gryphium, 1550; la segunda en Frankfurt am Main, impensis Haeredis Sigif. Feyerab., de 1590 a 1596. Ambas constan de seis volúmenes.
3. R. STITZING: *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*. München und Leipzig, R. Oldenbourg, I (1880), 161.
4. Basileae, 1518, folio 12.
5. Ulmae, Lebrecht, 1774, pág. 62. Otras expresiones menospectivas en las págs. 59, 60 y 64.
6. P. KOSCHAKER: *Europa und das römische Recht*, 117.
7. Puede verse en las *Opera*, V (1550), 331-350.

alardes de templado equilibrio intelectual, no deje de aprovecharlos en sus escritos ulteriores.

Ulrich Zasius no fue en nada filósofo del Derecho, según puntualiza Erik Wolf en *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, Grandes pensadores jurídicos de la historia del espíritu alemán* [8]. De la forzada obligación de llenar el vacío humanista en Alemania vínole su continuada propensión al aquilatamiento del lenguaje, patente en cada una de las páginas a lo largo de sus obras; así como la preocupación por fundar, como lo consiguió, excelente escuela en la que brillan nombres tan señeros como Johannes Sichard (1499-1557), preparador del Código territorial de Würtenberg de 1555; Johannes Fichard (1512-1581), reformador de las leyes de Frankfurt am Main, su patria, en 1581 y biógrafo de Zasius; el grandísimo filólogo editor de las *Pandectas* siguiendo al códice florentino, que fuera Gregorius Holoander (1500-1531); y Johannes Apelt (1486-1536), que luego será considerado; cuya valía y repercusión puede estimarse en lo que aporta Hans Winterberg en *Die Schüler von Ulrich Zasius, Los discípulos de Ulrico Zasius* [9]. Otro rasgo suyo igualmente humanista es el apego a las fuentes, así como la carencia de sistemática, quizá obligado por otro lado a causa de los *Consilia* que había de aportar en su variadísima actividad de consejero de emperadores y ciudades. Editados en Basilea en 1538 y 1539, abren el camino a la larguísima serie de libros de esa índole, siendo tanta su boga que merecieron ser reeditados en Bautzen en 1575 y en Frankfurt am Main en 1576, según refiere R. Stintzing en la *Historia de la ciencia jurídica alemana* [10]; con achaque de que los *Responsa sive consilia* de Zasius encabezan semejante rama de estudios del Derecho, cual le reconoce Franz Wieacker en la *Historia del derecho privado de la edad moderna* [11].

En cambio, fue renacentista en exceder al derecho romano para proyectarlo y proyectar su propio quehacer jurídico sobre las realidades contemporáneas. La redacción del Código municipal de Friburgo en 1520 fue obra maestra en la que asimismo abrió nuevos derroteros, tal como sucediera con el personal estilo de sus *Responsa* y sus *Consilia*, iniciando instituciones en aquel sitio y época tan novedosas como la creación de la legítima hereditaria, que de allí pasó a las legislaciones de Würtenberg en 1555 y de Solms en 1571, llevada por su discípulo Johannes Sichard. No menos excelente fue su tarea de legislador del margrevado de Baden en 1511, la primera de sus labores de hálito renacentista, ejemplo del mejor modo de la recepción de los conceptos jurídicos romanos en los derechos particulares alemanes de creer la autorizada opinión emitida por Otto Stobbe en la *Geschichte der deutschen Rechtsquellen, Historia de las fuentes del derecho alemán* [12]. Aunque tal vez el mayor signo de sus capacidades innovadoras sea observar alguna de sus construcciones jurídicas más famosas; la teoría de la culpa en su doble aspecto civil y penal, tal como la expuso en el *Intellectus singularis et novi in nonnulla loca civilis*, tomando del derecho romano la distinción entre «lata» y «levis» [13], es clásica en el derecho teutón; del mismo modo que las objecciones por él levantadas en 1519 en su *Apologetica defensio contra Joannem Eckium theologum, super eo quod olim tractaverat,*

8. E. Wolf: *Grosse Rechtdenker*, 79.
9. Stuttgart, W. Kohlhammer, 1961.
10. R. Stintzing: *Geschichte*, I, 527.
11. Franz Wieacker: *Historia*, 130.
12. Braunzweig, dos tomos. Cita al II (1864), 390-391.
13. Basileae, 1526, págs. 70-72.

quo loco fides non esset hostis servanda [14], plantea en polémica contra este teólogo pontificio una cuestión del derecho de gentes, por Zasius resuelta con apoyo de erudiciones romanísticas.

Asimismo es renacentista la reducción del derecho romano a su circunstancia histórica. En el *De origine juris* asevera que «sub civitate romana intelliguntur fines Imperii Romani» [15]; con lo cual la aplicación a las situaciones modernas requiere mutación de las problemáticas sin mengua de que los rasgos fundamentales sigan en pie, toda vez que, dirá en el *De iustitia et iure*, «ius civile est affirmatio iuris naturalis» [16]. El horizonte de los saberes del Derecho queda de esta guisa abierto en clara perspectiva renacentista, lejos de los recortados confines clasicizantes del Humanismo.

De emparejarle con alguien habría que expresar supone en Alemania lo mismo que Andrés Alciato en Francia, esto es el tránsito del Humanismo al Renacimiento. No en balde admiró profundamente a Alciato, cual declara en una de sus cartas: «Video Alciatum totum ex veteri jurisprudentia sumptum virum, qui sit ex veritate (si quisquam aliis) illustraturus ius civile» [17]. Admiración en la que iba implícita la soterrada convicción de que su tarea en Alemania era la misma que la consumada por Alciato en Francia: saltar desde la admirativa cerrazón del humanismo romanista a crear nuevos modelos para los saberes del Derecho.

Con quien coincidió fue con Erasmo, a quien admiró profundamente y de quien fue loado con egregios epítetos en la carta del de Rotterdam a Bonifacio Amerbach del 31 de agosto de 1518 con motivo de la publicación de las *Lucubrationes*, al extremo de apellidarle gloria de aquel siglo. Tan leal a Erasmo que le siguió en sus altibajos en las relaciones con Lutero, hasta morir igual que Erasmo mismo en el seno de la Iglesia católica, cual proclama la *Vita* editada por José Antonio Riegger [18] y ha apoyado con diversos textos Gisela Becker en *Deutsche Juristen und ihre Schriften auf den römischen Indices des 16. Jahrhunderts, Juristas alemanes y sus escritos en los Indices romanos del siglo XVI* [19]. Es que Zasius fue en el Derecho lo que Erasmo en el ámbito general de los saberes: el humanista superador del Humanismo, con un pie puesto en las argumentaciones menudas y el otro pie en la aspiración a la sistemática, trazando el puente que se apoya en las márgenes del derecho romano vivo para saltar a la otra orilla de la forja de nuevos clasicismos emuladores de los antiguos y adaptables a las coyunturas de los tiempos. Es en esa función innovadora al par que incitadora de los saberes jurídicos donde radica la causa de que Ulrico Zasius sea el patrón mayor del conocimiento del Derecho en Alemania, el piloto augural de la recepción científica y el mayor jurisconsulto en sus días entre los suyos, cual lo proclamara su fiel discípulo Johannes Fichard en la *Vita Zasii*, al ponderar haya de ser habido «iurisconsultum totius Germaniae, clarissimum et celeberrimum» [20].

Aunque la corriente primordial de los saberes jurídicos del renacimiento alemán es la línea orientada al cultivo de la lógica. Contribuyó a ello la falta de arraigo humanista, que forzaba a solventar cuestiones que en otros

14. Basileae, Froben, 1519. En las *Opera*, V, 355-379.
15. U. ZASIUS: *Opera*, I, 125 a.
16. U. ZASIUS: *Opera* I, 107 a.
17. U. ZASIUS: *Epistolae*, 12-13. Es la 8 de la parte II.
18. U. ZASIUS: *Epistolae*, 138.
19. Berlín, Duncker und Humblot, 1970, págs. 96-102.
20. J. FICHARD: *Vita Zasii*, en las *Epistolae*, pág. 11.

países los humanistas habían ya resuelto; pero que en el mundo cultural alemán se encontraban todavía pendientes. Tema común a católicos y a protestantes, y señal distintiva del renacimiento jurídico alemán, como veremos a renglón seguido.

La pujanza del cultivo de la lógica jurídica lleva a colocar en la cabeza de esta tendencia a un erudito no jurista, ya considerado en el volumen I del presente *Tratado* por su importancia en la marcha general de los saberes: el groningués Rodolfo Agrícola, varón del siglo XV conocido al su nacer como Roelof Ruysman (1444-1485), símbolo del Humanismo en los países germánicos. En el *De inventione dialectica* [21], donde la dialéctica vale por teoría general del conocimiento, ocúpase del Derecho, cuya aplicación lógica resulta obvia, cual era obvia en los Aristóteles, Cicerón y Boecio en quienes él se inspira [22]. Así planteada, la dialéctica justifícase en sus aplicaciones al Derecho por motivos de utilidad, por cuanto «dialectica utilis jurisconsultis» es [23]; ya que no parece hacedera ninguna ciencia jurídica sin la previa lógica enseñadora a los hombres del Derecho a «rem universam distribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere: postremo habere regulam, qua vera, et falsa indicarentur» [24]. Pisando huellas de modelos clásicos, siguiendo a Aristóteles y a Cicerón, Rodolfo Agrícola aplica la lógica al Derecho; pero con dos matices que influirá en los escritores posteriores de la generación siguiente. Primero, porque la tópica no es para él la fijación de criterios básicos para las discusiones, sino algo más: la fundamentación misma de la indagación científica; algo que, si bien implícito en los antiguos, cobra en Rodolfo Agrícola valores decisivos. Segunda, por cuanto la lógica hecha arte del discurrir del pensamiento, no va aplicada solamente a las pugnas forenses; al contrario, aspira a dar en teoría del conocimiento jurídico.

Es lo que van a realizar los juristas contemporáneos o subsiguientes a Ulrico Zasius al formular los planteamientos lógicos formulados por este pensador del siglo XV. Y en primer término Claudius Cantiúncula, Claude Chansonnette o Claudio Cancioncilla (c. 1490-1560), natural de Metz, estudiante en Lovaina, profesor y rector en la universidad de Basilea, viajero por España y protegido en Viena por el rey Fernando, en sus *Topica legalia,* uno entre los libros capitales de la ciencia jurídica germana.

A fuer de ligado con el círculo de Zasius, Cantiúncula participa de la estima hacia Andrés Alciato, al que diputa modelo de jurídicos saberes en dos cartas de 1520 enderezadas a Cornelio Agripa y a Guillermo Budé, y recogidas por A. Rivier en *Claude Chansonnette, jurisconsulte messin, et ses lettres inédites, Claudio Cancioncilla, jurisconsulto de Metz, y sus cartas inéditas* [25]. En consecuencia con ello, es en tierras germanas el más potente representante del «mos gallicus» al enjuiciar de Guido Kisch en *Humanismus und Rechtswisssenchaft, Humanismo y ciencia del derecho* [26]; con el retorno

21. Cito por el ejemplar, falto de portada, existente en la Biblioteca universitaria de Sevilla, signatura 146-30, constante de 228 folios, más varios sin numerar de Indices. Pienso debe ser el estampado en Colonia, por Johannes Gymnicus, en 1539.
22. R. AGRICOLA: *De inventione retorica,* 101 vto. - 103 vto.
23. R. AGRICOLA: *De inventione retorica,* 99 vto.
24. Ibídem.
25. En las *Mémoires couronnées et autres mémoires publiées par l'Academie royale des sciences, lettres et des beaux-arts de Belgique,* de Bruselas, XXIX (1880), 25.
26. G. KISCH: *Studien zur humanistischen Jurisprudenz,* 41.

a la exégesis del sentido lógico interno de las normas, patente en el plan de trabajos que postula en 1522 en la *Paraenesis de ratione studio legalis* [27]. Preocupación logicista típica del renacimiento jurídico alemán, que es la médula de sus celebrados *Topica legalia* [28].

Por supuesto que Cantiúncula arranca de Aristóteles y de Cicerón, en la estela de Rodolfo Agrícola, para definir los tópicos diciendo que «loci sunt argumentorum sedes, unde probabilia educuntur argumenta: ad id quod in controversia positum est comprobandum» [29]. Definición que refuerza con la del propio Rodolfo Agrícola, casi para subrayar el hilo de los tanteos que la ciencia jurídica germánica venía siguiendo hacia la consecución de una lógica jurídica por fundamento de los saberes del Derecho. No en balde tampoco alude a Ulrico Zasius con filiación doctrinal por el «nostrae aetatis Papinianus» [30].

La originalidad de Claudio Cantiúncula está en que, como él mismo expresamente recuerda, al correr de los tiempos en que explicara Derecho en Basilea dióse cuenta de la necesidad de la tópica para la correcta interpretación de las leyes, pues «est enim sine Topicis iure consultus ceu mutus et elinguis» [31]. Con lo cual daba luengo paso adelante en la orientación iniciada por Rodolfo Agrícola; éste había sacado a la lógica de la estrechez de buscar bases para el entendimiento entre jueces y litigantes en el foro; Cantiúncula va a centrar el valor de la tópica en la interpretación. Con Cantiúncula la lógica de esta suerte aprovechada renuévase con ímpetu típicamente renacentista para subir a una teoría de la exégesis jurídica, arma para la interpretación profunda de los textos legales.

De donde que, sobre la consabida distinción entre tópicos internos y externos, elabore una lista de veinticinco, orientados directamente a su empleo en el Derecho. Tales son, y por la enumeración veráse el planteamiento que con Cancioncilla cobra la ciencia jurídica germánica de la primera mitad del siglo XVI: «1.A praejudicis. 2.A definitione. 3.Ab etymologia. 4.A conjugatis. 5.A toto. 6.A partibus. 7.A genere. 8.A specie. 9.A forma. 10.A ordine. 11.A simili. 12.A differentibus. 13.A contrarijs. 14Ab adiunctis. 15.A connexis. 16.Ab antecedentibus. 17.A consequentibus. 18.A repugnantibus. 19.A correlativis. 20.A causa. 21.Ab effectis seu eventis. 22.A comparatione maiorum, parium, minorum. 23.A scripto. 24.A sentencia contra scriptum. 25.A verisimili, quod sumitur: a more, ab opinione, a natura, a qualitate rei, vel personae a tempore (praeterito, instanti, consequenti) a loco, a signis et circumstantiis» [32].

No es cuestión tratar aquí del modo en que Claudio Cancioncilla desenvuelve uno por uno esos tópicos aplicándolos al Derecho. Sería necesaria entera monografía. Las páginas 5 a 107 del *Topica legalia*, igual que las 893 de su *In tres priores Institutionum civilium libros paraphrasis* [33], son buen ejemplo de su agudeza en la construcción de la ciencia jurídica desde los fundamentos del discurso. No de otro modo tampoco en la mencionada *Paraenesis de ratione studii legalis* el estudio del Derecho, labrado sobre conocimientos humanísticos, ha de llevarse a cabo según determinadas reglas,

27. Puede verse en las págs. 218-275 del libro de GUIDO KISCH: *Claudius Cantiuncula. Ein basler Jurist und humanist des 16. Jahrhunderts*. Basel, Helbing und Lichtenhahn, 1970.
28. Basileae, apud Hyeronimum Curionem mense martio 1545.
29. C. CANTIÚNCULA: *Topica legalis*, 1.
30. C. CANTIÚNCULA: *Topica legalis*, 2.
31. C. CANTIÚNCULA: *Topica legalis*, 3.
32. C. CANTIÚNCULA: *Topica legalis*, 4.
33. Lugduni, apud Paulum Mirallietum, 1550.

dentro de las cuales se agrupan los lugares comunes necesarios para la verdadera posesión de la ciencia jurídica. Reglas que, aplicadas a las fuentes, dan: primero, rechazar aquellos «loci periculosi a scripto contra sententiam et a sententia contra scriptum, dum quisque pro sua libidine verba sententiasque legum torquet ac retorquet»; segundo, hábil manejo de los brocardos enlazados a las partes legales; y tercero, aprovechamiento de las ambigüedades y de la historia para cortar el «fluctus opinionum» que provoca tantos descarríos en la interpretación, toda vez que la comprensión directa de las fuentes ha de prevalecer por encima de la acumulación de las contrarias opiniones que los juristas hayan formulado sobre ellas, por mucho que tales juristas sean respetables, clásicos, glosadores o postglosadores [34].

Cual fácilmente puede colegirse, Cancioncilla está enderezado a sacar a los textos de los límites de las repeticiones, postulando una interpretación nueva, la cual apoya en dos pilares: en criterios lógicos seguros que sean generalmente aceptados y en el conocimiento de las circunstancias históricas en cuyo marco nacieron tales textos. Es así como de su mano el renacimiento en las ciencias jurídicas gana horizontes novedosos, depurando ángulos con el intento de proporcionarla las bases de una lógica donde los tópicos sirvan, amén de puntos para el común entendimiento, de cimientos en la construcción de abiertas perspectivas, capaces de servir a la renovación de aquellas glosas y doctrinas que con machaconería venían repitiéndose. En la búsqueda de nuevos hontanares de autoridad que sirvan para no tener que contentarse con la reiteración de los juicios consagrados, Claudio Cantiúncula utiliza la lógica para que la ciencia pueda progresar apoyada en una lógica coherente y generalizada.

Claro es que no hay que exagerar tampoco semejantes apetencias logicistas, por lo cual Cancioncilla se encierra en los tópicos con olvido de las bases supremas teológicas y filosóficas. El lógico es también teólogo, de acuerdo con aquella concepción de católico a machamartillo que es la premisa de la totalidad de sus posturas, cual observa Guido Kisch en el *Claudius Cantiuncula. Ein basler Jurist und Humanist des 16. Jahrhunderts, Claudio Cancioncilla. Un humanista y jurista de la Basilea del siglo XVI* [35]. La teología, sobre todo, preside siempre los planteamientos de contenido, de tal suerte que la lógica da en el mero instrumento de los conocimientos jurídicos. En la *Oratio apologetica in patrocinium iuris civilis* de 1522 había puntualizado que sin saberes teológicos no es posible acertar en el Derecho, «ut iustis et ordinariis legum civilium adsertoribus operam succisivam quasi sucenturiatus honeste detrectare non possum» [36]. En la transición del Humanismo al Renacimiento, católico como Zasius, prolongando las pautas logicistas sentadas en el siglo anterior por Rodolfo Agrícola, Claudio Cantiúncula camina por la senda de los estudios del Derecho como saberes predominantemente lógicos en la tendencia cardinal del renacimiento tudesco, mas sin olvidar jamás el primado de las materias fundamentales; cultiva la lógica, pero sin apartar a los saberes jurídicos de sus últimos primordiales entronques teológicos y filosóficos.

En pareja postura logicista desarrolla sus trabajos jurídicos el mayor jurisonsulto protestante del siglo en Alemania, el hamburgués Johann Oldendorp (1488-1567), estudiante en Rostock, en Colonia y el Bolonia, catedrá-

34. A este respecto R. Stintzing: *Geschichte*, I, 247-249.
35. G. Kisch: *Claudius Cantiuncula*, 45.
36. En la reimpresión de G. Kisch, en *Claudius Cantiuncula*, pág. 166.

tico de derecho romano y rector de la universidad de Greifswald, profesor en Frankfurt sobre el Oder y en Marburgo, síndico de Rostock donde introdujo en 1531 la reforma luterana, reformador de los estudios en Marburgo y campeón ardiente del protestantismo a costa de inacabables polémicas y de sufrir persecuciones.

Ya desde sus trabajos más antiguos ocúpase de la lógica como tema cardinal para los saberes del Derecho. En el *Rationes sive argumenta, quibus in iure utimur* [37], procura elaborar una tópica condensada, una «kurzgefasste Topik» en la expresión de Guido Kisch en su *Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit, Erasmo y la Jurisprudencia de su época* [38], aunque ayuna de rigor de novedades, manteniéndose en la línea de los postglosadores y del «mos italicus». Orientación logicista que no sube a las más cumplidas construcciones de Claudio Cancioncilla, por más que marque un sentido, pese a la parquedad de los catorce lugares comunes que en aquellos sus comienzos de estudioso aplica a los saberes del Derecho.

Mejor que sus conquistas, lo que cuenta en Oldendorp es la manera en que sirve de ejemplo a la preocupación logicista imperante en el pensamiento jurídico teutón de sus días. Su obra de madurez, la *Topicarum legalium seu notorum, ex quibus argumenta et rationes legitime probandi sumuntur: Infractionum item adversus vitiosas argumentationes, exactissima traditio* [39], previene contra los peligros de las «cavillationes litigantium», que solamente pueden ser sobrepasadas mediante el uso de los planteamientos lógicos concretos. Aunque no menciona en ella a Claudio Cancioncilla, está en su misma dirección en la concepción de las dificultades de los métodos jurídicos y en los modos para darlas de lado.

Más importante que los enfoques generales es, a fuer de jurista práctico como Oldendorp era, contemplar la destreza con que aplica los tópicos jurídicos para encontrar claridad en cuestiones concretas. Así sucede en el *De iure singulari et re iudicata* al tratar las cuestiones suscitadas por las dispensas de la ley [40]; en la *Collatio iuris civilis et canonici*, con los problemas del matrimonio y de la usura [41]; o en el *Tractatus usucapionum et praescriptionum tempore breviter ac dilucide explicans*, al considerar la importancia del cumplimiento de los plazos en las acciones, testamentos, prescripciones, matrimonios y demás situaciones en Derecho [42]; por citar algunos ejemplos entre sus numerosas monografías de carácter práctico. Pero, sobre todo, en este ciclo de buscar soluciones concretas, el tratado en torno a la equidad titulado *Wat byllich unn recht ys, eyne korte erklaring allen stenden deustlich* [43], donde encierra el conjunto de cuestiones acerca de la aplicación de la justicia en cinco reglas prácticas generales, que son en lenguaje de hoy la proyección sociológica de otros tantos tópicos: la palabra de la Biblia; el consejo de que no hagas a otro lo que no quieres que te hagan; la adecuación en equidad a las cosas reales, pues «dat wy yn ellen handelen uth thofelliger gelegenheyt der personen, saken, stede und tydt bewegen

37. Rostock, L. Dietz, 1516.
38. Basel, Helbing und Lichtenhahn, 1960, pág. 229. Dedica a Oldendorp todo el capítulo X, páginas 227-259.
39. Impresa en Marburgo en 1545. Puede verse en las *Opera*. Basileae, Hergovius, 1559, dos tomos. En el tomo I, págs. 84 y ss.
40. Lugduni, apud Sebastianum Gryphium, 1541. En las *Opera*, I, 481 ss.
41. Coloniae, apud Joannem Gymnicum, 1541.
42. Ocupa las págs. 796-882 del volumen *De preaescriptionibus*. Lugduni, apud haeredes Jacobi Junctas, 1567.
43. Rostock, L. Dietz, 1529.

unde ermethen schölen wat byllich ys»[44]; el no dañar a otros cuando se aplique la regla anterior; y la necesidad de que los jueces atemperen el rigor de la justicia con los módulos de la equidad. Porque lo importante de tales reglas no está en su formulación ordenada; está en que trasladan a planteamientos de contenido los preceptos formales de la tópica. No se trata ya de averiguar puntos de común entendimiento para las discusiones; se trata de fijar puntos de partida para el debido desarrollo de los conceptos. La sombra renovadora de Rodolfo Agrícola, reforzada por el menester de Claudio Cancioncilla, encuentra aquí los alcances soñados por la ciencia jurídica alemana del Renacimiento.

Hay que subrayar la primera de esas cinco reglas, la de la aceptación máxima de las palabras de la *Biblia*, pues significa cómo también Johann Oldendorp, igual que antes Claudio Cancioncilla apelando a la teología católica, acude por su parte a la teología luterana para ultrapasar las estrecheces de las temáticas puramente logicistas en el Derecho. Convencidísimo y rabioso protestante como Oldendorp fue, mira en la *Biblia* la palabra de Dios correctora de la equidad cuando la equidad sea atenerse a la coyuntura de las circunstancias, al modo en que él la define en el *Wat byllich unn recht ys*[45]. Es que para él, luterano hasta la médula, palabra divina y derecho natural son la misma cosa.

Dios habla en la conciencia de los hombres, en la que la palabra de Dios hácese verdad: será su conclusión de luterano convencido. «Ein minschen kan nicht gewissers weten, als uth syner conscientien»[46]. Equidad, derecho natural y palabra de Dios encontrada en la conciencia humana coinciden: «Natürlik recht unde byllickeyt ys eyn dinck», confirmará a la letra[47].

De donde la tesis típicamente luterana, según se vio en la glosa 3.ª de la lección 4.ª de este *Tratado*, de que los jueces crean el Derecho. Buen protestante, Johann Oldendorp no escapará a sacar tal conclusión. En la segunda de las *Adsertiones ex iure et aequitate de his rebus, sine quibus neque judicia recte constitui, neque publica tranquillitas retineri potest*[48], postula que la regla judicial suprema consiste en que los jueces dicten sentencias con arreglo a su conciencia más que a las leyes, porque en la conciencia de los jueces habla la voz misma de Dios; a la letra mostrará como «judicem vel magistratum non oportet adversus conscientiam suam judicare vel statuere quicquam»[49]. En el tratadito *De formula investigandi actionis* hay un titulo entero titulado «an judex conscientiam suam sequi debeat», en que abunda en la misma posición luterana[50], típica manifestación del predominio del saber técnico sobre los saberes científico y filosófico del Derecho.

Aunque la expresión máxima de esta reducción de los saberes jurídicos a la palabra de Dios, recibida en la letra bíblica y en la intimidad de la conciencia de los jueces, radique en el *Iuris naturalis, gentium et civilis* Εἰσαγωγή, no obstante ir dedicado al emperador Carlos V y a su hermano el rey Fernando[51]. Libro importantísimo por constituir la más cumplida formulación de la doctrina protestante del derecho natural en relación a la

44. JOHANNES OLDENDORP: *Wat byllich unn recht ys*, fol. 31.
45. J. OLDENDORP: *Wat byllich unn recht ys*, fol. 38.
46. J. OLDENDORP: *Wat byllich unn recht ys*, fol. 43.
47. J. OLDENDORP: *Wat byllich unn recht ys*, fol. 20.
48. Marburg, 1545. En las *Opera*, I, 545 ss.
49. J. OLDENDORP: *Opera*, I, 451.
50. J. OLDENDORP: *Opera*, I, 280.
51. Antwerpiae, excudendum curabant Antonius Goinus, 1539.

ciencia del Derecho, en cuyas páginas abre horizontes inalcanzables para el propio Felipe Melanchton; libro que justifica por sí solo la apreciación de Erik Wolf en *Grandes pensadores jurídicos de la historia del espíritu alemán* de que Johann Oldendorp fundó la doctrina del derecho natural luterano [52].

Precisamente a causa de aquel rigor lógico con que acertaba a plantear las cuestiones Johann Oldendorp pudo evitarse caer en la asunción del derecho romano como base del derecho natural, por más que modificado y sujeto a la revelación divina, tal como Melanchton pensara [53]. Al contrario, el derecho romano fue para Oldendorp reflejo de un cierto derecho natural no perdido del todo; aunque es verdad repudia al derecho romano en la formulación de Justiniano, la que diputa plagada de errores por ser resultado de la obra de unos hombres [54]; siendo así que para él, muy a lo luterano, desde el primer pecado original la corrupción de la naturaleza humana la impide alcanzar nociones de lo justo, porque «natura hominis ex Adae. lapsu adeo corrupta fuit» [55]. Salva, en cambio, a las «in Divinis Tabulis» del *Decálogo* [56], por ser la condensación del auténtico derecho natural en la divina fuente posible de justicia para la naturaleza humana caída que es la revelación de la palabra de Dios; calificando al *Decálogo* de «monumenta Divina bonitate nobis de Iure naturali data» [57]; nacidas, en sus palabras luteranísimas de que «quando quidem (ut superius dictum est) obscurata esset in hominibus naturalis notitia, propter originis vitium: voluit misericors Deus viva voce eam renovari atq. in Tabulas lapideas describi» [58].

La visión humanista del Derecho, vivificada en la adoración de la Roma clásica, ha sido vuelta del revés. En el renacimiento alemán los factores luteranos han traído por mano de Johann Oldendorp el menosprecio para la Roma vieja y la desvalorización del derecho romano, derecho a rechazar por cuanto es el resultado de la naturaleza humana pervertida desde el pecado original de los primeros padres de la humanidad entera. Los saberes jurídicos romanos, afán y regla para los humanistas, no cuentan para nada delante de este jurista protestante. La regla única de la justo reside en la revelación, especialmente en las fórmulas insuperables del *Decálogo;* a ellas hay que acudir para formular los saberes del Derecho, y solamente a ellas. Lo que Roma aporte apenas valdrá en la medida en que refleje lo que el *Decálogo* adoctrina. Y, en efecto, para salvar los saberes jurídicos romanos este catedrático de derecho romano en la Universidad de Greifwald dedicará sendas páginas de la Εἰσαγωγή a formular lista de textos en los que los juristas clásicos de Roma acojan al derecho natural inscrito en el *Decálogo* [59]. No escaparán tampoco a la misma regla las Doce Tablas; al final de la Εἰσαγωγή un largo comentario de 213 páginas en numeración aparte salvará a las Doce Tablas en la medida en que sean fuente de saberes jurídicos a tenor de su coincidencia con la revelación en el *Decálogo* recibida. Así como en la propia obra otras muchas páginas irán aplicando al derecho romano los preceptos del *Decálogo* partiendo de éste, en tres grupos que

52. ERIK WOLF: *Grosse Rechtsdenker*, 154.
53. A este respecto los textos aportados por NELLO CASERTA en las págs. 238-239 de su *Filippo Melanchtone (Dall'umanesimo alla Riforma)*. Roma, Ita, 1960; así como la monografía de GUIDO KISCH: *Melanchtons Rechts- und Soziallehre*. Berlín, Walter de Gruyter und C., 1967.
54. J. OLDENDORP: Εἰσαγωγή, fol. b 3 vto. - b 4.
55. J. OLDENDORP: Εἰσαγωγή, fol. b 2 vto.
56. J. OLDENDORP: Εἰσαγωγή, fol. b 4 vto.
57. J. OLDENDORP: Εἰσαγωγή, fol. c 3.
58. Ibídem.
59. J. OLDENDORP: Εἰσαγωγή, folios d 5 - d 8 vto.

disciernan los dos primeros mandamientos, del tercero al octavo y los dos últimos, según que respectivamente regulan las relaciones del hombre con Dios, las relaciones de unos hombres con otros y den normas complementarias para aclarar los modos de la convivencia. No de otra suerte tampoco en el tratado *Van ratslagende, wo men gude Politie und orderunge ynn Steden und Landen erholden möghe* [60] el íntegro sistema para ordenar en recta política las ciudades y los países se apoyará en la obediencia a Dios, representado por los magistrados; nueva típica concepción protestante, en la cual otra vez la naturaleza corrompida por el pecado original priva al pueblo de cualquier reserva a las órdenes del monarca; porque los magistrados representan la palabra de Dios, mientras el pueblo, pecador por humano, ignora la palabra divina que es exclusivamente lo justo; «wy weten nich mer, als uns gelert ys» [61] es la fórmula que porta al pensamiento político las últimas consecuencias de la negación de los saberes jurídicos humanales; en tanto grado que en el propio *Van ratslagende* viene condenado por el pésimo entre los pecados el tiranicidio, pues que resistir a las órdenes del magistrado equivale a rebelarse nada menos que contra el mismo Dios [62].

La otra fuente de lo justo, la revelación divina en la conciencia de los jueces, es también la segunda fuente de los saberes jurídicos. Para Johann Oldendorp los jueces no han de juzgar de acuerdo con las leyes, que son humanas, sino a tenor de su conciencia, en la que Dios se revela en cada caso. En *Wat byllich unn recht ys* anotará como el juez debe apurar las pruebas y escuchar las alegaciones de las partes, pero siendo libérrimo en dictar la sentencia que Dios le inspire en el hondón de la conciencia: «de richter van der saken ghelegenheyt im grunde der warheyt egentlik anders weth, als dorch de parthye wert angedrangen unde bewyset» [63]. Los únicos que pueden disputar a los jueces el conocimiento de los saberes jurídicos, porque también están inspirados por Dios, son los predicadores; lo advierte en *Van ratslagende* [64]. La trágica barbarie tiránica del pensamiento luterano, con su cohorte de secuelas en la doctrina de los saberes jurídicos, asoma igual que fantasma de terrores en la pluma del radical protestante que fue el hamburgués Johann Oldendorp, desde que va a buscar en la teología luterana los fundamentos de contenido para su formulación de los saberes del Derecho arrancando de la lógica.

Por lo cual parece inútil enumerar la luenga serie de sus obras; ni aun siquiera sus otros meritorios tratados de lógica jurídica, al modo del *De copia verborum et rerum in iure civili* [65], curioso diccionario cuyo valer consiste en que, con ímpetu renacentista de acercarse a las circunstancias vecinas, enumera las instituciones y las cuestiones a tenor de los problemas de la época y no dentro del cuadro de lo que fuera la antigua Roma; o el titulado *Actionum iuris civilis loci communes, ad usum forensem secundum acquissimas legislatorum sententias bona fide accommodati* [66], donde encuadra las acciones procesales dentro del álveo de una tópica, con notables méritos para su intento de superar al derecho romano por los métodos lógicos en vistas a la clarificación en el planteamiento procesal de los litigios.

60. Rostock, L. Dietz, 1530.
61. J. Oldendorp: *Van ratslagende*, 70.
62. J. Oldendorp: *Van ratslagende*, 37-38.
63. J. Oldendorp: *Wat byllich unn recht ys*, fol. 41.
64. J. Oldendorp: *Van ratslagende*, 58.
65. Lugduni, apud Sebastianum Gryphium, 1543.
66. Coloniae, 1539. En las *Opera*, I, 217 ss.

Johann Apelt, cima de la lógica jurídica en Alemania

Johann Oldendorp funda la doctrina luterana de los saberes del Derecho en un derecho natural cimentado exclusivamente en la revelación divina, necesaria desde que el pecado original privó a los hombres de luces naturales para concebir lo justo o para regular justamente los problemas de la convivencia social. Partiendo de su pesimismo antropológico, que era el del protestantismo todo, no percibió otra posibilidad de saberes jurídicos que los caminos de la revelación: el escrito de la *Biblia* y la voz de la conciencia de los jueces. En eso concluye su afán por dotar al Derecho de criterios lógicos formales; cuando trate de proporcionarles contenido, al apelar a los datos de la teología luterana, por la contradicción ínsita en la raíz de la Protesta, acaba destruyendo aquellos mismos saberes jurídicos a los que con tanto cuido procuraba dar cimientos lógicos. Su contrasentido es el contrasentido del entero pensamiento jurídico protestante. Fue el Claudio Cantiúncula del protestantismo, pero los clavos teológicos a que agarrara sus meditaciones terminan por aridecer el riego fecundo de sus esfuerzos de lógico en el Derecho.

Protestante también, pero no lo suficiente hasta el grado de invalidar el fruto de sus trabajos, fue el nuremburgués Johann Apel o Apelt (1486-1536), canónigo y consejero del obispo Conrado III de Würzburg, pasado al protestantismo más que por fanatismo de convicciones doctrinales por asuntos ligados a la carne, catedrático en las universidades de Wittenberg y de Pest, canciller del archiduque Alberto de Prusia y varón de quien puede decirse corona los esfuerzos en pro de la lógica de los saberes jurídicos en el renacimiento tudesco.

Dos son sus escritos dignos de memorarse aquí: la *Isagoge per dialogum in quatuor libros Institutionum D. Justiniani imperatoris* [67], publicada cuatro años después de su muerte pero compuesta hacia 1520, o sea antes de su tránsito al protestantismo; y la *Methodica dialectices ratio ad Jurisprudentiam adcommodata* [68], resultado de las lecciones que hacia 1527 profesara en claustros universitarios en su calidad de profesor del Digesto y de las Decretales.

Johann Apelt es el más original de los juristas alemanes de su época, a juicio de Roderich Stintzing [69], mas en verdad no solamente por los motivos por el gran historiador alegados, sino porque es el primero, por no decir el único en sus días, con talentos bastantes para labrar una exacta sistemática de los saberes del Derecho. Tal vez porque no fue hombre de foro, sino profesor universitario, y por ello le repugnó, pese a su protestantismo, subordinar los saberes jurídicos de los filósofos a los saberes técnicos de los jueces. Quizás también porque su conversión a la Protesta no se debió a causas doctrinales de convencimiento intelectual cual era el caso de Johann Oldendorp, empero a motivos tocantes a su castidad de estado; pues, siendo canónigo en la catedral de Würzburg, vivía maritalmente con una monja del convento de San Marx de esa ciudad, por lo que fue sancionado por su obispo; reaccionando con el abandono de la canongía y la huida acompañado de la que, tras su pase al protestantisemo, fue su esposa. Bien lo prueba que en sus libros pondere al católico Claudio Cancioncilla por su modelo intelectual, apellidándole «vir iuxta doctus et diligens, in explicatione topico-

67. Wratislaviae, Vinckler, 1540. He manejado la edición estampada en Lovanii, ex officina Bartholomei Gravii, 1551.

68. Norimbergae, apud Frid. Peypus, 1535. He utilizado la edición impresa en Basileae, apud Hyeronimum Curionem, 1545, donde ocupa las págs. 111-164, detrás de los *Topica legalia* de CLAUDIO CANCIONCILLA.

69. R. STINTZING: *Geschichte*, I, 289.

rum» [70] y presentándose por su continuador, toda vez que su empresa intelectual consistía en recortar a menos numerosos y más cabales puntos de partida las aplicaciones de la tópica a las cuestiones del Derecho. Dependencia cultural que ha sido reconocida por Franz Wieacker en *Einflüsse des Humanismus auf die Reception. Eine Studie zu Johannes Apels Dialogus, Influencias del humanismo sobre la recepción. Un estudio acerca del «Diálogo» de Johannes Apel* [71]. Y es que, en efecto, los escritos de Johann Apel son la puesta a realidad de la *Paraenesis de ratione studii legalis* expuesta por Claudio Cancioncilla en 1522, con muchos mayores aciertos en la fidelidad de cumplimiento del mensaje cultural que los demás intentados en la época, incluso que la *Dialectica legalis, sive disserendi demonstrativae ars, ita iuri civili accomodata, ut ac nihilhominus sit omni studiorum genere usui futura,* del celebrado Christoph Hegendorph (1500-1540), sin que sea posible detallar este juicio, dada la brevedad de las presentes Glosas.

No es la *Isagoge* comentario al uso humanista, ni mucho menos medieval, de Justiniano. Al contrario, es la crítica más aguda y certera que el renacimiento alemán levantó contra los esquemas científicos del derecho romano tal como aparecen en la compilación justinianea, escrito tajantemente renacentista sea por las intenciones sea por el modo de desarrollar polémicamente el tema. En sus cuatro partes dialogan tres interlocutores: el estudiante Sempronio, cansado de malgastar cinco años en la exégesis de las *Instituciones;* Alberico, licenciado ya, cuya opinión condénsase en afirmar que ningún profesor ni estudioso, aunque conozca al dedillo las *Institutiones* y se rompa la cabeza en el estudio, las entenderá a través de las glosas de Bartolo y de Baldo; y Sulpicio, personaje tras el cual enmascara Johann Apelt las propias posturas, que acusa como origen de aquellos fallos las incomprensiones a los yerros sistemáticos de las *Institutiones* mismas.

Como ha notado Franz Wieacker, lo que advierte Apelt es la carencia de sistemática, junto con la pretensión de forjar otra nueva y mejor [72]. En efecto, Sulpicio critica el esquema de Gayo de dividir al derecho romano en las tres partes de personas, cosas y acciones, toda vez que a su vez la persona es una circunstancia igual a las de causa, lugar, cantidad o calidad; asimismo ve en las acciones modos subordinados de ejercitar los derechos, con carencia de entidad substancial para constituir la tercera parte del sistema. Para Apelt el esquema tripartito debe ser sustituido por otro bipartido en el cual la materia jurídica venga estudiada en dos sectores: el del «dominium», calificación mucho más precisa que el término «res»; y las obligaciones, que expresan las relaciones entre los dominios de modo sustantivo, mucho mejor que aquellas acciones que apenas si sirven para encubrir formalmente en los procesos las relaciones de los dominios entre sí. Con cuya construcción alza, por primera vez en Occidente, una sistemática rival de la forjada por los clásicos latinos; a quienes, lejos de glosar analíticamente al uso de los glosadores, o de repetir entusiasmado al gusto de los humanistas, contrapone nueva sistemática llevado del más vivo y auténtico espíritu del Renacimiento.

De parejo tenor son los siete capítulos de la *Methodica dialectices ratio,* otro genuino producto del mejor renacimiento jurídico tudesco, labrado

70. JOHANN APELT: *Methodica dialecticae,* 111.
71. En la *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft,* C (1940), 423-456. Cita a las páginas 426-427 y 449.
72. Basileae, Henricpetri, 1535.
73. FRANZ WIEACKER: *Einflüsse,* 443 y 450.

según profesa en el prefacio para ejecutar el programa doctrinal diseñado por Claudio Cancioncilla. El capítulo I se ocupa de la «De definitione vocis», partiendo de que la «definitio nominis praecedit definitionem rei» [74], así como de los varios significados de las palabras, pues «bifariam usus est» que daña [75]; lo que argumenta con el ejemplo del vocablo «ius gentium», con la confusión entre Roma y «urbs» o con los casos de las expresiones figuradas; buscando clarificar los ejemplos con la puntualización de qué sean género, especie, diferencia, propio y accidental, mediante la elaboración de seis figuras geométricas, por lo demás no muy lejanas de las correspondientes figuras de nuestro Raimundo Lulio.

En el capítulo II trata «De divisione» separando la que se da entre las partes o partición de la que tiene lugar entre géneros en especies, que es la propiamente dicha. Los motivos de la división la proporcionan criterios lógicos; así, por razón de la causa, el Derecho divídese en natural, de gentes y civil, al paso que por razón del efecto la justicia se divide en prudencia, templanza, fortaleza y justicia propiamente dicha [76].

«De causa» es el tema del capítulo III [77]; «locus» que ejemplariza en el dominio, del cual hace profundo análisis, señalando dos partes a considerar: las próximas y generales de un lado, cuales el hallazgo, la aluvión, la aprehensión, la retención, la usucapión, el lago o la «addictio haereditatis»; y las remotas y específicas, como los contratos y los delitos.

En el capítulo IV mira a los efectos de las causas, contemplándolos sobre todo en el terreno de las obligaciones [78].

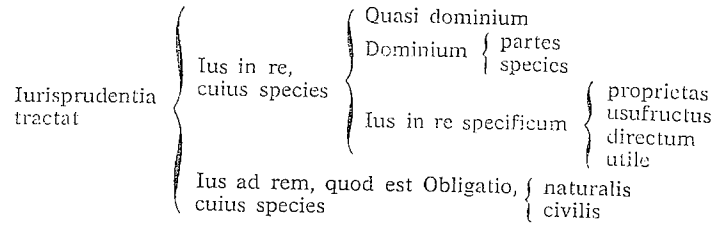
En el capítulo V ocúpase de las afinidades, de las que aporta larga lista en términos de jurisprudencia, diferenciando a las que se dan por similitud o semejanza de las que vienen por parentesco en el contenido. De las primeras las que valen entre dominio, prenda o hipoteca. De las segundas las que existen de la justicia respecto con la fortaleza, la prudencia y la templanza. El cuadro acerca del dominio [79] cuéntase entre las más perfectas construcciones de la ciencia jurídica alemana y sería de envidiar por los tratadistas más exquisitos de la lógica jurídica de todos los tiempos.

El problema de los contrarios, clave de la lógica más moderna, llena el capítulo VI [80], siendo imposible retratar la riqueza de conceptos y la precisión magistral con que maneja los problemas, aun sin salir de las cuatro especies de la tópica clásica.

En el capítulo VII, titulado «De circumstantiis», recórtalas a las siete de persona, causa, lugar, tiempo, cantidad, calidad y «euentus», término dentro del cual caen el miedo, el error, el dolo, la culpa y el caso fortuito [81]. Cerrando el trabajo cierto cuadro acerca de los temas tocados por la Jurisprudencia, que es preciso referir a fin de que el lector contemple la madurez, los alcances y los méritos insignes con los que Hans Apelt llevó la lógica jurídica de su tiempo a un nivel de alteza que es la cumbre de la lógica aplicada en las materias del Derecho [82]:

74. JOHANN APELT: *Methodica*, 113.
75. Ibídem.
76. J. APELT: *Methodica*, 139-146.
77. J. APELT: *Methodica*, 147-151.
78. J. APELT: *Methodica*, 152-153.
79. J. APELT: *Methodica*, 156.
80. J. APELT: *Methodica*, 157-159.
81. J. APELT: *Methodica*, 159-162.
82. J. APELT: *Methodica*, 159-162.

Méritos del sistema de Apelt



Es la repetición del sistema nuevo preconizado en el diálogo de la *Isagoge*. En éste mostró la cara negativa en crítica a los esquemas del derecho romano justinianeo. En la *Methodica dialectices ratio* el sistema aparece desarrollado en todas sus facetas, con precisión que colma las más exigentes sistemáticas. Sistemática que constituye la cumbre de los saberes jurídicos alemanes en el siglo XVI, motivo por el cual he otorgado a Johann Apelt espacio excepcional. Salvado por su ausencia de fanatismos luteranos de despeñarse en los contrasentidos en que cayera Johann Oldendorp, fiel ejecutor del programa lógico fraguado en la anterior centuria por Rodolfo Agrícola, seguidor ejemplar de las directrices talladas por Claudio Cancioncilla, renacentista hasta la entraña en las aspiraciones como en los logros, Johann Apelt eleva el primer sistema renacentista europeo digno de parangonarse con las perfectas sistemáticas de la Grecia y de la Roma antiguas. Cierto es que arranca de la tópica de Aristóteles y de Cicerón, pero poniendo el acento en el «ars inveniendi» hasta el punto de ensalzarla a entera teoría de los saberes jurídicos. Los tópicos valen en su mano de catedrático científico y no artista leguleyo para algo más que para las peleas en el foro entre letrados; asienta Apelt los cauces por donde habría de discurrir la exégesis, las vías pertinentes que conducirán a una jurisprudencia fundada en la mesura realista de los datos, en la sistemática granada de los conceptos y en las interpretaciones que provengan de la meditación de los problemas, más allá de la ciega entrega o de la copia servil de lo que habían opinado los clásicos antiguos o los comentaristas medievales. Ulrico Zasius inicia la crítica, Rodolfo Agrícola señaló el camino, Claudio Cancioncilla modela las tablas más completas, Johann Oldendorp lleva los problemas de contenido al campo del luteranismo y Johann Apelt reduce los lugares comunes a esquema tan perfecto como breve. Tal es el ritmo del renacimiento alemán en la cuestión de los saberes jurídicos, si dejamos de lado al abultado enjambre de figuras de menor enjundia. Con Johann Apelt el renacimiento tudesco está en la cima.

Pues ni siquiera puede emparejársele su coetáneo Konrad Lagus († 1546), secretario de la universidad de Wittenberg, profesor en Jena y en Pest, cuyo *Juris utriusque methodice traditio*[83] es otro intento de sistematización de los saberes jurídicos, bien que a mi ver sin subir al rigor admirable de la *Methodica dialectices ratio* de Johann Apelt. Para Konrad Lagus la jurisprudencia es el saber de los saberes, la «ars omnium artium», siendo su intento el de proporcionar un adecuado compendio de ciencia tan excelsa.

83. Francofurti, Egenolph, 1543. Plagada de errores que motivaron la queja del autor en *Protestatio adversus improbam suorum Commentariorum, editionem ab Egenolpho facta*. Basileae, Oporinus, 1544. Dando lugar a nueva edición póstuma, curada por JUSTINUS GLOBER, en Basilea en 1545. He manejado la impresa en Lugduni, Sebastianus Gryphius, 1566.

Para lo cual separa dos partes: la primera, filosófica, abarcadora de la definición del Derecho, de sus formas en ley y costumbre, de la aplicación de las leyes, de las ficciones, de las especies del derecho natural distinguido entre un «jus naturale primaevum» apoyado en el instinto y otro «jus naturale secundarium» basado en la razón humana; la segunda o «pars historica», refiriendo las aplicaciones del Derecho. Con la inclinación protestante a ver la voluntad de Dios, única fuente de lo justo, en la razón humana por Dios inspirada. El derecho natural primero, manado del instinto de conservación común a hombres y animales, corrompido en los hombres a causa del pecado original, exige correctivos de la razón en el derecho natural secundario. El cual resulta de la «mens humana», entendiendo por tal «istud judicium rationis, quod ex justitiae notitia, divinitus nobis indita, nobiscum nascitur». Siendo esta «noticia justitiae» lo que discierne a lo justo de lo injusto y lo que establece la autoridad de unos hombres sobre otros, puesto que es el «jus divinum» instituido «ad tuendam hujus vitae societatem». La parte histórica enlaza con otro escrito de Konrad Lagus dedicado a la exposición del derecho alemán, amplio de seis libros y editado medio siglo después de su muerte por Joachim Gregorius von Prietzen bajo el título de *Compendium juris civilis et saxonici. In gründlicher ordentlicher ausszug, begriff und einholt des Keys, und sächsischen Rechten*[84], importante por ser muestra del estilo renacentista en salirse del estricto estudio del derecho romano, llevándolo a la comparación con los derechos vigentes, aquí con el derecho de Sajonia.

La importancia de Konrad Lagus yace más que nada en esta segunda obra, ya que constituye el antecedente de la extrema secuela del renacimiento en Alemania: el nacimiento de la política como saber independiente, llevado a cabo por Johann Althaus, latinizado el nombre como Johannes Althusius (1557-1638), en la *Politica methodice digesta atque exemplis sacris et profanis illustrata*[85]. Sus escritos jurídicos, varios de índole práctica, son básicamente los *Jurisprudentiae Romanae libri duo ad leges methodi Romae conformati et tabellis illustratae*[86] y la *Dicaelogiae libri tres, totum et universum jus, quo utimur, methodice complectentes, cum parallelis hujus et judaici juris, tabulisque insertis atque indice triplici*[87].

Johann Althaus es la síntesis de dos factores: el calvinismo, rabiosamente profesado con tanta intransigencia que en la polémica de los arminianos bajó al campo de batalla para combatir a los remonstratenses propugnadores de cierta interpretación más dulcificada de la predestinación calvinista; y la lógica de Pierre de la Ramée (1555-1572), opuesta al modo de razonar de los escolásticos y consistente, cual se vió ya en el volumen I del presente *Tratado*, en arrancar el discurso lógico de un punto fundamental, luego disociado en dicotomía de posibilidades doctrinales y disociando siempre en dos aspectos cada uno de los sucesivos puntos que vayan apareciendo en el desarrollo de la cuestión propuesta. Es desde esos criterios desde donde Johann Althaus propónese la sistematización del Derecho en procura típicamente renacentista de levantar con originalidades sistemática nueva, digna de parangonarse con la de los clásicos antiguos. Sin que sea hacedero

84. Magdeburg, Francken, 1597.
85. Herborn, apud Christophorus Corvinus, 1603. He utilizado la tercera edición, por ser la definitiva redacción del autor, estampada en Herbornae Massoviorum, Christophorus Corvinus, 1614.
86. Herborn, Corvinus, 1588.
87. Herborn, Corvinus, 1617.

descender aquí a detalles, dados los límites del presente *Tratado*, remitiendo al lector curioso que encontrara dificultades en la utilización directa de aquellas obras al excelente resumen aportado por Otto von Gierke en su *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, Juan Althaus y el desarrollo de las teorías políticas jusnaturalistas* [88].

Tal como Jean Bodin apura el renacimiento jurídico francés en la doctrina de la jurisprudencia universal que asuma como términos de comparación los derechos de los diversos pueblos además del derecho de Roma, Johann Althaus apura el renacimiento jurídico tudesco en una doctrina de la política que sea «opus politicum novum», según advierte en el prefacio [89], desligada de la teología y de las demás ciencias. Ciencia política autónoma, cuyo objeto será la totalidad de la vida humana en la definición del capítulo I, número 1, de que «politica est ars homines ad vitam socialem inter se constituendam, colendam ac conservandam consociandi; unde συμβιωτική vocatur» [90].

Los saberes jurídicos desaparecen en el seno de la política considerada por ciencia nueva al modo en que Althaus la entiende. En la oración panegírica *De utilitate, necessitate et antiquitate scholarum,* impresa como apéndice a la *Política* en la tercera y definitiva edición de 1614 [91], califícala de «scientia scientiarum et regina» [92]; dando por términos equivalentes los de «politica atque jurisprudentia» [93]; como la ciencia que enseñó a los hombres a congregarse «simbióticamente» en comunidades sociales, la que fue en su invocación la inventora de las leyes y costumbres: «Tu inventrix legum, tu magistra morum, ac disciplinae fuisti» [94]. La Política de Althaus es la misma Jurisprudencia universal postulada por Jean Bodin y representa en el renacimiento jurídico de Alemania el colofón definitivo de un saber autónomo, conseguido mediante la observación de todas las legislaciones del mundo y de todos los pueblos del universo; la sola diferencia está en que Jean Bodin tuvo en cuenta las condiciones naturales de la existencia humana, mientras que Johann Althaus apoya el sistema entero en la doctrina del pacto tan cara al calvinismo por él ardientemente profesado. Sin que sea lícito por razones de brevedad entrar en ulteriores consideraciones, baste señalar como el Renacimiento termina tanto en los países germánicos como en los latinos por edificar una ciencia independiente ceñida a la comparación de las leyes y de las instituciones, un atisbo de lo que en lenguaje moderno pudiera llamarse sociología en el caso de Jean Bodin o derecho comparado en el caso de Johan Althaus, en ambos instantes significando la extensión a ámbitos universos del derecho romano en que se habían recluido los humanistas. La peculiaridad del renacimiento alemán radica en que el tránsito desde el romanismo humanista a la ciencia política o jurisprudencia de Johann Althaus tuvo lugar pasando por los esquemas de los planteamientos de la lógica jurídica, mientras que en Francia se salta directamente desde el cultivo del derecho romano en la racionalización que era el «mos gallicus» a la ciencia de la jurisprudencia universal que tenga en mira a la humanidad

88. Tercera edición. Breslau, M. und H. Marcus, 1913, págs. 37-49.
89. Sobre la novedad de la Política como ciencia no aprendida antes, según JOHANN ALTHAUS, véase lo que escribe PIERRE MESNARD: *L'essor de la philosophie politique au XVI^e siècle*, páginas 575-576.
90. JOHANN ALTHAUS: *Politica methodice digesta*, 2.
91. J. ALTHAUS: *Politica*, 969-1003.
92. J. ALTHAUS: *Politica*, 976.
93. Ibídem.
94. Ibídem.

entera. Pero, por lo demás, el proceso cultural del pensamiento jurídico anda jornadas de marcha paralela, signo de la unidad renacentista en contraste con el Humanismo que le había precedido.

Apéndice de esas manifestaciones del renacentismo alemán es la obra del polaco Jan Kirstein, latinizado como Johannes Cesarinus (1507-1561), nacido en tierras de Lwów, estudiante de leyes en la Universidad jaguellónica de Cracovia y juez del Tribunal superior de Justicia según el derecho alemán de la misma capital; practicón abogado que, sin embargo, bajo el influjo de las ideas predominantes en Germania, aplicó la tópica usual para reelaborar las fuentes tudescas usadas en Polonia en su *Enchiridion aliquot locorum communium Juris Maydenburgensis*, dado que el *Sachsenspiegel* y el *Weichbilde Magdeburskiego* o *Leyes de Magdenburgo* eran de general aplicación en el derecho municipal de las ciudades polacas.

Jan Kirstein escribe «w duchu humanitarysm», con espíritu humanista, cual opinan Zdislaw Karczmarcyk y Boguslaw Lesnodorwski en su *História Pántswa i prawa polski, Historia del derecho y del estado en Polonia*[95]. Empero su humanismo no tiene nada en común con el de los coterráneos paisanos, con el de Jan Cervus Tuchlczyk, de Stanislak Eichler o de Bartlomej Groicki, los mayores juristas de su época. Porque, por decirlo con Leslaw Pauli en su *Jan Kirstein Cesarinus (1507-1561). Krakowski prawnik doby Odrodzenia, Jan Kirstein Cesarinus (1507-1561). El derecho en Cracovia durante el renacimiento*, no les menciona para nada: «Polskish autorów Cesarin nie powoluje»[96]. Apartándose de ellos precisamente porque lo que busca es enfocar el *Código de Magdenburgo* seleccionando los lugares comunes capaces de proporcionar criterios exegéticos. Tal declara en el proemio del *Enchiridion* al puntualizar «selegi ex jure Maidenburgensi quosdam locos communes in Enchiridii formam», a fin de eliminar a lo humanista los «barbaris, forensibus vocabulis, quibus, docendi causa tantis per utendum erit: donec leguleorum centuriae meliora invenerint»[97].

Es el mismo «ars inveniendi» de Rodolfo Agrícola, cuya huella repercute en este tratadista polaco tal como se dejó sentir en Alemania hasta en los escritos del propio Johann Althaus. Verdad es que procura insertar en el derecho germánico de las Leyes de Magdenburgo multitud de ingredientes humanistas, y hácelo precisamente para que le resulte hacedero encontrar las bases lógicas de una ciencia jurídica elevada a teoría del conocimiento gracias a una dialéctica renovada. Por ello el *Enchiridion* representa el reflejo del logicismo jurídico renacentista alemán en tierras de Polonia.

95. Warszawa, Pánstwowe Wydawnictwo Naukowe, dos tomos. Cita al II (1968), 109.
96. Kraków, Naklaodem Universitetu Jagiellonskiego, 1971, pág. 35.
97. Cracoviae, apud Viduam Hieron. Schar. Anno Christianae salutis MDLVII, primeros folios sin numerar.

18. *El Humanismo jurídico en las Españas.*

Así como en el cuadro general de los saberes, el humanismo jurídico hispánico, sea en los antecedentes, sea en la culminación encarnada por Antonio de Nebrija (1441-1522) y por Alessandro de Alessandro (1416-1507), sigue las orientaciones del humanismo triunfante en la península itálica, según fue razonado en el tomo I del presente *Tratado* [1]. Bueno será separar los programas de la recepción aristotélica, en los que culminan el Humanismo de la primera mitad del siglo XV, independientes a los influjos itálicos, de la cosecha de maduros estudios que a finales de aquella centuria aparecen insertos en la gran corriente renovadora del Derecho que aireaba las escuelas italianas.

En Castilla la renovación nace de la preocupación por recibir la herencia aristotélica en nueva recepción que para sus promotores habría de superar la consumada por Santo Tomás de Aquino y demás magnos escolásticos de la centuria décimotercia. Preocupación extraña a los juristas propiamente dichos, mantenida especialísimamente en el círculo del colegio salmantino de San Bartolomé y cuyo capitán fue el prodigioso Alfonso de Madrigal, el Tostado († 1455).

Porque los juristas propiamente tales continúan anclados en el horizonte cultural del medievo. De muchos de ellos apenas si cabe recordar los nombres. Hojeando las crónicas aprendemos la fama insigne de que gozó un Juan Alfonso de Madrid, doctor en los consejos de Enrique III y de Juan II, capellán del arzobispo Tenorio, sobre el cual existe en el manuscrito 13.086 de la Biblioteca nacional de Madrid un folio donde Burriel sacó *Nota de obras* de cierto tomo guardado en la catedral de Toledo y por el cual tómase noticia de la multiplicidad de sus curiosidades [2]. Pero López de Ayala en las *Crónicas de Enrique III* [3] y *Crónica de Juan I* [4] ensalza cumplidamente a Alvar Martínez de Villarreal, al paso que en la *Crónica de Enrique IV* Alonso de Palencia exalta a Pedro de la Cuadra [5]. Compañeros en la Audiencia instituida por las cortes segovianas de 1390 fueron otros muchos como Diego del Corral, Ruy Bernal, Pero Sánchez, Gonzalo Moro, Arnal Bonal, Pero Ló-

1. Francisco Elías de Tejada: *Tratado de filosofía del Derecho*, I (1974), 187-193.
2. Biblioteca nacional de Madrid, manuscrito 13.086, folios 141-141 vto. Entre otros asuntos abordó temas hebraicos en el *Super tractatibus libri Talmud* y materias tan ajenas al Derecho como la veterinaria en el tratado *Super libris de menescalia vel albetria*.
3. Pedro López de Ayala: *Crónicas de los Reyes de Castilla*. Madrid, Antonio de Sancha, dos tomos, 1779 y 1780. El tomo I contiene la *Crónica de Pedro I;* el volumen II las de Enrique II, Juan I y Enrique III. Cita a la *Crónica de Enrique III*, pág. 407.
4. Pedro López de Ayala: *Crónica de Juan I*, 257.
5. Alonso Fernández de Palencia: *Crónica de Enrique IV*. Traducción de A. Paz y Melia en la *Revista de Archivos*, III (1906), 81.

pez, Alfonso Rodríguez, Antón Sánchez y Diego Martínez [6]. Alfonso de Cartagena también se adentró en asuntos jurídicos.

Muévanse dentro de las maneras típicamente medievales los dos magnos juristas del siglo XIII, Fernando Martínez de Zamora y Jácome Ruiz apellidado el de las leyes. La *Summa aurea de ordine judiciario* del primero, conservada en la Biblioteca colombina de Sevilla, es un tratado de derecho penal al gusto de la Glosa; de lo que no se aparta tampoco el segundo, itálico al servicio de Alfonso X el Sabio, por más que a juicio de Rafael Ureña y Adolfo Bonilla en la *Introducción* a la edición que labraron de las *Obras del maestro Jacobo el de las Leyes*, «abrió nuevos cauces a la ciencia del derecho en nuestra patria» [7].

No tiene asomos de preocupaciones humanistas tampoco el obispo segoviano Gonzalo González de Bustamante († 1392) en su diccionario jurídico intitulado *Peregrina*, reformado luego por el portugués Bonifacio y analizado por Román Riaza en el estudio *Sobre la «Peregrina» y sus redacciones* [8], pese a ser magnificado por Pero López de Ayala con la apreciación de que fue «el mayor doctor en leyes que entonces avía en Castilla» [9]. Sus definiciones de la justicia por virtud arraigada en la voluntad [10], su jerarquización entre emperador y rey [11], aunque equiparándoles en funciones [12], la contraposición entre rey y tirano [13] o discernir a la guerra justa de la injusta, siendo aquélla la que se acometió en propia defensa o «ad fidei defensionem et incrementum» [14], son criterios que le insertan en el medievo, en el plano anterior a la nueva recepción de Aristóteles que va a ser intentada en las escuelas salmantinas al doblar la mitad del siglo XV. Sin que quepa emitir juicio diferente de los seis letrados que aportaron dictámenes en la reunión convocada en Sevilla por el infante don Fernando el de Antequera en torno a sus derechos al solio aragonés, guardadas en el manuscrito F-I-2 de la propia Biblioteca escurialense: el obispo de Plasencia Vicente Arias de Balbuena, los hermanos Francisco y Lope, Martín Sánchez, Alvar Pérez de Sevilla y el procurador general Gonzalo Gómez. Y tónica que perdura entre los juristas del siglo XV: los canonistas Juan de Castilla, Diego Gómez de Zamora, Juan González y Petrus Joannis, referidos por el franciscano A. García y García en el estudio *Los canonistas de la Universidad de Salamanca en los siglos XIV-XV* [15]; amén de Gonzalo Fernández de Villadiego en la opinón de Servando García Cruzado en *Gonzalo Fernández de Villadiego, canonista salmantino del siglo XV* [16] y de Juan Alfonso de Benavente, presentado por el mismo como secuaz de los métodos de los glosadores, en el *Ars doctrina studendi et docendi*, recogida por Bernardo Alonso Rodríguez en la monografía que le consagró bajo el título de *Juan Alfonso de Benavente, canonista salmantino del siglo XV* [17].

---

6. *Cortes de los antiguos Reinos de León y de Castilla*, publicadas por la Real Academia de la Historia. Madrid, M. Rivadeneyra, II (1863), 473.
7. Madrid, Reus, 1924, pág. XXV.
8. En el *Anuario de historia del Derecho español*, III (1930), 168-182.
9. PERO LÓPEZ DE AYALA: *Crónica de Enrique III*, 407.
10. GONZALO GONZÁLEZ DE BUSTAMANTE: *Peregrina*. Citada por el manuscrito e-I-4 de la Biblioteca de El Escorial. Cita al folio 90 a.
11. G. GONZÁLEZ DE BUSTAMANTE: *Peregrina*, 90 b.
12. G. GONZÁLEZ DE BUSTAMANTE: *Peregrina*, 80 c, 142 d.
13. G. GONZÁLEZ DE BUSTAMANTE: *Peregrina*, 190 a.
14. G. GONZÁLEZ DE BUSTAMANTE: *Peregrina*, 79 c.
15. En la *Revista española de Derecho canónico*, XVII (1962), 175-190.
16. Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1968, pág. 151.
17. Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1964, págs. 205-209.

Asimismo restan fuera de la novedad humanista determinados teólogos dados a tratar temas de pensamiento jurídico. Juan de Segovia († 1458), que en cuanto historiador del concilio de Basilea, al que asistió en representación de la Universidad salmantina, ha sido ponderado egregiamente por Uta Fromherz en el libro *Johannes von Segovia als Geschichtsschreiber des Konzil von Basel, Juan de Segovia como historiador del concilio de Basilea* [18], no puede ser habido por humanista en el opinar del franciscano Darío Cabanelas Rodríguez en *Juan de Segovia y el problema islámico* [19], por más que afanosamente insigne coleccionista de libros clásicos en la para su tiempo copiosísima biblioteca estudiada por Julio González en *El maestro Juan de Segovia y su biblioteca* [20], en especial casi la totalidad de las obras de Aristóteles [21].

Personaje afín en calidad de castellano asimismo proyectado más allá de los Pirineos, Rodrigo Sánchez de Arévalo (1404-1470) es ya tránsito hacia el Renacimiento por numerosos rasgos puntualizados por el jesuita Teodoro Toni en *Don Rodrigo Sánchez de Arévalo (1404-1470). Su personalidad y actividades* [22]. Amigo del cardenal Bessarion y de Eneas Silvio Piccolomini, respetado y estimado por Pomponio Leto y por Lucido Fatini, en el testimonio argumentado por Richard H. Trame en *Rodrigo Sánchez de Arévalo. 1404-1470. Spanish diplomat and champion of the Papacy, Rodrigo Sánchez de Arévalo, diplomático español y paladín del papado* [23], su *Suma de la política,* editada por Juan Beneyto Pérez, garantiza su aristotelismo férvido y cerrado, siendo ya libro con méritos para ser calificado dentro de los incipientes álveos humanísticos. Corresponde a Sánchez de Arévalo el mérito de haber definido ya a la política como ciencia dotada de personalidad separada, aunque a diferencia de lo que ya venía practicándose en Italia y que en la generación siguiente teorizará Maquiavelo, la subordine católica e hispanamente a la ética. Es para Sánchez de Arévalo «una entera sciencia llamada política, aunque subalternada a la scientia moral» [24]. Ciencia entendida a lo humanista, no a lo renacentista como la concebirá Maquiavelo; porque Sánchez de Arévalo para conocerla no busca argumentos deduciéndolos de la observación de las circunstancias contemporáneas, de la mudanza en los gobiernos o de los cambios del siglo, por más que anote la caída de Constantinopla en manos de los turcos en 1453 [25]. Su fuente de saberes políticos está en la cantera de los clásicos antiguos; en la dedicatoria al señor Pedro de Acuña, consejero de Enrique IV, refiere su programa del modo de saber los contenidos de esa ciencia política por él perfilada como saber aparte: «rogastes a mi que so breve compendio escriviesse algunas cosas de las que los filósofos e sabios antigos en esta parte escriuieron» [26]. Mérito, por tanto, del escritor castellano fue el de haber construido la ciencia política como rama peculiar de los saberes; mas encerrado en el cauce del recuerdo antiguo y, para aquilatar más, de Aristóteles. Las innúmeras referencias aristotélicas hacen de la *Suma de la política* trabajo humanista

18. Basel und Stuttgart, Helbing und Lichtenhahn, 1960. Desde la presentación en la pág. 11.
19. Madrid, Universidad, 1952, pág. 240.
20. Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1944.
21. JULIO GONZÁLEZ: *El maestro Juan de Segovia y su biblioteca*, 196-197.
22. En el *Anuario de Historia del Derecho español*, XII (1935), 227.
23. Washington, The Catholic University of America press, 1958, págs. 176-177.
24. RODRIGO SÁNCHEZ DE ARÉVALO: *Suma de la Política.* Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1944, pág. 32.
25. R. SÁNCHEZ DE ARÉVALO: *Suma de la Política*, 34.
26. R. SÁNCHEZ DE ARÉVALO: *Suma de la Política*, 32-33.

donde los haya, la suprema cifra del aristotelismo político castellano con anterioridad a los *Comentarios* de Fernando de Roa rozando el 1500.

Mucho menos aristotelizante, al extremo de que deberá por fuerza incluirse en la línea prehumanista no obstante las fechas de su biografía, es la obra de Juan López de Segovia († 1496), otro castellano afincado en Roma, donde sufrió amargas persecuciones y granjeó beneficios; manifestada en sus dos tratados acerca *De la confederación de los príncipes* y *De la guerra y de los que hacen la guerra* [27]; escritos cuyo planteamiento, fuentes y contenido responden a la problemática que se venía arrastrando en las escuelas desde las cimas intelectuales del siglo XIII.

El empujón renovador vino desde fuera del círculo de los cultivadores del Derecho. La decadencia en que se había despeñado la filosofía escolástica dejó intacto el prestigio de Aristóteles como regla de los saberes todos; de donde la tendencia a llevar a término nueva recepción aristotélica, tanto más que el aquilatamiento de las fuentes merced a las nuevas versiones realizadas por Leonardo Bruni de Arezzo dejaba atrás por imprecisas las que consumara dos siglos antes Guillermo de Moerbeke.

Alma de tal afán fue Alfonso de Madrigal, el Tostado, dado a postular la recepción renovada del saber aristotélico; estimando por fracasada en grande parte la hazaña intelectual del siglo XIII. De ahí su altanero enjuiciar hacia Santo Tomás y su despego para la Escolástica vecina, por mí mostrado en mi estudio *Derivaciones éticas y políticas del aristotelismo salmantino del siglo XV* [28]; de ahí asimismo la anchura de sus ambiciones culturales, pues quiso elaborar nueva sistemática completa desde la teología hasta la política, sin olvidar ninguno de los conocimientos humanos.

Fue la vía caminando la cual Alfonso de Madrigal concluye en vivir la realidad antigua al mismo modo en que fue vivida por los humanistas, con abandono de la vecina circunstancia. Sirva de ejemplo su relección *De optima politia,* a fechar entre 1430 y 1440 en la opinión de Joaquín Carreras Artau en *Las «repeticiones» salmantinas de Alfonso de Madrigal* [29]; en la cual el democratismo a lo ateniense sobrepónese desde muy lejos a la realidad de la vecina monarquía de Juan II de Castilla. El Tostado es ya humanista, a lo menos en el pensamiento político y en la crítica a las posturas asumidas por Santo Tomás en materias jurídicas; siendo de rechazar por errada a todas luces la tesis sustentada por Vicente Luis Simó Santonja en *Doctrinas internacionales de Alfonso de Madrigal, el Tostado,* de que cierra simplemente la edad media [30]. Pues a Alfonso de Madrigal se debe, por el contrario, el mayor proyecto cultural jamás concebido por mentes hispánicas en su siglo: la nueva recepción de Aristóteles en la totalidad de los saberes de los hombres.

En la línea suya otros dos catedráticos salmantinos, ligados como él al Colegio de San Bartolomé, emprenden la misión de comentar la *Etica* y la *Política* aristotélicas prescindiendo de las recepciones escolásticas, en un salto directo muy a lo humanista desde el Estagirita a la Castilla del siglo XV. Repartiéronse la tarea entre ambos y tocó comentar la *Etica* a Pedro Martínez de Osma, bien dejara incompleto el trabajo y fuese Fernando de

27. Editados modernamente en Madrid, Tipografía de Archivos, 1931.
28. En la *Miscellanea Mediaevalia.* Berlín, Walter de Gruyter, II (1963), 708-709.
29. En la *Revista de filosofía* de Madrid, II (1943), 218.
30. Avila, Imprenta provincial, 1959, pág. 41.

Roa quien la editara en Salamanca en 1496. Del examen de la obra parece resultar legó Osma enteros los comentarios pertinentes a los seis primeros libros, allegando de sus notas material para los restantes el testamentario literario Fernando de Roa. Pero ambos concibieron la empresa como un bloque único, pues bien claro consta en la frase inscrita en el colofón, que reza: «Cum h. aperte ethicam cum politica continuaverit».

Típicamente humanista es la fidelidad profesada por Martínez de Osma hacia Aristóteles [31], al modo en que pisa las huellas del Tostado en el desdén para con la Escolástica. Con ser tantos los autores citados, con traer a colofón tantos clásicos latinos y tantos juristas romanos, solamente tres veces menciona a santo Tomás de Aquino y ello de manera incidental, al ocuparse de la caridad [32], de los límites de la metafísica [33] y al narrar las excelencias de la vida contemplativa [34]. Parca memoria si se la compara con la usual estima del tiempo o con la otorgada por Martínez de Osma a Aristóteles o a los antiguos juristas de Roma.

Ni que decir tiene que para el humanista Pedro Martínez de Osma la ética va concebida con aristotélica pureza sin concesiones a los escoliastas escolásticos, ni siquiera a ninguno de los grandes sistemas del siglo XIII. La felicidad como meta de la conducta, la sociabilidad como amistad buena, el saber como realidad humanística, la virtud como ejercicio ascético, la presentación de la felicidad por culminación de las virtudes, la forma en que desarrolla la teoría de la justicia: todo es puro aristotelismo sin ninguna mezcla.

Cuando roza temas de política, mira a Aristóteles con los ojos mismos del Tostado. Las posturas democráticas, humanísticamente remotas del contorno castellano, asumidas por éste en la relección *De optima politia*, dánse por supuestas al tocar la autoridad real, ya que presúmese ser la elección el procedimiento más adecuado para la designación del gobernante. «Et notabis ex hac lra. primo regem talem esse eligendum q. non aliunde: sed per seipsum sit sufficiens bonis omnibus: tam internis quam externis» [35].

Otro tanto acontece con la filosofía jurídica. Arrastrado por el desdén hacia la Escolástica aliado al prurito clasicista, Martínez de Osma no ve en la ley la ordenación al bien común, pero algo que atiende a promover la felicidad de los ciudadanos: «Itaque leges cum diversorum hominum vitam et officia disponunt: unam communem felicitatem componere intendum» [36], afirma sustituyendo a la teología del bien común por la de la felicidad y a Santo Tomás por Aristóteles. En tal extremo que confiesa como, al hablar del «bonum civitatis» por contenido de la ciencia política o civil, hácelo porque Aristóteles habló palabras equivalentes y solamente donde el griego las usó [37].

Fernando de Roa murió antes de concluir sus *Comentarios* a la *Política* aristotélica y tocó a otro maestro salmantino, a Martín de Frías, la misma tarea de testamentario que él cumpliera cerca de Pedro Martínez de Osma. Hay en él cierto mayor influjo escolástico, explicable por el retorno al to-

31. Pedro Martínez de Osma: *In ethicorum aristotelis libros commentaria*, folio y 6.
32. P. Martínez de Osma: *In ethicorum aristotelis*, y 2.
33. P. Martínez de Osma: *In ethicorum aristotelis*, y 3.
34. Ibídem.
35. P. Martínez de Osma: *In ethicorum aristotelis*, t 3.
36. P. Martínez de Osma: *In ethicorum aristotelis*, l 8.
37. P. Martínez de Osma: *In ethicorum aristotelis*, a 4.

mismo que venía teniendo lugar en Salamanca; pero en lo esencial, pese a las más frecuentes referencias a un Pedro Lombardo o a un santo Tomás mismo, sigue cerradamente a Aristóteles, centrando la comunidad en la amistad política, separando las tres sabidas esferas aristotélicas, refutando a Platón con los argumentos textuales aristotélicos en defensa de la familia. Al igual tenor, la interpretación democratizante formulada por el Tostado es la suya. Incluso repite la necesidad del consentimiento popular requerida por el Tostado en *De optima politia,* al escribir que «rex dominat in ciuitate aut regno de uoluntate suorum subditorum, tyrannus uero dominat contra uoluntatem suorum subditorum» [38].

De guisa que desde el Tostado hasta Fernando de Roa asistimos a la puesta en marcha de un programa coherente de recepción directa de Aristóteles en lo ético y en lo político, con repercusiones inmediatas en la filosofía del Derecho, arrancando de la superación de las conclusiones de la magna Escolástica del siglo XIII. Era corriente castellanísima, habida en Salamanca con fueros de originalidad, desligada en sus esquemas fundamentales de los paralelos movimientos que por aquel tiempo agitaban las aguas del Humanismo en Italia.

Ligado con el humanismo italiano estuvo, en cambio, la obra jurídica de Antonio de Nebrija, amigo de Fernando de Roa y de Martínez de Osma en sus días universitarios salmantinos y elogiador del último en los momentos difíciles de su condena en la Junta de Alcalá de Henares de 1478, como aporta el jesuita Félix G. Olmedo en su *Nebrija (1441-1522), debelador de la barbarie, comentador eclesiástico, pedagogo, poeta* [39]. Estudiante en Bolonia y gramático antes que nada, Nebrija trata las cuestiones jurídicas como gramático antes que nada, en sus propias palabras en el *Juris civilis lexicon, adversus quosdam insignis Accursii errores aeditum,* fechado en Salamanca en 1506 [40].

Fue Nebrija sabio universal, prototipo del Humanismo. Su aproximación al Derecho venía del afán por puntualizar los vocablos; de ahí refiérase al derecho de Roma, nunca al derecho de Castilla, y aun al derecho de Roma como lo podía mirar un arqueólogo, por repetir la certera apreciación de Armando Cotarelo Valledor en su *Nebrija científico* [41]. Lo que Nebrija aporta cíñese a las preocupaciones del humanismo jurídico italiano; las fuentes que maneja oriéntanse hacia el códice florentino de las *Pandectas,* por él aludido reiteradas veces [42], aunque las referencias parecen venirle a través de Ludovico Bolognini [43], cuyo crédito salta a los ojos de Nebrija de las felices oportunidades que tuvo para consultarlas [44].

Seguidor de Lorenzo Valla [45], aquí como en las cuestiones gramaticales genéricas; conocedor de Angelo Poliziano, asimismo referido [46], su actitud

38. FERNANDO DE ROA: *Commentarii in Politicorum libros.* Salamanca, Juan de Porres, 1502, folio 122 a. Lo remacha en el folio 108 a.
39. Madrid, Editora nacional, 1942, pág. 15. Lo mismo en *Nebrija en Salamanca.* Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1944, pág. 62.
40. Cito por la edición de CARLOS HUMBERTO NÚÑEZ. Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1944. Cita a la pág. 20.
41. Madrid, Instituto de España, 1947, pág. 11.
42. ANTONIO DE NEBRIJA: *Juris civilis lexicon,* 122, 140, 220, 224, 230, 244, entre otros.
43. A. DE NEBRIJA: *Juris civilis lexicon,* 140, 220, 224.
44. «Sic cribi adnotavit Ledovicus Benogninus, data sibi copia libros illos saepe legendi», asevera en el *Juris civilis lexicon,* pág. 140.
45. A. DE NEBRIJA: *Juris civilis lexicon,* 66, 180, 260.
46. A. DE NEBRIJA: *Juris civilis lexicon,* 208, 362.

respecto a los glosadores fue áspera en la crítica, muchas veces entreverada de insultos. Censura a Bartolo de Sassoferrato, tachándole de olvidos de ignorancia [47], aunque contra quien concentra sus iras es contra Accursio, ya desde la intención manifestada en el título de la obra. Contra Accursio mueve aceradas, burlescas, ridiculizadoras puntualizaciones en innúmeros pasajes [48], poniéndole por ignorante, olvidadizo, inventor de lo que dice sin base de doctrina, varón que escribe con eructos de borracho increíbles hasta para niños de teta: «nunc vero ea per crapulam ructat, quae nec credent pueri, qui nondum aere levantur» [49]. Que a tanto remontaba la pasión humanística en varones que pareciera deberían hallarse exentos de apelar a desmesuras semejantes.

En el horizonte general del Humanismo es cabalmente Antonio de Nebrija quien abre la ofensiva airada contra glosasores y postglosadores, cual han venido reconociendo Friedrich Carl von Savigny en la *Historia del derecho romano en la edad media* [50], Juan Bautista Muñoz en el *Elogio de Antonio de Nebrija* [51], el maestro Menéndez y Pelayo en la *Biblioteca hispano-latina clásica* [52], Franz Wieacker en la *Historia del derecho privado en la edad moderna* [53], P. Fiorelli en *Vocabolari giuridici fatti e da fare* [54] o Guido Kisch en *Humanismus und Rechtswissenschaft, Humanismo y ciencia del derecho* [55]; habiendo observado A. Odriozola ser anterior esta tarea de Nebrija a la de los teóricos del humanismo europeo, como Alciato, Budé o Zassius, en *La caracola del Bibliófilo Nebrissense, o la casa a cuestas indispensable para navegar por el proceloso mar de sus obras* [56] y Domenico Maffei en *Gli inizi dell'umanesimo giuridico, Los comienzos del humanismo jurídico;* que la crítica de Nebrija es diez años anterior a la que compuso Claudio Tolomei en el *De corruptis verbis iuris civilis dialogus,* redactado en 1516 [57].

Ve Nebrija al Derecho como derecho romano estricto al modo de los humanistas, tal cual vigía en la Roma clásica. En las primeras ediciones de su *Iuris civilis lexicon* incluyó el *Magistratuum Romanorum nomina* de Pomponio Leto, de suerte que en la obra de Nebrija coinciden las dos corrientes del humanismo itálico consignadas en la glosa 15.ª de esta misma lección: la depuradora de los términos del lenguaje y la reconstructora de las sistemáticas institucionales; en tanto punto reflejó al humanismo jurídico imperante al otro lado de los Alpes. Amén de que las *Annotationes in libros Pandectarum,* conservadas en los folios 233-247 del manuscrito 132 de la biblioteca del Colegio de San Clemente de los españoles de Bolonia, aun siendo incompletas al ver de A. García y García en *Las Anotaciones de Elio Antonio de Nebrija a las Pandectas* [58], tal como resultan de lo publicado por Fermín Camacho Evangelista en *Humanismo y derecho romano en Nebrija* [59] parecen dar en la antiglosa de la Glosa, toda vez que en forma de glosa remacha

47. A. DE NEBRIJA: *Juris civilis lexicon,* 226.
48. Por ejemplo, en las págs. 70, 98, 102, 112, 116, 190, 228, 236, 264, 284, 306, 312-314, 350, 352, 410-412, 426, 440, 514, 520-522, 546, 562, 566-574, 582.
49. A. DE NEBRIJA: *Juris civilis lexicon,* 572.
50. F. C. von SAVIGNY: *Geschichte,* VI, 455.
51. En las *Memorias de la Real Academia de la Historia,* III (1796), 46-47.
52. Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, III (1953), 55-57.
53. F. WIEACKER: *Historia,* 56.
54. En la *Rivista italiana per le scienze giuridiche.* Nuova serie, I (1947), 300-301.
55. En los mencionados *Studien zur humanistischen Jurisprudenz,* 37, nota 16.
56. En la *Revista de bibliografía nacional,* VII (1946) ,48.
57. D. MAFFEI: *Gli inizi,* 49-50.
58. En el *Anuario de Historia del Derecho español,* XXV (1965), 561.
59. Granada, Universidad, 1969, págs. 65-87.

la acerba hostilidad despectiva contra glosadores y postglosadores, insistiendo en las diatribas contra Accursio por vituperarle carencia de formación clásica que le incapacitaba para entender al derecho romano clásico tal como real y verdaderamente fue.

Como no otea más que la Roma clásica, cuando trate de instituciones jurídicas prescinde de cualquier consideración ajena a lo que en Roma hubo; así, por ejemplo, en el *Iuris civilis lexicon* al ocuparse de la abrogación [60] o de la rogación [61]. De suerte que, ensimismado en lo antiguo, la manera del humanismo jurídico de Nebrija nada tiene de común con el quehacer de los juristas contemporáneos, sean los compañeros del claustro salmantino cuales Martín de Avila, Rodrigo de San Isidro o Fernando de Espinosa; sea el famoso Alonso Díaz de Montalvo, máximo epígono de la Glosa en Castilla; aunque a éste último se le escapen ecos insospechados de raro romanismo al glosar al Fuero Real en *El Fuero Real de España. Diligentemente hecho por el noble rey don Alonso IX* (sic). *Glossado por el egregio doctor Alonso Díaz de Montalvo*, cuando defina a la ley por «statutum populi romani quod interrogante magistratu constituebatur» [62].

En resumidas cuentas, el humanismo jurídico alienta en Castilla al margen de la labor de los juristas propiamente tales. Es obra de escritores profesionalmente apartados del cultivo de las leyes. Viene el Derecho desde la preocupación filosófica o desde los pruritos de la gramática; en la línea del colegio bartolomeo de Salamanca, con Alfonso de Madrigal, Pedro Martínez de Osma y Fernando de Roa es el afán por procurar nueva recepción del pensamiento de Aristóteles, dado que el remozamiento de las fuentes por traducciones tenidas como más perfectas, junto con la quiebra de la Escolástica perdida en las angustiosas veredas logicistas del nominalismo, tornaban apetecible un humanismo en ética y en política, del cual manaban ineludibles secuelas para la filosofía del Derecho; en la corriente gramatical, el anhelo por puntualizar el valor de los vocablos exigía repeler los comentarios de los antiguos glosadores ignaros de la docta latinidad antigua, que es la clave de la erizada actitud polémica movedora de Antonio de Nebrija contra Bartolo y contra Accursio. Es un humanismo jurídico extraño a los juristas, a quienes se propaga solamente en los comienzos del siglo XVI, según puede colegirse del ejemplo de Alonso Díaz de Montalvo, apenas mencionado.

Otro tanto acontece en la Corona de Aragón. Ayunos de Humanismo estuvieron en Cataluña los gloriosos juristas de comienzos del siglo XV, teóricos de la monarquía limitada que operan con los ritos de la Glosa y dentro de la más estrecha de las mentalidades escolásticas, según he mostrado en *El pensamiento político catalán* [63]. Feudalistas, canonistas o romanistas, son glosadores a secas. Ni Jaume Callís, ni Tomás de Mieres, ni Jaume Marquilles acogen al vuelo del Humanismo que por los mismos años que ellos escribían anidaba ya en las producciones literarias, empedradas de erudiciones clasicistas, de los parlamentos en las cortes, sublimadas en el ápice de la oratoria del abad Marcos de Montserrat. Sin que quepa decir cosa distinta del Reino de Valencia, donde los menudos glosadores al estilo de Guillem Jaffer y demás amparados en el manuscrito M-205 de la Biblioteca de la Universidad

60. A. DE NEBRIJA: *Iuris civilis lexicon*, 30.
61. A. DE NEBRIJA: *Iuris civilis lexicon*, 432.
62. Burgos, Juan de Junta florentino, 1533, fol. 22 b.
63. Sevilla, Montejurra, tres tomos. Cita al I (1963), 283-338.

de Valencia apenas si sirven de contrapeso al *Speculum principum* de Pere Belluga; el cual, sin bien formado en Bolonia y henchido de lecturas jurídicas romanistas, lo que de Bolonia trajo fue el gusto por la Glosa imperante, cual asimismo puntualizo en *El pensamiento político catalán* [64].

Hubo, sí, en los pueblos de la Corona aragonesa intento parejo, aunque de indecible menor fuste, empeñado en remozada recepción de Aristóteles, el enarbolado por el príncipe don Carlos de Viana (1421-1461), tal como consta en el programa cultural que fue la *Lamentación a los valientes letrados de España,* tal como fue publicada por su camarero Hernando de Bolea y Galloz [65]. Pero quedó recortado a la traducción de la *Etica a Nicómaco* sobre la nueva versión latina de Leonardo Bruni de Arezzo, sin que se extendiese siquiera a la *Política;* con lo cual fue programa fallido por más que grandioso, cuyo valer razoné en mi estudio *Las doctrinas políticas del Príncipe de Viana* [66].

Tampoco en Portugal hubo asomos de humanismo jurídico en el siglo XV. Ni siquiera el famoso Diego Affonso, apellidado Mangancha, presenta detalles de superar la Glosa con preocupaciones humanísticas. Lo que hubo en el Derecho dióse como reflejo desde el campo de la elucubración eticista y política, y ha de buscarse en la *Virtuosa Bemfeitoria* del infante don Pedro, duque de Coimbra (1392-1449).

El único pueblo hispánico en el cual era posible florecimiento brillante del humanismo jurídico, salvada la personal excepción de Antonio de Nebrija, era Nápoles, donde la primavera humanística florecida al amparo de la protección dispensada por Alfonso el Magnánimo ofrecía terreno feraz para que el Humanismo impregnase las obras de Derecho. No obstante, la aparición del humanismo jurídico tiene lugar en Nápoles medio siglo más tarde de la muerte de Alfonso el Magnánimo en 1458. Los juristas suelen seguir la pauta de los glosadores. El presidente del Consejo real designado a la entrada de Alfonso en la capital partenopea en 1442 y arzobispo de Salerno Giovan Antonio Caraffa († 1486) no ofrece atisbos humanistas en la especialidad canónica de su *Tractatus de simonia* [67]. Ni tampoco en los trabajos del celebrado Páride o París del Pozzo (1413-1493), cuyo *De duello* es la concreción jurídica del orbe caballeresco medieval [68], en carencia de repercusiones humanistas oscurecedoras de sus otros tratados, cuales el *Singularis tractatus in materia syndicatus* [69] o el *Tractatus super reassumptione instrumentorum* [70], por mencionar algunos de ellos. Es el gran feudalista del *Tractatus insignis de reintegratione feudorum* [71], y nada más. El mismo Antonio Maffei, pese a sus esfuerzos por hallar atisbos humanistas, ha de reducirle a varón de transición en los *Influssi del Rinascimento nei giuristi napoletani, Influjos del renacimento en los juristas napolitanos* [72].

64. F. Elías de Tejada y Gabriela Pèrcopo: *El pensamiento político catalán*, III (1965), 265
65. En la *Colección de documentos inéditos del Archivo general de la Corona de Aragón*, XXVI, 1-22.
66. Madrid, Reus, 1944.
67. En *Tractatus illustrium utraque tum pontificii, tum caesarii iuris facultate Jurisconsultorum*. Venetiis, XII (1584), folios 116 vto. b - 123 a.
68. Venezia, Comin de Tridino de Monferrato, 1540.
69. Incluido en *Tractatus de sindicatu variorum autorum*, editados por el veronés Gabriele Sarayna en Venezia, Comino de Tridino de Monferrato, 1571, folios 76-356 vto.
70. Venezia, Giovanni Andrea Valvassore, 1572.
71. Napoli, Pietro de Dominici y Giovanni de Gallis, 1544.
72. Napoli, Casella, 1940, pág. 42.

Pudiendo asegurarse lo mismo de los *Praeludia, et alia in feudorum usus* de Giacomo de Franchis, con ser varón de entrado el siglo XVI [73].

La gran figura del humanismo jurídico napolitano fue Alessandro d'Alessandro (1416-1507), gracias a sus *Dissertationes quatuor de rebus admirandis*, seis hojas sin lugar ni data conservadas en la Biblioteca Nacional de Nápoles bajo la signatura XXI-C-72-Misc. 3, luego recogidas en su obra capital, los *Genialium dierum libri sex*, estampada por primera vez en 1522 [74]. Versado profundamente en filología y en arqueología, fue el influjo de Pomponio Leto, de quien hace en los *Genialium dierum* el compañero inmortal de los paseos vespertinos por las ruinas de los viejos monumentos, lo que le llevó a estudiar las magistraturas romanas de manera tan exhaustiva como no se habían estudiado por ninguno de los humanistas anteriores. Enemigo declarado de los glosadores [75], su *Genialium dierum* constituye la réplica napolitana, sagaz, eruditísima y concluyente a los coetáneos *Civilis historia juris, sive in XII. Tab. leges commentariorum libri quinque* que en 1515 daba a las prensas en Valence de Francia Aymar de Rivail; con tanta fortuna que a mi ver es la culminación del entero humanismo jurídico, cual ya precisé en mi *Nápoles hispánico* [76], en juicio coincidente con el formulado por Domenico Maffei en su *Alessandro d'Alessandro, giureconsulto umanista* [77].

Alessandro d'Alessandro ayunta felicísimamente las dos tendencias del Humanismo en el Derecho. En sus *Studi di diritto pubblico* [78] Enrico Cenni apuró como en él concluye la larga tarea depuradora de los términos, al paso que Antonio Maffei muestra su decisiva guerra contra los desmanes de los glosadores no eruditos en la antigüedad clásica [79]. Aunque la labor de Alessandro d'Alessandro no sea estrictamente jurídica, pues ya D. del Re puso de relieve en *I precursori italiani di una nuova scuola di diritto romano nel secolo XV, Los precursores italianos de una nueva escuela de derecho romano en el siglo XV*, que apenas si quince entre sus capítulos tocan directamente cuestiones jurídicas [80], es la culminación del Humanismo en tierras tanto itálicas cuanto hispánicas. No cupo más egregio colofón para coronar los ya centenarios esfuerzos humanistas. La sola superación posible será la revisión emuladora; pero ésa era ya la función del Renacimiento.

73. Venezia, Nicolao Pezzana, 1720.
74. Cito por la edición en Leiden, ex officina Hackiana, 1673, en dos volúmenes.
75. Por ejemplo, en el libro III, capítulo IV. en I, 578.
76. Sevilla, Montejurra, I (1958), 389.
77. Milano, Giuffré, 1956, pág. 23.
78. Napoli, De Angelis, 1870, págs. 236, 245 y 308.
79. A. MAFFEI: *Influssi*, 65.
80. Roma, 1878, págs. 86-87.

19. *El Renacimiento jurídico en las Españas*

Juntamente con la Grecia del siglo IV, la Cristiandad del XIII y la Alemania del XIX, el Renacimiento hispánico es uno de los cuatro momentos creadores de saber en toda la historia secular del Occidente. No estamos delante de una escuela ni siquiera de determinada tendencia del pensamiento, por mucha anchura que pueda otorgarse al significado que se le dé; estamos en presencia de un gigantesco movimiento cultural en cuya ola polifacética de irisaciones infinitas los hombres de las Españas clásicas acometieron los problemas novedosos de su edad con criterios sacados de la herencia de la Escolástica del siglo XIII, sobre todo de santo Tomás de Aquino; pero que, en sus manos poderosas de pensadores portentosos, ganan la flor de clasicismos nuevos. Los criterios permanecen, pero el resultado no va a quedar en mera copia ni repetición de santo Tomás ni de Duns Scoto. Cabalmente hay renacimiento en las Españas porque nuestros mayores acertaron en un nuevo clasicismo emulador de los antiguos, que les sirvieran de punto de comienzo; tan acabado y fecundo que el clasicismo jurídico del Renacimiento hispánico no ha tenido par con ningún otro momento de nuestra historia cultural.

Cabe hablar de escuelas, no de escuela. El tomismo de Domingo de Soto hace contrapié al occamismo de Fernando Vázquez de Menchaca; Francisco Suárez es la antítesis de su hermano de sotana Gabriel Vázquez; Francisco de Espinosa comentando *Sobre las leyes y fueros de España* [1] funda la historia del Derecho entre nosotros en la apreciación de José Maldonado Fernández del Torco en *Un fragmento de la más antigua historia del derecho español* [2]; mientras que Gerónimo Castillo de Bovadilla inicia los estudios de la administración pública en su *Política para corregidores, y señores de vassallos, en tiempos de paz, y de guerra; y para prelados en lo espiritual, y temporal* [3]; y el agustino fray Gerónimo Román construía en los tres apretados volúmenes de *Las repúblicas del mundo* [4] los cimientos del derecho comparado, con riqueza de materiales y amplitud de conocimientos superiores a los parejos intentos de Jean Bodin o de Johannes Althaus. No hubo rama del Derecho, ni de ninguna de las disciplinas afines en las que los varones de las Españas áureas no derrocharan la infinita gama de una originalidad cuyo secreto parece hace tres centurias haberse agostado entre nosotros. Que los gigantes del pensamiento hispano entonces viven y de entonces son los nombres por los que nuestros pueblos cuentan en el abanico

1. Barcelona, Facultad de Derecho, 1927.
2. Separata del *Anuario de Historia del Derecho español*, de 1943. 17 págs.
3. Madrid, Luis Sánchez, 1597, dos tomos.
4. Segunda edición. Salamanca, Juan Fernández, 1595. Tres tomos.

de la cultura universal. Por más que la Europa protestante por boca de J. W. Allen en *A history of political thought in the sixteenth century, Historia del pensamiento político en el siglo* XVI, se haya obstinado en regatearle originalidades [5], a los ojos salta formaron la legión de juristas y filósofos del Derecho más granada que el Occidente nunca tuvo.

Tal es la riqueza de sus posturas, tanta la inmensa cantidad de las aportaciones de los clásicos hispanos a los saberes jurídicos y a la doctrina del saber jurídico, que por necesidad ha de renunciarse a otro cometido que a indicar las líneas capitales, repitiendo aquí la confesión de impotencia sintetizadora que ya acosara a Eduardo de Hinojosa en su estudio *Influencia que tuvieron en el derecho público de su patria y singularmente en el derecho penal los filósofos y teólogos españoles anteriores a nuestro siglo* [6].

No obstante ello, la policromía de las facetas ideológicas presentan diversos denominadores comunes básicos para la comprensión general de las doctrinas de los saberes jurídicos de los clásicos hispanos: el nuevo planteamiento del Humanismo como elaboración y no como copia; la continuidad de los criterios fundamentales de la Escolástica; la aplicación de esos criterios fundamentales a las nuevas circunstancias, en especial al hallazgo de las Indias y a la quiebra de la unidad imperial; la defensa del hombre y de la naturaleza racional del hombre contra el irracionalismo jurídico, luterano o calvinista; y la apertura de nuevos horizontes de problemas, a tenor de las novedades culturales antes ignoradas. Ante la imposibilidad de concretar ninguna tendencia en particular, porque equivaldría a menoscabo de las restantes con desdoro de la general perspectiva que ha de mantenerse en las brevísimas dimensiones de una glosa como la presente, apuntaré dichas características generales.

a) La orientación de Antonio de Nebrija, donde la gramática es propedéutica para la lógica del Derecho, alcanza sus mayores resultados en los escritos del valenciano Luis Vives (1492-1540). Mixto de filósofo con erudito, Vives sintió la acuciadora ambición de renovar el sistema de los estudios, incluidos los de las ciencias del Derecho. Los años de estudiante de París, desilusionado del aristotelismo externo de Lefevre d'Etaples cuanto del empecinado medievalismo de sus contradictores, sirviéronle para buscar por medios propios la superación de aquellas tensiones contrapuestas en un criticismo de vertebración humanista donde alientan las más valiosas aportaciones del pensamiento jurídico entre nosotros. Todo su empeño consistió en ver con claridad bastante, lindante con la genialidad, la necesidad de prescindir de las lógicas decadentes dominantes durante el Bajo medievo, para transformar los estudios lógicos en instrumentos al servicio de la ordenación sistemática del saber; dialéctica derivada del «ars inveniendi» acuñada por Rodolfo Agrícola, empero desenvuelta por Luis Vives con maestría que no tolera comparaciones ni con el pensador holandés ni con ninguno de sus congéneres alemanes o polacos.

Para Vives, y ahí asoma su calidad de humanista cumplido que ya va más allá del Humanismo, gramática, dialéctica y retórica son «tres artes de sermone», tres técnicas del discurrir humano apoyadas cada una en las demás. El punto de partida está en la gramática, latina y griega, definidora de los vocablos para general entendimiento. «Nam prius fruit sermo latino,

5. London, Methuen and Co., 1928, pág. 356.
6. En las *Obras*. Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, I (1948), 92.

prius graecus, deinde in his formulae grammaticae, formulae rhetoricae, formulae dialecticae observatae sunt, nec ad illas detortus est sermo, sed ille potius sermones sunt secutae et ad eum esse accommodarunt», cual declara en *In pseudo-dialecticos* [7]. Debido a que son las artes «post sermonem inventae» [8].

En esta tríada de artes la culminación es la dialéctica, concebida como una teoría del conocimiento. En el mismo *In pseudo-dialecticos* escribe a la letra que «ars enim est dialectica, quae non sua causa addiscitur, sed ut reliquis artibus adminiculum praestet, et quasi formuletur, idcirco non est in ea plus operae insemendum, quam satis est ad ceterarum artium ministerium, quod dialectica exercet» [9]. Concebida como dialéctica, la lógica viene a ser una teoría del conocimiento destinada a servir de instrumento para el estudio de las demás ciencias particulares. Pensamiento que avanza al de Kant, hasta dar en calificación que Vives mereció a Menéndez y Pelayo cuando le diputó de «un kantiano en profecía» en *Los orígenes del criticismo y del escepticismo, y especialmente de los precursores españoles de Kant* [10]. Porque la gramática da a conocer las palabras, la dialéctica los argumentos y la retórica los discursos: «ut in grammatica sit illud quod ipsi volunt docere, in dialectica probare, in rhetorica movere», completa en el *De causis corruptarum artium* [11]. Jerarquía que proporciona a cada una de las tres artes el propio cometido, aunque Vives anteponga siempre a la retórica, posible fallo de brillos formales, la dialéctica en cuanto enseña a razonar. Una dialéctica apoyada en la gramática, debido a su horror al malísimo latín de los discutidores eruditos parisinos, gustadores de palabras impropias y en suma ignorantes del latín verdadero; gramática a la que concede un valer tal cuando indica que «in unaquaque lingua sua loquendi proprietas, quod a graecis ἰδίωμα dicitur» [12]; cuidado en puntualizar el valor exacto de los vocablos en función de la realidad de las cosas que tal vez es el precedente más señalado que encontrarse pueda a las tesis modernas de Ferdinand de Saussure.

La crítica a los «topica» aristotélicos, junto con la mayor aceptación, aún no exenta de reservas, de las aportaciones ciceronianas, enmarca la empresa de levantar la lógica al arte de discurrir sobre las bases de una gramática precisa; que tal fue la aportación de Luis Vives, sintetizando al Humanismo con el Renacimiento en perfecto programa, cuya maestría fue reconocida en sus días por Hans Apelt en el capítulo I de la *Methodica dialectices ratio ad Jurisprudentiam accommodata* [13], superior a la de Rodolfo Agrícola en la opinión de Cesare Vasoli en *La dialettica e la retorica dell'Umanesimo*, *La dialéctica y la retórica del humanismo* [14].

La aplicación de esa dialéctica, arte de razonar, «ars inveniendi», arte del juicio y encauzadora del discurso, a las cuestiones del Derecho, está la-

7. En la edición cuidada por Gregorio Mayans. Valentiae Edetanorum, Benito Monfort, III (1782), 41.
8. Ibídem.
9. J. L. VIVES: *In pseudo-dialecticos*, 58.
10. En los *Ensayos de crítica filosófica*. Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1948, pág. 166.
11. J. L. VIVES: *Opera omnia*, VI (1785), 78. Libro II, cap. I.
12. J. L. VIVES: *In pseudo-dialecticos*, 48.
13. Estampada como continuación de la *Topica legalia*, de CLAUDIO CANCIONCILLA o CANTIÚNCULA. Basileae, apud Hieronymum Curionem mense martio anno MDXLV, págs. 108-164. Cita a la página 125.
14. Milano, Feltrinelli, 1968, pág. 235.

tente en cada uno de los escritos de Luis Vives. En el *In pseudo-dialecticos* quéjase de los daños que semejante dialéctica «sophistica» de los errados discípulos de Aristóteles acarrea a la «Juris facultas» [15]; el diálogo del *Templo de las leyes* intitulado *Aedes legum* da en ataque a glosadores y postglosadores que recuerda al de Nebrija contra Accursio y contra Bartolo; con inusitada dureza cuando combata a éstos, a Baldo de Ubaldis y a Juan de Imola [16]; en el capítulo IV del libro V del *De causis corruptarum artium* repite la crítica contra Accursio, excluyéndole de la lista de los maestros que deben utilizar los estudiantes en leyes [17]. Es que, desde el instante en que Luis Vives mira la renovación de los saberes en el logro de una dialéctica entendida como teoría recta del saber, su repudio de los juristas medievales cobra un giro más allá de las consabidas críticas que contra ellos alzaron los humanistas por ignaros e iletrados de latines; es que emplearon métodos inferiores a esta dialéctica plenamente renacentista, crítica y renovadora, en la que vibra la reelaboración superadora característica del Renacimiento.

De ella vendrá para Vives la renovación en los estudios del Derecho. Tal como había querido renovar la historia en el *De tradendis disciplinis*: con sugerencias pedagógicas que aclaren la verdad en el hondón de las múltiples lecturas [18]. O sea, indagando el sentido profundo de las realidades jurídicas, viniendo desde las cosas para ahondar «in ipsius rei natura» [19]. Lo cual supone sujetar la ciencia del Derecho a los dictados de la filosofía. Vives razona, según ha escrito certeramente el maestro Mariano Puigdollers en *La filosofía española de Luis Vives*, tratando los problemas del Derecho como filósofo y no como jurisperito [20]. Lo que acontece es que desde la filosofía, o sea desde la dialéctica a su manera concebida, encuéntrase en condiciones de señalar vías ya renacentistas y no estrechamente humanistas, para los saberes del Derecho.

No será por los procedimientos matematizantes de Ramón Llull entonces tan en boga. Vives los rechaza en *In pseudo-dialecticos*, aunque sin nombrar al Beato Iluminado, cuando censura los intentos de reducir la lógica a expresiones matemáticas [21]; tal había hecho también Rodolfo Agrícola en el capítulo I del libro II del *De inventione dialectica* [22]. Ni separando al juicio del discurso, como hiciera Cicerón cuando en el seno de la dialéctica diversificó la «scientia iudicandi» del «ars inveniendi», la lógica del juicio de la lógica de la invención; expresamente lo repele en el *De causis corruptarum artium* [23], demostrando es el renacentista fabricador de nuevas doctrinas, no el humanista dado a repetir los antiguos grecolatinos. Ni tampoco ateniéndose solamente al derecho romano, pues por más que las leyes romanas sean excelentes, apenas podrán ser tomadas en su espíritu y no en el tenor literal de su texto, como cimientos para la invención en el discurrir jurídico [24].

Para renovar la ciencia del Derecho postula Vives partir de una tópica, ni más ni menos que la necesaria para la totalidad de los planteamientos

15. J. L. Vives: *In pseudo-dialecticos*, 59.
16. En *Opera omnia*, V (1784), 485.
17. J. L. Vives: *De causis corruptarum artium*. En *Opera omnia*, VI, 238-242.
18. En *Opera omnia*, III, 386-401.
19. J. L. Vives: *Aedes legum*, 492.
20. Barcelona, Labor, 1940, pág. 113.
21. J. L. Vives: *In pseudo-dialecticos*, 44.
22. R. Agricola: *De inventione*. 181-182.
23. J. L. Vives: *De causis corruptarum artium*, 131. Libro III, cap. V.
24. J. L. Vives: *De tradendis disciplinis*, 414-415. En libro V, cap. IV.

dialécticos. Tópica vista con originalidad renacentista por algo dispar de las elaboradas por Aristóteles y por Cicerón; pero forzosamente tópica, ya que, al ser la dialéctica instrumento necesario para las ciencias, éstas habrán de arrancar de los lugares comunes, lugares comunes que son el primero entre los instrumentos dialécticos. Instrumentos para la probabilidad, por supuesto; pero es que sobre la ciencia como saber de probabilidades está compuesto el *De instrumento probabilitatis liber unus* [25]. Y los topica son el cuadro de las probabilidades científicas en un método elaborador de los saberes de esta índole, cual resulta de recordar a Cicerón explicando como «est enim *locus* nomen instrumenti, quo rationem probabilem rimamur, sunt horum nomina tanquam lemnata nartheciorum apud pharmacopulos, et unguentarius, quis illi admonentur quid in quoque insit nartheciо, aut capsula, ne omnia evolvere sit necesse quum uno aliquo est opus» [26]. Pues, según advierte en la *De Aristotelis operibus censura* «hoc est loci unde ducuntur argumenta» [27].

No aportó Vives la lista de esos tópicos jurídicos, de las bases desde las cuales habría de formarse por discurrir dialéctico la nueva manera de los saberes jurídicos por él preconizada. Y no lo hizo porque él era filósofo, y no era jurista. Empero el plan renovador hállase en sus escritos, tallado con tanta perfección metodológica que nadie osará disputarle el título de máximo abanderado del saber jurídico renacentista, ya que expuso los criterios renovadores con nitidez no alcanzada por ningún otro escritor contemporáneo.

Lo que fuera en Juan Vives teoría renovada del conocimiento jurídico y metodología renacentista de la ciencia del Derecho, fue en el zaragozano Antonio Agustín (1517-1586) síntesis del humanismo crítico con la teoría del Derecho. Estudiante en Bolonia, obispo de Alife en el Reino hispánico de Nápoles y de Lérida en el Principado de Cataluña, presente en Trento y arzobispo de Tarragona, Antonio Agustín jamás perdió los estilos de su formación primera ni la problemática del Derecho aprendida en las aulas boloñesas. Aunque canonista sobre todo en los dos libros de diálogos *De emendatione Gratiani* [28], fue romanista insigne en los *Emendationum et opinionum libri quatuor* [29], con pareja intención crítica de depurar los textos, arrancando las ortigas de la Jurisprudencia. Las numerosas correcciones que formula repetidamente al texto gracianeo o a las *Pandectas* según el códice pisano conservado en Florencia, sus críticas a menudo feroces hacia otros autores y especialmente contra Ludovico Bolognini, marcan la más lozana contribución al Renacimiento de la herencia crítica propia del Humanismo. Aunque no se le conceda más que la cualidad de teórico del Derecho que le adjudicó Tomás Gómez Piñán en su *Antonio Agustín (1517-1585). Su significación en la ciencia canónica* [30], practica métodos nuevos en los que sin manifestarlo aplica de hecho aquellos criterios remozadores adoctrinados por Luis Vives. Lo que en el valenciano fuera metodología crítica es en el zaragozano demostración eficaz de la valía de las nuevas perspectivas renacentistas para la adecuada consideración de los textos.

25. En la *Opera omnia*, III, 82-120.
26. J. L. VIVES: *De intrumento probabilitatis*, 86.
27. En *Opera omnia*, III, 29.
28. Dos tomos, Venezia, Nicolao Pezzana, 1786.
29. Venetiis, apud Juntas, 1544.
30. En el *Anuario de Historia del Derecho español*, V (1928), 365.

En los demás reinos hispánicos el ánimo renacentista programaba los estudios jurídicos con subordinación a la filosofía. Por traer un ejemplo, memoraré al eborense Andrés de Resende († 1573), según cuanto asienta en la *Oratio pro rostris* por él pronunciada en las Casas viejas de la Universidad de Lisboa el 1 de octubre de 1534. Las coincidencias con Luis Vives son notorias, por más que el portugués adolezca de aquellos luengos razonamientos y de aquella apoyatura sistemática de que Vives se sirvió para trazar su concepción de los saberes jurídicos. Igual que para Vives, para Resende hay que terminar con la «artium corruptela», con la corrupción de las artes [31]. Lo mismo que para Vives, el remedio está en una dialéctica que prefiera «nudam veritatem probare» por encima de cualquier otra consideración de elegancias en la expresión [32]. Tal cual Vives, desprecia a los juristas que se jactan de ser tales juristas careciendo de saberes filosóficos, tanto los romanistas cuanto los canonistas [33]. La actitud es idéntica, aunque ayuna de los sólidos argumentos por Luis Vives encadenados.

El Renacimiento genera la universal convicción de una metodología jurídica donde el Derecho provenga de los saberes filosóficos, de un abierto pedestal de cultura más dilatado que la letra de las leyes, a cuyo comentario se contentaron los glosadores, y más profundo que el formalismo del vocabulario exacto precisado por los humanistas. En el hondón de todos los libros jurídicos del tiempo campea esta postura, que es en definitiva la de afirmar el primado del saber filosófico del Derecho por encima de los saberes científico y técnico. En la primera de las *Tres epístolas de pedagogía jurídica* que a sus hijos Juan y Jerónimo enderezó el jurisconsulto pinciano Juan Yáñez Parladorio muéstrase como aquella actitud íbase dilatando hasta dar en criterio general por todos acatado: «Nuestra jurisprudencia —amonestaba a sus retoños— no es tan envidiosa como para no dejar algún lugar a las restantes disciplinas; como si a los Alciatos, Tiraquellos, Zasios y Corrusios y demás autores de este linaje no los estimásemos prudentísimos en derecho porque estuvieran dotados de cultura griega, latina y de todo género de erudición. Es más, a los mismos Bartolos y a los Baldos no les hizo eruditos la sola ciencia del derecho, como apreciamos en ellos, que exornaban sus comentarios con razonamientos lógicos y filosóficos, con documentos y con teología muchas veces» [34].

El Renacimiento hispánico caracterizóse por superar el prurito humanista de preferir la forma granada al fondo meditado y el aleteo de la elegancia en la dicción al contenido filosófico. Herederos del Humanismo en lo que al cultivo de las bellas maneras competía, jerarquizaron los saberes jurídicos estableciendo la capitanía cardinal de los saberes filosóficos del Derecho. Es la conclusión que se respira como aire espiritual de cada uno de nuestros clásicos. Hasta quienes conservan el modo de la glosa admiten en su desarrollo el primado de los saberes filosóficos. Sirva de ejemplo el oidor de la Chancillería de Valladolid y ministro del Consejo de Indias Gregorio López de Tovar, que en 1555 comenta *Las siete partidas del sabio Rey don Alonso el Nono* (sic) *nuevamente glosadas*. Cuando Gregorio López plantea temas como el de la manera de ser redactadas las leyes, en el cual iba implícita la cuestión de la jerarquía de los saberes jurídicos dentro de la

31. Cito por la edición de Lisboa, Instituto de Alta Cultura, 1958. Cita a la pág. 36.
32. ANDRÉS DE RESENDE: *Oratio pro rostris*, 42.
33. A. DE RESENDE: *Oratio pro rostris*, 48.
34. Cito por la versión de Adolfo Muñoz Alonso. Murcia, Universidad, 1948, pág. 16.

temática de sus comentarios, apresúrase a dar preferencia al saber filosófico arguyendo como «lex condenda est cum consilio proborum sapientum» [35].

Sin necesidad de otras facilísimas evocaciones eruditas queda claro que el Renacimiento hispánico supuso la renovación de los saberes jurídicos, sea en subrayar las premisas filosóficas del Derecho, sea en forjar un sistema de doctrina abierto a las inquietudes del momento, saltando por encima de los muros de los comentarios atenidos a los viejos textos de la Roma clásica.

b) Semejante actitud de abertura intelectual no implicaba menoscabo de la función de las Españas del tiempo, implícita o explícitamente asumida por los juristas de las Españas del Siglo de Oro nuestro. Frente a la ruptura luterana del orden de los conceptos medievales, nuestros abuelos sostuvieron la unión del Derecho con la filosofía y con la teología, sin mengua de la clara diferencia entre sus campos respectivos. Si los frutos de la ciencia jurídica española clásica son verdaderamente inagotables, por recoger la sabida definición de Josef Kohler en *Die spanischen Naturrechtslehrer des 16. und 17. Jahrhunderts, Los tratadistas hispanos de derecho natural de los siglos XVI y XVII* [36], ello débese a la amplitud de horizontes que abría este afán por fundamentar en cimientos teológicos y filosóficos las problemáticas jurídicas, tanto más que la filosofía española del Derecho fue en su máxima parte obra de teólogos que abordaban los temas jurídicos con la visión que únicamente la teología proporciona. No es que fuesen juristas a secas subidores a buscar fundamentos filosóficos o teológicos para las cuestiones debatidas, artesanos que pasajeramente pisan los senderos filosóficos, técnicos con pretensiones de filósofos del Derecho; antes al contrario, por decirlo gráficamente con palabras del dominico Venancio D. Carro en *La teología y los teólogos-juristas españoles ante la conquista de América*, fueron grandes juristas por ser grandes teólogos [37]. Ahí reside el secreto de la genialidad de aquellos filósofos del Derecho incomparables: en que mantuvieron la jerarquía de los saberes jurídicos, en que eran filósofos y no jueces, teólogos y no abogados, quienes definían los saberes supremos del Derecho.

Plena conciencia tuvieron de tal planteamiento en las incontables veces en que insisten en la capacidad exclusiva que a teólogos y filósofos compete para definir qué Derecho sea y cuales son los principios fundamentales del Derecho. En la *Relectio de potestate civile*, 1, asegura Francisco de Vitoria († 1546) que «officium et munus theologi tam late patet, ut nullum argumentum, nulla disputatio, nullus locus alienus videatur a theologica professione et instituto». En la *Relección I de Indiis* afina más todavía, recabando para los filósofos los asuntos de filosofía del Derecho, al aseverar en el número 3 que el problema tócale a él más que a los técnicos en leyes: «secundo dico, quod cum illi barbari, ut statim dicam, non essent subiecti iure romano, res illorum non sunt examinandae per leges humanas, sed divinas, quarum iuristae non sunt satis periti ut per se possint huiusmodi quaestiones definire». Melchor Cano († 1560) el escritor más profundo de nuestra pléyade clásica, dedica nada menos que tres capítulos, los VII a IX del libro X de sus incomparables *De locis theologicis* a poner orden en los saberes jurídicos,

35. Salamanca, Domingo de Portonarijs Ursino, 1576, cuatro tomos. Cita al I, 7 a, glosando la ley 9 del título I de la Partida I.
36. En el *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, X (1916), 235.
37. Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, dos tomos. Cita al I (1944), 12.

precisando la sujeción respecto de los filosóficos y teológicos. En el libro II, capítulo IX, del *De potestate legis poenalis* el zamorano Alfonso de Castro († 1558) escribe: «Nostri theologi (ut quod de illis sentio, candide loquar) iurisperitorum in hac parte sententiam legentes, illud sine ulla discussione (ut ego suspicor) sunt sequuti. Nam si rem hanc, quae ad illos tanquam ad legis naturalis et divine peritos, optimo iure spectabat, diligentes investigassent et illius origines optime fuissent perscrutati, non dubito quin aliter sentissent: quoniam nulla est ratio quae theologos aut iurisperitos cogere potuit, ut hanc tuerentur sententiam» [38]. En el proemio a los *De iustitia et iure libri decem* Domingo de Soto (1495-1560) anota: «Neque vero est quod theologis vitio detur, hanc sibi assumere provinciam, quae iurisperitis accommodatior videri potest: quando quidem canonica iura ex visceribus theologiae prodiere: civilia vero ex media morum philosophia. Theologi ergo est iuris canonici decreta ad norman Evangelicam exigere: philosophique ex principiis philosophiae examinare». Comenzando el libro I de su *De iustitia et iure* advierte Luis de Molina (1535-1600) la razón de que cultiven el Derecho los teólogos: «Cum enim theologi via et ratione ex verisque principiis res intelligant, in quo longo intervallo iurisperitis superant, sane si eam Theologiae partem, quae de moribus disserit, copiose et pro dignitate et amplitudine obiecti et facultatis theologiae tradiderimus: nihil vero theologo deerit, quod ad Ecclesiae gubernationem et Reipublicae christianae utilitatem necessarium fuerit iudicatum». No de otro modo inicia por su lado Francisco Suárez (1548-1617) el *De legibus ad Deo legislatore* con las siguientes palabras: «Nulli mirum videri debet si homini theologiam profiteari leges incidant disputandi. Theologia namque eminentia ab eius subiecto eminentissimo derivata omnem excludit rationem admirandi. Immo si res ipsa recte dispiciatur, palam erit ita legum tractationem theologiae ambitu concludi, ut theologus subiectum eius exhaurire non valeat, nisi legibus considerandis immoretur». La unanimidad de nuestros clásicos es completa: el saber jurídico se elabora bajando desde la filosofía y desde la teología hasta el Derecho, no subiendo desde la técnica hasta la filosofía en serie de tanteos ciegos, sujetos a errores indecibles.

Curioso resulta que esta característica, fundamento principal de los aciertos de los clásicos hispanos en el cultivo de los saberes jurídicos, ha sido esgrimida como arma arrojadiza para combatirlos en nuestros días. Con actitud discutible el ilustre profesor Michel Villey, en lamentable manera por el catedrático de la Universidad de Zaragoza Jesús Lalinde Abadía. Por incomprensible que parezca, truécase en defecto aquello que fue el mérito supremo y la raíz de la grandeza de saber jurídico de las Españas áureas.

En *La formation de la pensée juridique moderne, La formación de pensamiento jurídico moderno,* Michel Villey acusa de clericalismo a la ciencia jurídica española clásica [39]; acusación que repite en la comunicación presentada al coloquio celebrado en octubre de 1972 en Florencia bajo el título de *La promotion de la loi et du droit subjectif dans la seconde scolastique, La promoción de la ley y el derecho subjetivo en la segunda escolástica,* donde acusa a los hispanos de haber retirado a los juristas la autonomía que Santo Tomás de Aquino les había conquistado, desde el momento en que sujetan el Derecho a la ley natural moral [40].

38. Antverpiae, in aedibus Viduae et Haeredum Joan. Stelsii, 1568.
39. Paris, Les éditions Montchrestien, 1968, pág. 346.
40. En *La seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno.* Milano, Giuffré, 1973, págs. 53-71. Cita a la pág. 67.

Parece mentira que varón de la altura intelectual de Michel Villey pueda suscribir desbarro semejante. Cierto que no conoce más que harto superficialmente a los clásicos españoles, según con generosidad que le honra confiesa [41], aunque la confesión no le salve de errores mayúsculos hasta en la designación de los autores: cuando, por ejemplo, nos habla dos veces de un tal «Corraruvias» [42], absolutamente desconocido por acá. Lo que admira es que conocedor tan profundo como Villey sin duda lo es del pensamiento de Santo Tomás de Aquino haya querido achacar a los hispanos mancha de «clericalismo» porque los nuestros sujetaron el Derecho a la ley moral, subordinando la ley positiva a la natural: «Sauf erreur, le sens de l'opération est de retirer aux juristes cette autonomie que saint Thomas leur avait reconquise. Il n'y a plus de droit autonome mais subordination du droit à la loi naturelle morale. Le cléricalisme y trouve son compte» [43]. Para dar la razón al egregio profesor Villey hay que esperar demuestre que Santo Tomás independiza a la ley positiva de la ley natural; lo que yo sé es que la subordina en una jerarquía exactamente igual a la elaborada por los clásicos hispanos; mientras el profesor Villey no pruebe lo contrario, y es asaz difícil probarlo, opinaré que el «clericalismo» de los hispanos es idéntico al «no clericalismo» de Santo Tomás de Aquino.

Las acusaciones formuladas por Jesús Lalinde tienen cariz bastante diferente. Lalinde traslada a la cuestión presente el resentido rencor de los vencidos en la guerra de 1936 y ataca a los clásicos hispanos por el motivo de que «la doctrina jurídica dominante española posterior a la guerra civil ha adoptado como bandera filosófica la de la segunda escolástica», según refiere en *Anotaciones historicistas al iusprivatismo de la segunda escolástica* [44]. Con lenguaje impropio de un hombre de estudio, trasladando los vituperios de la calle a los pensadores de hace trescientos años, califica a Francisco de Vitoria de imperialista [45], a Domingo de Soto de reaccionario [46], presenta a Francisco Suárez tarado de prejuicios religiosos [47]. Ve en el jusnaturalismo arma política para aplastar a las libertades forales [48]. En la desbocada manía de explicitar barbaries indignas de ser tomadas en serio, echando mano de latiguillos politicoides, rebajando el mayor legado jurídico de nuestro pasado a ramplonería que se deshace ante la evidencia de la menor lectura seria, Lalinde Abadía no aporta nada, ni demuestra otra cosa que su bilis acientífica y una ligereza oportunista que le lleva a fundir en una sola persona a los catedráticos Francisco Puy Muñoz, de la Universidad de Santiago de Compostela, y Luis Núñez Contreras, de la Universidad de Sevilla [49]; índice claro de cómo compulsa textos. Las *Anotaciones históricas* son trabajo que mucho desdice de otros estimables de su autor, quien sin duda se avergonzará cuando con reposada lectura le revise. Casi no merecía la pena haberlo traído a colación siquiera en estas líneas.

Por el contrario; el supremo timbre de gloria de nuestros clásicos consistió en haber compuesto la tabla de los saberes científicos desde las alturas

41. MICHEL VILLEY: *La formation de la pensée juridique moderne*, 343.
42. M. VILLEY: *La formation*, 349 y 350.
43. M. VILLEY: *La promotion de la loi*, 67.
44. En *La seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, 303-375. Cita a la página 318.
45. J. LALINDE ABADÍA: *Anotaciones historicistas*, 332.
46. J. LALINDE ABADÍA: *Anotaciones historicistas*, 307.
47. J. LALINDE ABADÍA: *Anotaciones historicistas*, 321.
48. J. LALINDE ABADÍA: *Anotaciones historicistas*, 348.
49. J. LALINDE ABADÍA: *Anotaciones historicistas*, 354: «Puy-Núñez reconoce».

de la teología y de la filosofía: que es el único procedimiento admisible para forjar doctrinas en Derecho.

c) En el equilibrio ejemplar de aquellos varones admirables la consagración de la teología y de la filosofía por hontanares del saber jurídico no empeció a la asunción de los problemas de su tiempo. Precisamente la característica de su claro renacentismo es el realismo con que se ocupan de las cuestiones que iban surgiendo y sobre las cuales labran el nuevo clasicismo en que el renacimiento jurídico consiste.

Dos son esas novedades principalmente: el hallazgo de las Indias occidentales americanas y el protestantismo. En cada uno de esos dos sectores los clásicos hispanos aplicaron los principios teológicos y filosóficos en que cimentaban sus opiniones con originalidad. Porque la tónica común es la valoración de lo concreto, lo que Wilhelm Weber en *Wirtschaftsethik am Vorabend des Liberalismus, Etica económica en las vísperas del liberalismo,* ha caracterizado por metafísica de lo concreto individual frente a la metafísica de lo abstracto específico atañente a las construcciones anteriores, aquí perpetuadas por los teóricos del protestantismo [50]; a causa de someter los hechos pasajeros a las leyes invariables puestas por Dios, en equilibrio ensalzado por Hans Thieme en *Natürliches Privatrecht und Spätscholastik, El derecho natural privado y la escolástica segunda* [51]. Merced a cuyo realismo, al espléndido equilibrio entre los principios y los hechos, entre las tesis permanentes de la teología y las cambiantes circunstancias de aquellos tiempos plagados de excepcionales novedades en la vida y en la geografía del universo, fue posible conservar las líneas cardinales de la Cristiandad medieva, modificándolas con brillante ímpetu renacentista para adecuarlas a los cambios que se sucedían en Occidente. Síntesis entre los postulados acuñados por la gran Escolástica del siglo XIII y las coyunturas del momento en que cuaja la formulación de una Escolástica nueva y fecunda que fue la máxima aportación de los hispanos a los saberes del Derecho.

La primera novedad fue el descubrimiento de América. En la glosa 22 a la lección 2.ª del tomo I del presente *Tratado* fue ya puesto de relieve como el impacto causado por el hallazgo de las Indias trajo consigo la imperativa necesidad de elaborar un clasicismo nuevo para hechos y realidades que no cabían ni en la geografía de Ptolomeo, ni en la historia natural de Aristóteles, ni en la medicina de Galeno, ni en la botánica de Dioscórides, ni en la cosmografía de Hiparco. Lo que aconteció en la cultura en general tuvo también lugar en el Derecho. Las sociedades indias, más o menos desarrolladas, pero constituidas como agrupaciones de hombres con leyes y príncipes existentes, pero no inspirados en los criterios manados de la revelación cristiana, planteó desde el primer instante dos cuestiones antes no previstas imposibles de resolver apelando a Platón, a Aristóteles, a Justiniano o a Santo Tomás de Aquino: la calificación jurídica de la moral e instituciones de las gentes nuevamente halladas y el trato que aquellas comunidades de infieles habían de merecer con arreglo a los postulados jurídicos de los descubridores.

Es el primer dato que suscita la primera novedad en las dos preguntas que abren las interrogantes y cuya respuesta deberá responderse, no con

50. Münster Westfalen, Aschendorffsche Verlagsbuchhandlung, 1959, pág. 20.
51. En la *Zeitschrift des Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte.* Germanistische Abteilung, LXX (1953), 255.

imposibles contestaciones humanistas, sí con nuevas contestaciones renacentistas. Por decirlo con gráficas palabras de Eloy Bullón en *El problema jurídico de la dominación española en América antes de las «Relaciones» de Francisco de Vitoria*, «¿qué tenían que ver los indígenas de América con Papiniano, ni con Baldo de Ubaldis? Llegada la hora de organizar el régimen del trabajo colonial bajo el sol de los trópicos, ¿de qué podían servir los edictos de los antiguos pretores?» [52]. El mejor conocedor actual del pensamiento jurídico español del Siglo de Oro, el profesor Giovanni Ambrosetti, en varios pasajes de su óptimo libro *Il diritto naturale della Riforma cattolica, El derecho natural de la Reforma católica*, ha insistido en la importancia que el descubrimiento del Nuevo mundo supone para la constitución doctrinal del renacimiento jurídico en las Españas [53].

El impacto de donde alborea nuestro renacimiento jurídico acógelo el primero el catedrático de Cánones en la Universidad de Salamanca Juan López de Palacios Rubios († 1524), el castizo redactor del *Tratado del esfuerzo bélico-heroico*, en varios escritos, cual el *Libellus de Insulis Oceanis quas vulgus Indias apellat*, poco ha editado en versión castellana por Silvio Zavala y Agustín Millares Carlo [54]. Siendo de notar que ya, desde este primer tratadista, aparecen justificados los señoríos indianos y la posesión justa de los reinos allí establecidos a fuer de legítimos «dueños de sus tierras y residencias» [55]; de suerte que Palacios Rubios merece ser loado por algo más que por lo que le ensalzó Vicente de la Fuente en *Palacios Rubios. Su importancia jurídica, política y literaria*, en cuanto primer abolicionista de la esclavitud en las Indias [56]; pues, con aliento y modos renacentistas, resuelve el problema nuevo con la solución que desarrollará luego ampliamente Francisco de Vitoria: con el reconocimiento de un orden político basado en la naturaleza humana, válido por sí mismo ante las leyes positivas por fundarse en la ley natural.

En la misma línea apúntase el dominico Matías de Paz († 1519), catedrático de Prima de Teología en la Universidad de Valladolid, en el *De dominio Regum Hispaniae super Indos* [57], y ésa va a ser la tónica recogida por Francisco de Vitoria. Todos calzando el argumento de que existe determinado orden de cosas políticas que responde a un derecho natural asentado sobre la naturaleza humana, válida para hontanar de Derecho por sí misma en cuanto creada por Dios e independientemente de las perfecciones con que pueda acrecentarla la gracia de la revelación de Jesucristo.

Argumento que es también el eje de las doctrinas esgrimidas contra el pesimismo antropológico luterano, reductor del derecho natural a la ley revelada a fuer de negador de toda virtud a la naturaleza caída en el pecado. Lo que Roger Labrousse en el *Essai sur la philosophie politique de l'ancien Espagne, Ensayo sobre la filosofía política de la España antigua*, calificó de afirmación de cierto «ordre de la nature», distinto bien que sujeto a la perfección con que le completa el «ordre de la grâce» [58]. La defensa de un orden natural, manifestado en la naturaleza de las cosas según los dictámenes de

52. Madrid, Imprenta La Rafa, 1933, pág. 9.
53. Milano, A. Giuffré, 1951, págs. 22 y 23.
54. México, Fondo de Cultura Económica, 1954.
55. Juan López de Palacios Rubios: *Del dominio de los Reyes de España sobre los indios*, 43.
56. Separata de la *Revista de legislación y Jurisprudencia*, de 1869, pág. 36.
57. Editado por el padre Vicente Beltrán de Heredia en el *Archivum Fratrum Praedicatorum* de Roma, III (1933), 137-179.
58. Paris, Sirey, 1938, pág. 9.

la razón humana, autónomo respecto a la gracia en tanto no sea perfeccionado por ésta, es el arma manejada el 26 de octubre de 1547 por Diego Laínez aclarando en la iglesia de Santa María de Trento los yerros del predestinacionismo luterano; al par que es la idea central en la que los juristas hispanos cifrarán la afirmación de la existencia de un derecho natural aplicable a los indios origen del hallazgo de lo que hoy denominamos derecho internacional. La desvalorización del hombre obrada por el protestantismo tendrá su réplica en la consideración del hombre como ser libre y racional según los juristas españoles clásicos; que a la bárbara agonía tiránica de la antropología protestante replicarán con la misma noción central con la que habían justificado el orden jurídico de las sociedades indígenas de América: con la ley natural entendida tal como la había entendido Santo Tomás de Aquino. Cumpliendo así la nota típica del renacimiento jurídico español: resolver las nuevas cuestiones utilizando los criterios de los magnos teólogos del siglo XIII, y en especial de Santo Tomás de Aquino.

Es de subrayar este dato, pues modernamente no ha faltado quien viera en esta afirmación del orden de la ley natural como distinto, aunque unido, al orden de la gracia los motivos del apartamiento de los clásicos hispanos del pensamiento del Aquinate; así Michel Villey en *La formation de la pensée juridique moderne, La formación del pensamiento jurídico moderno,* define a esta tesis hispana por eco nominalista, separada del legado de Santo Tomás [59]; así Franco Todescan ha compuesto en *Lex, natura, beatitudo. Il problema della legge nella Scolastica spagnola del sec. XVI, Ley, naturaleza, felicidad. El problema de la ley en la Escolástica española del siglo XVI* [60], alegato documentadísimo en que prueba que los clásicos hispanos separaron al orden jurídico fundado en la naturaleza racional del orden de la gracia; con el yerro de pensar era novedad porque tal separación no se daba, como sin embargo se da, en santo Tomás de Aquino. Pues la originalidad del renacimiento jurídico español, sin duda tomando por eje la afirmación de la vigencia de la naturaleza racional del hombre para fuente del Derecho, no consistió, a tenor de lo que opinan Villey y Todescan, en apartarse de las directrices sentadas por Santo Tomás de Aquino; sino en aplicar aquellas directrices a las dos grandes novedades de la época: los principados indianos y la herejía protestante; la última significando de paso la quiebra del ordenamiento político de los siglos medios alrededor del Imperio de Occidente. Es único y solo el argumento para resolver las cuestiones del mundo nuevo de Indias, para combatir a Lutero, para ordenar la Cristiandad una vez desaparecido el Imperio de hecho y para lo que bellamente ha llamado Manuel Fraga Iribarne en el estudio preliminar a su versión de *Los seis libros de la Justicia y del derecho* de Luis de Molina, «aplastar la osadía de los tiranuelos protestantes, que levantaron sus cortes sobre las ruinas del Sacro Imperio Germánico, con el dinero y las tierras robadas a la Iglesia» [61].

Superando el agustinianismo, Santo Tomás, en efecto, negó la absorción del orden natural por el sobrenatural, con originalidad que es una de las glorias de su pensamiento; afirmando la existencia propia de una naturaleza humana dotada de exigencias peculiares con sus leyes y sus propiedades, sujeta es cierto a las quiebras del pecado y a los apoyos perfeccionadores de la gracia; definida a tenor de lo que expresó en la *Summa theologica* se-

59. M. VILLEY: *La formation de la pensée juridique moderne,* 353.
60. Padova, Cedam, 1973.
61. Madrid, Imprenta de José Luis Cosano, I (1941), 89.

cunda secundae, CLXIV, 1, ad primum: «naturale dicitur quod ex principiis naturae causatur».

Para Santo Tomás lo natural mana de la naturaleza, así entendida en dos maneras: por la vía del conocimiento o según los impulsos ciegos que en la naturaleza anidan. En la *Summa theologica* prima secundae, LXIII, 1, y XCV, 1, hácese eco de lo que escribiera en la LXI, 3, respondeo, donde certificó la vinculación de lo natural a la esencia de los seres, en el derecho al ser humano, en los dos modos del completamiento de la naturaleza sin operación alguna de virtud aprehensiva y de completamiento de la naturaleza por acto de aprehensión: «Respondeo dicendum quod aliquis motus dicitur naturalis, quia ab ipsum inclinat natura. Sed hoc contingit dupliciter. Uno modo, quod totum perficitur a natura, absque aliqua operatione apprehensivae virtutis: sicut moveri sursum est motus naturalis ignis, et augeri est motus naturalis animalium et plantarum. Alio modo dicitur motus naturalis, ad quam natura inclinat, licet non perficiatur nisi per apprehensionem», cual es el caso de los actos de la virtud gnoscitiva y apetitiva, que son los que afectan a la naturaleza humana desde el punto de mira jurídico.

Contra lo que después teorizará Lutero en afirmar que la naturaleza humana perviértese hasta el aniquilamiento de toda capacidad de virtud a causa del pecado, Santo Tomás, adelantándose a sus seguidores los clásicos de las Españas, mantendrá la intangibilidad del orden de la naturaleza aun después del pecado. Los artículos 1 y 2 de la cuestión LXXXV de la prima secundae de la *Summa theologica* manifiestan que el pecado no disminuye el bien del orden de la naturaleza y que el orden natural no es destruido por la culpa; pues el «bonum naturae humanae» subsiste en la inclinación natural del hombre hacia la virtud (artículo 1, respondeo), sin que el «primum igitur bonum naturae nec tollitur nec diminuitur per peccatum» (ibidem). Pues, remacha en la primera parte, XCVIII, 2, respondeo, aquello que es natural en el hombre ni se le añade ni se le quita por el pecado: «ea enim quae sunt naturalia homini neque subtrahuntur neque dantur homini per peccatum».

Por supuesto que el orden de la naturaleza no es perfecto, porque la perfección le viene de la gracia; mas la gracia perfecciona, nunca anula ni suplanta a la naturaleza, como luego sostendrá Martín Lutero. «Cum enim gratia non tollat naturam, sed perficiat» es lema desde los inicios de la *Summa theologica,* inscrito en la prima pars, I, 8, ad secundum. Nadie estampó con tamaña claridad la caracterización de un orden natural humano, con arreglo a la condición racional y libre del hombre, perfeccionable por la gracia, pero distinto de ella.

Las consecuencias para el Derecho son evidentes: la vigencia de los sistemas jurídicos basados en la ley natural, en la naturaleza del hombre, aunque sus autores no se hallen perfeccionados por la gracia ni iluminados por la revelación cristiana; doctrina de donde fluye el entero pensamiento de Francisco de Vitoria y de los demás clásicos hispánicos, por Santo Tomás deducida con claridad pareja a como ellos la aplicaron a las novedosas realidades surgidas en el siglo XVI. Santo Tomás ya aseguró la obligación de obedecer a las potestades seculares, aun no asistidas por la revelación cristiana, en virtud de la vigencia del orden de la naturaleza; en la *Summa theologica,* secunda secundae, CIV, 6, respondeo, consta que «ius autem divinum, quod est ex gratia, non tollit ius humanum, quod est ex naturali ratione». Después de leídos estos textos clarísimos, no veo yo cómo puedan tenerse

en pie las opiniones de Michel Villey o de Franco Todescan contemplando en las afirmaciones de un orden jurídico natural hechas por los clásicos hispanos el menor apartamiento del pensamiento de Santo Tomás de Aquino.

Tanto más que en ellos repercute la constante subordinación del orden jurídico natural, imperfecto pero perfeccionable, al orden sobrenatural instituido por la gracia y la revelación. Lo que Santo Tomás establece en la *Summa theologica* prima secundae, XXI, 4, a este respecto, síguenlo unánimemente los pensadores clásicos de las Españas.

Francisco de Vitoria es resonancia de Santo Tomás. Verdad es que aparecen problemas nuevos, pero resuélvelos según la orientación tomista. Lo novedoso suyo está en encararse con las cuestiones candentes y en el método para resolverlas, no en los postulados capitales. El carácter de «Praktiker» que le asigna H. Kipp en *Moderne Probleme des Kriegsrecht in der Spätscholastik. Eine rechtsphilosophische Studie über die Voraussetzungen des Rechtes zum Kriege bei Vitoria und Suarez, Modernos problemas del derecho de la guerra en la Segunda Escolástica. Estudio filosófico-jurídico sobre los presupuestos del derecho a la guerra en Vitoria y en Suárez* [62]; aquel transformar su cátedra de teología en tribunal donde examinar los extremos que apasionaban a la opinión de las gentes de la época, en el decir de Camilo Barcia Trelles en *Francisco de Vitoria et l'école moderne du droit international, Francisco de Vitoria y la moderna escuela del derecho internacional* [63]; que no sea puro teórico, mas aténgase a la realidad concreta viva, en la apreciación de Hubert Beuve-Méry en *La théorie des pouvoirs publics d'après François de Vitoria et ses rapports avec le droit contemporain, La teoría de los poderes públicos según Francisco de Vitoria y sus relaciones con el derecho contemporáneo* [64], por mencionar algunos juicios acerca de las innovaciones vitorianas, reflejan una actitud oportuna, sin menguas de la solidez de su tomismo inquebrantable. Si Vitoria no siente temblores en negar el señorío universal del papa o del emperador, liquidando la teocracia pontificia y admitiendo la evidente quiebra del Imperio, como son méritos que le adjudica en justicia Pierre Mesnard en *L'essor de la philosophie politique au XVI^e siècle, El arranque de la filosofía política en el siglo XVI* [65]; y si su noción del orden jurídico del orbe no es ya la de la Cristiandad labrada alrededor del Papado y del Imperio, como anota Alois Dempf en *La filosofía cristiana del Estado en España* [66], su argumentación es la misma que la de Santo Tomás, aunque expuesta de manera diversa, diga lo que quiera Carl Schmitt en *La justificación de la ocupación de un Nuevo Mundo (Francisco de Vitoria)* [67]. Hay, sí, el método nuevo que puntualizó el insigne dominico Vicente Beltrán de Heredia en *Orientación humanística de la teología vitoriana* [68]; mas las ideas que aplica en esa remozada metodología son las que había anticipado Santo Tomás de Aquino: las de la vigencia del orden jurídico cimentado en la condición libre y racional del hombre por el mero hecho de ser hombre.

Que es de donde deduce el Derecho que a los indios asiste a poseer ha-

62. Paderborn, 1935, pág. 13.
63. En el *Recueil de cours* de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, XVII (1928), 128.
64. Paris, Spes, 1928, pág. 32.
65. P. MESNARD: *L'essor*, 466-468.
66. Excelente versión de JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ PANIAGUA. Madrid, Rialp, 1961, pág. 91.
67. Separata de la *Revista Española de Derecho Internacional*, II (1940), 14.
68. En *La ciencia tomista*, LXXII (1947), 17.

ciendas, la legítima autoridad de sus señores y la gobernación propia que tienen. Tan tomista que el entero párrafo 7 de la *Relección primera sobre los indios* no pasa de ser el desarrollo de la doctrina del orden jurídico natural expuesta por Santo Tomás de Aquino.

Doctrina común a la totalidad de nuestros clásicos. La sustenta Tommaso de Vío (1468-1534), el cardenal Cayetano de la Gaeta del Nápoles hispánico, auténticamente tomista al concebir la distinción entre las perfecciones naturales y sobrenaturales del hombre, como concluye el jesuita Juan Alfaro en la excelente monografía *Lo natural y lo sobrenatural. Estudio histórico desde Santo Tomás hasta Cayetano (1274-1534)* [69]; en postura que, cual confiesa Franco Todescan, sirve de inicio a la de los clásicos hispanos [70]; en el *Comentario a la Secunda secundae*, LXVI, 8, 1, Tommaso de Vio mantiene la justicia del orden jurídico de los infieles apoyándose en las tesis tomistas expresamente citadas.

No de otra guisa por su parte Domingo de Soto en el *De iustitia et iure* IV, 4, 1, comentando a la *Epístola a los Romanos* de San Pablo concluye lo mismo en los siguientes términos: «Neque vero potestates tantum christianorum Principum: verum est quae sunt penes infideles, a Domino Deo sunt; quia fides naturam non destruxit, sed perficit. Et per illas potestates gubernare possunt plebes in his quae sunt naturalis iuris». Teniendo presentes los problemas suscitados por el descubrimiento de América, como señalan Jaime Brufau Prats en la *Introducción* a su cuidada edición de la *Relección «De dominio»* [71] y Alfonso Zahar Vergara en *La filosofía de la ley según Domingo de Soto* [72], merced al realismo sotiano subrayado por Francisco Puy Muñoz en el estudio introductorio a la edición del *De legibus* según el manuscrito Ottobiano número 782 [73]. Es que Domingo de Soto, en la acertada tipificación de Jaime Brufau Prats en *El pensamiento político de Domingo de Soto*, constituye la encarnación del tomismo en los días del Renacimiento [74]. También en Soto la consideración del orden jurídico fundado en la naturaleza humana sirve de fundamento a las concepciones del Derecho, repitiendo en el plano del Derecho la postura antiprotestante que simboliza su *De natura et gratia*, de creer a su mejor biógrafo, al padre Vicente Beltrán de Heredia en *Domingo de Soto. Estudio biográfico documentado* [75].

Daría en tarea inacabable mostrar cómo el postulado tomista de la existencia de un orden jurídico natural, subordinado aunque distinto del orden sobrenatural, es el cimiento de la filosofía y de la ciencia del Derecho. Bartolomé Medina (1528-1580) reitera las posturas de Tommaso de Vío en los *In primam secundae commentaria* III, 8. Luis de Molina (1535-1600) aplícalo a los indígenas americanos en la *Concordia liberi arbitrii cum gratiae donis, divina praescientia, providentia, praedestinatione et reprobatione ad nonnullos primae partis D. Thomas* artículos XIV, 3, 3; pues Luis de Molina considera la felicidad natural terrena resultado de la adecuada aplicación de la autonomía del orden natural tomista, cual apunta Johann Kleinhappl en *Der Staat bei Ludwig Molina, El Estado en Luis de Molina* [76]. Y Francisco Suá-

69. Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1952, pág. 412.
70. F. Todescan: *Lex, natura, beatitudo*, 40.
71. Granada, Universidad, 1964, pág. 5.
72. México, Jus, 1946, pág. 13.
73. Granada, Universidad, 1965, pág. LXV.
74. Salamanca, Universidad, 1960, pág. 10.
75. Madrid, Cultura hispánica, 1961, pág. 167.
76. Innsbruck, Felician Rauch, 1935, pág. 22.

rez en el *De ultimo fine hominis* IV, 3, 4, acomoda la capacidad a la naturaleza de manera permanente, «quia nunc est eadem natura», abriendo la posibilidad de asumir a la naturaleza histórica concreta para fundamento del Derecho.

Arrancando de la dimensión peculiar de la naturaleza humana racional y libre, con matices diferentes los clásicos hispanos construyeron las réplicas a las dos cuestiones que acuciaban a los juristas del siglo XVI: el nacimiento de un orden universal de pueblos, secuela de la desaparición del orden medieval centrado en la superioridad del Imperio, así como la entrada en escena de gentes con instituciones cuya razón de ser estaba ceñida a las exigencias de la pura razón del hombre; y la salvación del derecho natural, radicado en la naturaleza humana libre, contra los asaltos de aquella barbarie luterana aniquiladora teológicamente del yo, que concluía por abandonarlo al desamparo del arbitrio de aquellos jueces y de aquellos gobernantes para Calvino irresistibles ejecutores de la voluntad divina en las relaciones sociales y jurídicas. Tarea hazañosa fue, y merced a ella no se obscureció el sol de la libertad en Occidente. Sobre la autonomía del orden natural, rendido pero no aniquilado por la revelación divina, hubo un derecho natural por encima del derecho positivo dentro de los pueblos y hubo un derecho de gentes para reglar las relaciones entre los pueblos. Jamás se agradecerá bastante a nuestros clásicos hispanos esta mesura, entrañablemente tomista en definitiva, con la que el equilibrio ponderado de la libertad teológica con la Omnipotencia divina arrancó a los humanos de las angustias teológicas del predestinacionismo, al mismo tiempo que permitió la definición de un Derecho cincelado en la objetividad de la naturaleza humana. El objetivismo característico de todos ellos es objetivismo en dos sentidos: en el del Derecho como objeto de la justicia, armonizando lo estático u objetivo con lo dinámico o subjetivo, según bien vio Ramón Maciá Manso en *Derecho y justicia en Suárez*[77]; y la objetividad en la serenidad de los razonamientos, en medio de las apasionadas discusiones con que se enardecían los contradictores disputando materias tan candentes, la serenidad que admiró el cardenal Joseph Höffner en *La ética colonial española del siglo de Oro*[78]. Es en semejante defensa del hombre contra los excesos luteranos donde reside aquella que, con frase feliz, apellidó Giovanni Ambrosetti en *La filosofia delle leggi di Suarez, La filosofía de las leyes de Suárez,* la secreta riqueza de la filosofía escolástica hispánica[79]. El secreto de una fecundidad que entre nosotros se perdió desde que dimos en importar modas extrañas con olvido de las enseñanzas que ellos nos legaron.

d) No hubo rama del saber jurídico en la que no gobernaran las ideas de nuestros clásicos. En dos monografías espléndidas Ernst Reibstein ha mostrado los reflejos de Fernando Vázquez de Menchaca sobre Grocio, en *Die Anfänge des neuen Natur- und Völkerrechts. Studien zu den «Controversiae illustres» de Fernandus Vasquius (1559), Los comienzos del derecho natural e internacional, Estudios acerca de las «Controversias ilustres» de Fernando Vázquez de Menchaca (1559)*[80]; y lo mucho que debe Johannes Althaus a los escritores hispanos en *Johannes Althusius als Fortsetzer der Schule von Salamanca, Juan Althaus como continuador de la escuela de*

77. Granada, Universidad, 1968, pág. 51.
78. Madrid, Cultura Hispánica, 1967, pág. 329.
79. Roma, Studium, 1948, pág. VII.
80. Bern, Paul Haupt, 1949.

Salamanca[81]. De Martín de Azpilcueta y Diego de Covarrubias nacen las doctrinas monetarias modernas, muestra Marjorie Grace-Hutchison en *The School of Salamanca, La escuela de Salamanca*[82]. El derecho de seguros asoma con el portugués Pedro de Santarem Santerna, cual ha probado Moses Bensabat Amzalak en las monografías *Pedro de Santarem Santerna, jurisconsulto portugués do século XVI*[83] y *Os seguros segundo Pedro de Santarem, jurisconsulto portugués do século XVI*[84]... Harían falta muchas páginas para tasar la multiplicidad de las teorías o sus reflejos ulteriores. Supla el lector lo que la forzada brevedad impide añadir aquí.

No suele Dios regalar dos días de grandeza a unas mismas gentes, y por eso puede darse por imposible repítase aquel Renacimiento jurídico hispánico, salvador del hombre y de la dignidad del hombre contra el protestantismo, abridor de senderos en el Derecho y en las ciencias paralelas, hacedor de la oportunidad de los saberes jurídicos en la jerarquizada ordenación de anteponer los teológicos y filosóficos a los técnicos. Bastaría este último rasgo para tasar en méritos insignes el pensamiento jurídico de los clásicos hispanos. Porque después de ellos, y a causa de los desequilibrios empollados en las extremosas construcciones dimanadas del protestantismo, la jerarquía de los saberes jurídicos se rompe, andan a la greña voluntarismo exacerbado y racionalismo seco. Desde sus sistemas para acá la historia de los saberes jurídicos consistirá en el relato del imposible anhelo de restablecer aquella trama escalonada de saberes del Derecho por nuestros clásicos tallada con tanta maestría que, después de ellos, no ha sido hacedero reconstituirla. De ahí que los sistemas de los clásicos españoles sean algo más que un momento en la trayectoria de los saberes jurídicos; son el postrer logro feliz de una sistemática equilibradamente exacta.

81. Karlsruhe, C. F. Müller, 1955.
82. Oxford, at the Clarendon Press, 1952.
83. Lisboa, sin nombre de editor, 1914.
84. Lisboa, A Editora Limitada, 1917. Sobre todo en las páginas 29-30.

20. *La quiebra de la sistemática hispánica: Hugo de Grocio*

Acendrados por el poderoso hálito del tomismo, pese a la multiplicidad de sus posturas particulares, los grandes clásicos jurídicos de las Españas contestaron a las exigencias del Renacimiento con membrado cuerpo de doctrina; afirmaron la energía de la naturaleza racional y libre del hombre; sirviéronse de ella para concluir concepciones del Derecho afincadas en la condición humana, no corrompida a lo luterano por el pecado en extremos de anulación de las capacidades que Dios le dio al crearla; resolvieron la triple problemática de las realidades jurídicas de los pueblos paganos del Nuevo Mundo, la caída del Imperio y la anulación del derecho natural a manos de Lutero y de Calvino; subrayando siempre que el destino último del hombre es el de la salvación eterna, que los bienes terrenales únicamente valen en función del destino ultraterreno del hombre, que la naturaleza —no anulada, pero sí imperfecta— se perfecciona con la gracia divina; y que la ley revelada júntase con la ley natural, a través de la cual la razón del hombre participa de la ley eterna regladora del orden universo. Conjunto compacto de doctrinas, ordenadas en la superioridad de los saberes filosóficos y teológicos sobre los técnicos, estableciendo nociones del Derecho que traían a las circunstancias del siglo XVI las ideas de permanente solidez elaboradas por los magnos escolásticos del siglo XIII. Lo maravilloso de aquellos equilibrios doctrinales adquiere méritos cuando se le compare con los sistemas posteriores, empezando por el del holandés Hugo van Groot, latinizado Hugo Grocio (1583-1645).

Acerca de Grocio se han emitido las opiniones más dispares, a tono con la vistosa diversidad de sus actividades, justas unas, desacertadas otras, como suceder suele. Errado es afirmar que Grocio renovó la Jurisprudencia por haberla proporcionado base filosófica como asegura Paul Janet en la conocida *Historia de la ciencia política en sus relaciones con la moral*[1]; porque eso era precisamente lo que obraron Santo Tomás y los clásicos hispanos; en ese sentido no es lícito decir abre nueva época, cual con deliberada ignorancia de los precedentes nuestros asentó Adam Friedrich Glafey en la *Vollständige Geschichte des Rechts der Vernunft, Historia completa del derecho racional*[2]. Tampoco es lícito afirmar depende servilmente de los españoles, o sea de Francisco de Vitoria en la opinión de Federico Puig Peña en *La influencia de Francisco de Vitoria en la obra de Hugo Grocio*[3]; o de Fernando Vázquez de Menchaca, según postula Ernst Reibstein en *Die Anfänge des neuern Natur- und Völkerrechts. Studien zu den «Controver-*

1. Versión castellana. Madrid, Daniel Jorro, dos tomos. Cita al II (1910), 310.
2. Leipzig, Christoph Riegel, 1739, pág. 111.
3. Madrid, Tipografía de Archivos, 1934.

siae illustres» de Fernandus Vasquius (1559), Los comienzos del derecho natural. Estudios acerca de las «Controversias ilustres» de Fernando Vázquez de Menchaca (1559) [4]. Pues si bien acopia incontables materiales, la obra de Hugo Grocio nace de motivaciones asaz dispares de las que suscitaban a los hispánicos, los cuales son aprovechados al servicio de una intención cultural harto distinta; siendo, eso sí, conocidos y citados en la excepcional medida en la que Grocio conocía los libros de su tiempo, un tiempo en el cual los españoles eran los escritores más leídos y conocidos en el mundo; no debiéndose confundir las eruditas coincidencias en la talla de las piedras con la sistemática y el alcance de la totalidad de los sistemas. Es exagerado definirle por un miembro más de la escuela española de derecho natural, al modo de James Brown Scott en *Francisco Suárez. His philosophy of Law and of sanctions, Francisco Suárez. Su filosofía del derecho y de las sanciones* [5]; aunque pudieran encontrarse para cada una de sus tesis precedentes hispanos, y no solamente en el ámbito del Derecho; en *Hugo de Grott als verdediger des Christendoms beschouwd. Een litterarisch-apologetische proewe, Hugo Grocio considerado como defensor del Cristianismo. Una demostración literario-apologética*, T. C. L. Wijnmalen probó que la concepción grociana de la Iglesia fúndase en los escritos de Raimundo de Sabunde y de Luis Vives [6]. Tampoco puede ser recortado a la imagen de un escolástico tardío, como supone mi admirado amigo Eustaquio Galán Gutiérrez en su *Jus naturae* [7], porque lo que cuenta en Grocio es el concierto sistemático, más que la originalidad o no de las fuentes; bien lo vio Antonio Rosmini en la *Filosofia del diritto* al puntualizar que las ideas por Grocio sustentadas ya existían, faltando lo que él hizo: agruparlas en tratado sistemático y en libro adrede: «ma non erano compaginate in un libro separato, mancava la forma libraria, per cosí dire, l'arte di fare i libri, ecco ciò che rimaneva indietro non la scienza stessa» [8]. Tampoco merece Grocio el desprecio con que Voltaire le trata, a fuer de «très bon homme» dedicado a acumular opiniones ajenas sin aportar nada de personal cosecha: «les compilations de Grotius ne méritaient pas le tribut d'estime que l'ignorance leur a payé. Citer les pensées des vieux auteurs qui ont dit le pour et le contre n'est pas penser», léese en *L'A. B. C., ou dialogues entre A, B, C, traduits de l'anglais par M. Huet*, de 1768 [9]; porque Grocio fue, sí, erudito cual pocos en su siglo, conocedor del latín, del griego, del hebreo, del castellano y de otras lenguas modernas, que procura aderezar lo que piensa con acopio de apoyos en lecturas; es lógico aburriese a Voltaire, quien al leerle siéntese «souvent ennuyé» [10]; pero es que se trataba de dos actividades distintas: la seriedad del hombre de ciencia y la ironía burlona del literato.

Tales cosas, y otras muchas, que sobre Grocio se han escrito, resultan de no haber tomado en cuenta dos rasgos de su personalidad: primero, que fue sobre todo teólogo, mucho más que jurisconsulto, y que sus conclusiones en la cuestión de los saberes jurídicos dependen de su teología; segundo, que el programa de su vida entera consistió en procurar la unidad de los cristianos y en combatir los excesos trágicos del calvinismo. Para entender a

4. Bern, Paul Haupt, 1949.
5. En el *Georgetown Law Journal*, XXII (1934), 407.
6. Utrecht, W. F. Dannenfelser, 1869, págs. 86-93.
7. Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1954, pág. 242.
8. Napoli, C. Battelli, dos tomos. Cita al I (1844), 24.
9. En las *Oeuvres complètes*. Paris, L. Hachette, caurenta y cinco tomos. Cita al XXVIII (1869), 87.
10. VOLTAIRE: *L'A, B, C*, 85.

Grocio hay que diputarle por pensador en materias religiosas que trata de romper la cadena brutal de la cerrada predestinación tal como la entendiera el calvinismo.

A esta perspectiva por mí propugnada opónense varias dificultades. Una entre ellas la polifacética actividad grociana. G. Stadtmüller en *Das abendländische Bewusstsein, La Conciencia occidental*, significó hay que tomarle como el conjunto de sus acciones de jurista, teólogo, poeta, historiador, político y diplomático sin quedarse en ninguna de ellas en particular [11]; a todas las cuales añade T. M. C. Asser en su *Hugo Grotius* la de perito en las ciencias naturales [12]. Poeta lo fue insigne en latín y en holandés, cual tasó P. Hofman Peerlkamp en el *Liber de vita, de doctrina et facultate Nederlandorum, qui carmina latina composuerunt, Libro de la vida, doctrina y méritos de los holandeses que versificaron en latín* [13]. Su dominio de lenguas era tan ancho y tan profundo que no ha faltado quien estima que lo que fue de veras es filólogo; tal P. C. Moolhuysen en *De Briefwisseling van Hugo Grotius, La correspondencia de Hugo Grocio* [14]. Por lo que toca a jurisconsulto ha sido estimado generalmente, siendo lugar común la opinión de que fundó al derecho internacional ya desde mucho tiempo, al menos desde que lo expresó Diederich Heinrich Ludwig Freyherr vom Ompteda en la *Litteratur des gesamten sowohl natürlichen als positiven Völkerrecht, Literatura de todo el derecho internacional, tanto natural como positivo*, en 1785 [15]. Siendo merced a esta faceta de jurisconsulto por la que generalmente se le estima.

No obstante, Grocio ocupóse de la jurisprudencia ejerciendo la abogacía por motivos de resolver las necesidades económicas, no porque le pluguiese mucho la profesión de abogado. Ya lo notaron los viejos biógrafos, como Hendrik Luden en su *Hugo de Groot, uit zijne lotgevallen en schriften, Hugo de Grocio según sus avatares y escritos* [16]; sus trabajos en el foro, incluido el informe acerca del derecho de presas marítimas, nacen fruto de las circunstancias, no de la vocación. En el estudio *Un unpublished work of Hugo Grotius, Una obra inédita de Hugo Grocio*, Robert Fruin recoge cierta carta fechada en 21 de junio de 1603 en la cual quéjase a su amigo Daniel Heinsius, profesor en la Universidad de Leiden, del inútil y sin gloria menester del abogado [17]; así como aquel trecho del libro *Sacra in quibus Adamus exul tragoedia aliorumque eiusdem genesis carminum cumulus*, en que advierte al lector cuán preferibles son los estudios de las letras latinas al papeleo del bufete [18]. Lo que produjo como abogado hízolo al giro oportunista de las circunstancias. Incluso su primer escrito de transcendencia jurídica, el *De mare liberum sive de iure quod Batavis competit ad indicana commercia dissertatio, Disertación del mar libre o del derecho de los bátavos al comercio índico* [19], sola parte publicada en vida del *De jure predae commentarius, Comentario al derecho de presa* [20], es tan oportunista que lo que allí sostuvo

11. Nürnberg, Görres-Bibliothek, 1951, pág. 20.
12. En *De Gids* (*El guía*), de abril de 1883. Recogido en *Hugo Grotius* (1625-1925). Leyde, A. W. Sijthoff, 1925, págs. 10-17. Cita a la pág. 11.
13. Segunda edición. Haarlem, 1838, págs. 327-332.
14. Separata de las *Mededeelingen der Koninklijke Akademie van Wetenschappen*. Afdeeling Letterkunde, LXVI (1928), 7.
15. Regensburg, bey Joh. Leop. Montagsel. Erben, 1785, pág. 247.
16. Te Leeuwarden, bij Steenberger van Toor, 1830, pág. 23.
17. De 1868, recogido en la *Biblioteca Visseriana*. Lugduni Batavorum, E. J. Brill, 1925, páginas 1-14. Cita a la pág. 36.
18. Hagae Comitatensi, ex typographeio Alberti Henrici, 1601, al final.
19. Lugduni Batavorum, ex officina Ludovici Elzevirij, 1609.
20. Editado entero por H. G. HAMAKER en La Haya, Martin Nijhoff, 1968.

rectificólo en 1625 y en 1637, como subraya Frans de Pauw en *Grotius and the Law of the sea, Grocio y el derecho del mar* [21]; confiésalo el mismo Grocio en la carta fechada en 20 de mayo de 1637 cuando delata haber actuado en sus actividades de abogado llevado únicamente de su fiera pasión hacia la patria, más que del sereno cultivo de la ciencia [22]. Ciertamente los trabajos de Grocio como abogado no sirven para dar medida de su personalidad; lo que vale en cuanto jurista es a causa de haber proyectado la filosofía sobre el Derecho, por haber saltado por encima de la menudez casuística en el esfuerzo de derivar al Derecho desde más elevados hontanares filosóficos y teológicos.

Recalco lo de teológicos. Como vamos a ver, la obra jurídica de Grocio no es más que la transposición a las materias del Derecho de las conclusiones a que había llegado en teología. Porque el meollo de su pensamiento está en la teología, siendo los matices de sus saberes jurídicos aplicación de sus ideas teológicas. El Grocio teólogo es lo que explica al Grocio jurista, y no al revés.

En *Hugo de Groot, het delftsch Orakel, Hugo Grocio, el oráculo de Delft*, puso de relieve A. Hallema la riqueza de conocimientos teológicos de Grocio en el modo en que cita abundosamente y de primera mano con seguridad atinada que denota largo comercio con los libros de teología [23]. Eran sus aficiones las de varón de quien opina James Brown Scott en *Law, the State, and the international community, El derecho, el Estado y la comunidad internacional*, ser teólogo innato [24]. Lo que le acosó las entrañas del espíritu fue el fantasma del terror calvinista, los temblores de la condena eterna temerosa porque sí; procuró sin cesar escapar al apremio de la agonía de la cárcel teológica del inhumano calvinismo. La piedad fervorosa de que habla Joachim Schlüter en *Die Theologie des Hugo Grotius, La teología de Hugo Grocio* [25], es la postura mental definidora de su obra, incluso de su obra jurídica. Dícelo él mismo en *Ordinum Hollandiae ac Westfrisiae pietas, La piedad de los Estados de Holanda y de la Frisia occidental*, en 1613, al escribir que los saberes jurídicos son cojos y son mancos cuando no se fundan en la teología: «ipsa Jurisprudentia sine cognitione rerum non humanarum dumtaxat sed divinarum quoque manca est et mutila» [26]. Grocio jerarquiza los saberes, sometiendo el saber técnico del Derecho al saber filosófico y, más todavía, al saber teológico. La función del jurista es inferior a la del teólogo incluso en asuntos jurídicos; porque también aquí el teólogo enseña, mientras que el jurista argumenta y distingue; «illud docere theologi est, hoc discernere iurisconsulti»,...son sus palabras en las *Animadversiones in Animadversiones Andreae Riveti, Observaciones a las Observaciones de Andrés Rivet*, de 1642 [27]. Para Grocio todo problema jurídico es la secuela de otro problema teológico y el jurista ha de aprender del teólogo para resolverlo.

En teología es independiente, con independencia salpicada de afirmacio-

21. Versión inglesa. Gand, Snoeck-Ducaju, 1965, pág. 75.
22. Carta publicada por C. van VOLLENHOVEN en la pág. 541 del tomo I de los *Verspreide Geschriften* o *Escritos sueltos*. Haarlem-La Haya, H. Tjeenk-M. Nijhoff, 1934.
23. 's-Gravenhage, A. A. M. Stols, 1946, págs. 42-43.
24. New York, Columbia University press, dos tomos. Cita al I (1939), 521.
25. Göttingen, 1919, pág. 3.
26. En las *Opera theologica*. Amstelodami, apud haeredes Joannis Blaev, tres tomos. Cita al III (1679), 110 b.
27. H. GROCIO: *Opera theologica*, III, 644 a.

nes y actitudes que parecen contradictorias, pero que no son más que los pasos irregulares de su búsqueda por la verdad del cristianismo, con el resultado de su grandísimo respeto por cualquier corriente no calvinista, incluida la religión católica.

Por un lado, los textos de sus escritos teológicos parecen dar la razón a Hendrik Luden cuando asentó su radical protestantismo [28]. Dirá que la salvación pende de la fe al comentar el capítulo III de la *Epístola a los romanos* de San Pablo [29], pues «per fidem purgantur corda» [30]; frase repetida en 1641 en las *Annotata ad Consultationem Cassandri, Notas a la Consulta de Jorge Cassandro* [31]. La justicia nace de la fe, reiterará varias veces [32]; pues la justicia de la salvación no toca a los méritos de los hombres, sino a los que Dios otorga con arreglo a la fe, en las *Annotationes in Epistolam ad Romanos* [33], de suerte que «non est hoc negotio de quo agitur in hominis cujusque arbitrio, sed Dei» [34].

Lo que sucede es que en la salvación intervienen también las obras de los hombres. Grocio reniega del brutal calvinismo ciego y del luteranismo radical, negando las dos doctrinas cardinales de Lutero y de Calvino: la de la justificación por la fe sin consideración a las obras y la de que la predestinación condena o salva inexorablemente. En *De dogmatis quae Reipublicae noxia sunt aut dicuntur* coloca entre las doctrinas perniciosas que han de extirparse precisamente estos dos puntos fundamentales del protestantismo. En palabras literales, como anticristianas. «Cum vero Christiana fides cognitio sit ad pietatem spectans, ut Apostolus nos docet, interque ejus praecepta sit omne id quod ad bonorum civium officium pertinet, haud dubie opera danda est, ne qua dogmata irrepant aut moribus aut Republicae noxia. Inter ea duo a quibusdam praecipue notari solent, dogma contra liberum arbitrium, et dogma contra bona opera» [35]. Es un protestante que se aparta de los puntos básicos del protestantismo; es un protestante arminiano.

Cuando murió Jacobo Arminio (1560-1609), lamentólo Grocio en laudatorios versos. Su doctrina teológica era la de defender la predestinación condicionada a la conducta de los hombres, separando en Dios la presciencia del decreto predestinante; la universal validez para la totalidad de los humanos de los méritos de Jesucristo, con la posibilidad de que todos los hombres puedan valerse de ellos para la salvación eterna; la cooperación de cada hombre en su salvación y el aprecio de las buenas obras para tales logros. Esta será la doctrina de los remonstratenses, llamados así por la memoria o *Remonstratio* presentada a los letrados de Holanda exponiendo sus doctrinas. Combatidos por Francisco Gomar (1563-1641), encarnación del calvinismo intransigente, hubo reñida polémica en la que Grocio participó a fuer de una de las cabezas del bando arminiano; triunfante Gomar en el sínodo celebrado en Dordrecht en 1619, por sentencia del 18 de mayo de este mismo año Grocio fue condenado a prisión perpetua con confiscación total de sus bienes; acusado, según el texto de la sentencia, recogido por Gaspar Brandt, van Cattenburgh y los otros autores de la *Leven van Hugo de Groot, Vida*

28. HENDRIK LUDEN: *Hugo de Groot*, 334.
29. H. GROCIO: *Opera theologica*, II (1679), 698 a.
30. H. GROCIO: *Opera theologica*, II, 698 b.
31. H. GROCIO: *Opera theologica*, III, 628 b.
32. H. GROCIO: *Opera theologica*, II, 675 b, 698 a.
33. H. GROCIO: *Opera theologica*, II, 672 a.
34. H. GROCIO: *Opera theologica*, II, 729 b.
35. H. GROCIO: *Opera theologica*, III, 754 a.

de Hugo Grocio, de causar «generale perturbatie in den staat der Landen in 't Kerkelyke en Politieke»; de suerte que han causado «de Unie verbroken» [36]; de ocasionar perturbaciones generales en la Iglesia y en la república, rompiendo la unidad de ellas.

Es curioso que la condena venía justificada por aquello que Grocio más sentía en lo contrario, por lo que fue la incitación continua de su existencia: la unidad de los cristianos. Claro es que por él buscada en la armonía entre las distintas iglesias, bajo las premisas más moderadas y consoladoras del arminianismo. Porque Grocio hace suyas las doctrinas arminianas en los numerosos escritos de polémica religiosa que compuso sobre todo en el segundo decenio del siglo XVII.

Grocio mira salvar al hombre de la agonía de la predestinación inexorable mediante la reconciliación del ideal renacentista de la dignidad humana con la teología reformada, opina A. Corsano en *Ugo Grozio. L'umanista-il teologo-il giurista* [37], con olvido de que el ideal de la dignidad humana no era patrimonio de los renacentistas sino prenda de la libertad teológica inherente al pensamiento católico y soberbiamente defendida por los teólogos de Trento. De ahí la adhesión de Grocio al arminianismo y de ahí sus acercamientos a los católicos hispanos, supremos paladines de la dignidad y de la libertad del hombre. Para Grocio alcánzase la salvación con la caridad además de con la fe: «charitas cum fide: quae due junctae promissum habent vitae aeternae» en el comentario a la *Epístola a los efesios* [38]; en postura reiterada comenzando la *Epístola* de Santiago [39]. A sus ojos daría casi en blasfemia sospechar que Dios obliga a los hombres a pecar predestinándolos a obrar el mal; pues Dios puede permitir en sus inescrutables designios el pecado, mas no impulsar a cometerlo; las obras malas solamente pueden provenir del torcido uso de la libertad por el hombre, nunca del dedo de Dios [40]. Es absurda para él la predestinación absoluta [41]. Hay para Grocio libre arbitrio, dogma «perpetuo atque certissimo» en la *Disquisitio an pelagiana sint ea dogmata quae nunc sub eo nomine traducuntur*, de 1622 [42], porque la salvación se halla abierta a todos los hombres en cuanto partícipes de los méritos de Cristo [43]. Cierto que el libre arbitrio nada puede faltando la gracia [44]; pero ésa es doctrina sustentada también por los católicos, que deja abierta a la totalidad de los humanos la posibilidad de salvarse [45]. En su afán de combatir la predestinación protestante, Grocio reivindica la naturaleza humana al par de los clásicos hispanos y de Santo Tomás de Aquino. La propia terminología que emplea es tomista: la naturaleza no se salva sin la gracia, pero la gracia perfecciona a la naturaleza en las vías de la posible salvación. Comentando el capítulo XIX del *Evangelio* de San Mateo escribirá que la gracia actúa «ad perfectionem naturae» [46]; las obras son para la gracia «perficientur» en la glosa al capítulo I del *Evangelio* de San

36. Te Amsterdam, J. B. Elwé, 1793, págs. 136-137.
37. Bari, Laterza, 1948, pág. 144.
38. H. GROCIO: *Opera theologica*, II, 907 a.
39. H. GROCIO: *Opera theologica*, II, 1082 a.
40. H. GROCIO: *Opera theologica*, II, 451 a. III, 104, a.
41. H. GROCIO: *Opera theologica*, II, 616 a.
42. H. GROCIO: *Opera theologica*, III, 369 b.
43. H. GROCIO: *Opera theologica*, II, 729 a. También en 440 a.
44. H. GROCIO: *Opera theologica*, III, 703 b.
45. H. GROCIO: *Opera theologica*, I (1679), 589 b.
46. H. GROCIO: *Opera theologica*, II, 184 b.

Lucas [47]. Grocio coincide con los hispanos en la defensa de la libertad humana y en un concepto de la naturaleza del hombre no corrompida por el pecado; entre los católicos hispanos y Calvino, Grocio se halla más cerca de los nuestros.

Lo que acontece es que no se inclina en definitiva por ningún bando. Su sueño es una Iglesia abarcadora de la totalidad de los cristianos y es con vistas a ese objetivo con lo que formula su teoría dulcificada de la salvación eterna, rechazando los brutales excesos de la predestinación a lo Calvino. En la *Conciliatio dissidentium de re praedestinaria et gratia opinionum* confiesa propone sus teorías armonizadoras con vistas a la paz religiosa y a la edificación de la Iglesia una [48]. La *Via ad pacem ecclesiasticam* [49] es el programa de aproximaciones religiosas, cuya repercusión en el Derecho será la teoría de la sociabilidad y del amor entre los seres racionales que es el meollo del *De jure belli ac pacis.*

Lo dicho implica negar que Grocio tornase al catolicismo, pese a las simpatías católicas que en él reconoce Johan Huizinga en *Nederland's Beschaving in de zeventiende eeuw, La civilización holandesa en el siglo XVII* [50] y que por aquellos días arrastraba a la Iglesia de Roma al máximo poeta holandés de todos los tiempos, a Joost van den Vondel. Los datos que cosechó C. Broere en *De terugkeer van Hugo de Groot tot het katholieke Geloof, El retorno de Hugo de Grocio a la fe católica* [51], con ser en verdad incontrovertibles, muestran a mi ver coincidencia de ideas, pero no regreso al dogma católico. Lo que sí es claro es que estuvo más vecino del catolicismo que del calvinismo. Santo Tomás de Aquino sirvióle de inspiración, declara en carta a Benjamín Auber de Maurier en 12 de mayo de 1615 [52]. En el *Votum pro pace ecclesiastica contra Andreae Riveti,* de 1642, elogia a los jesuitas por su sabiduría y sus virtudes en términos altamente encomiásticos: «Jesuitarum societas intra hos annos centum, et quod excurrit, plures protulit viros in omni genere scientiarum eruditos, et eosdem vitae inculpatae, quam ulla alia» [53]. Niega sea el papa el Anticristo en el *Appendix ad interpretationem locorum N. Testamenti quae de Antichristo agunt, aut agere putantur,* viendo en aquellas exageraciones luteranas peligro para la concordia cristiana que le movía [54]. La ambición de la paz teológica entre los cristianos, excluidos los calvinistas, era su meta y para fundamentarla hubo de acercarse a la concepción católica del hombre, la de Santo Tomás de Aquino, la de los clásicos españoles y la de Trento. En varios de sus escritos como el *Votum pro pace ecclesiastica* [55], la *Via ad pacem ecclesiasticam* [56] o la *Rivetiani pro schismate contra Votum pacis facti discussio* [57], establece como de un lado coinciden la antropología católica y la de la Confesión de Augsburgo, bien que «commode explicata» [58], frente a las demasías del pre-

47. H. GROCIO: *Opera theologica,* III, 341 b.
48. H. GROCIO: *Opera theologica,* III, 354 b.
49. En *Opera theologica,* III, 353-550.
50. Cito por la versión italiana. Torino, Giulio Einaudi, 1967. Cita a la pág. 7.
51. Te 's-Gravenhage, bij Gebr. J. en H. Langenhuysen, 1856.
52. Publicada por HERBERT F. WRIGHT en la pág. 206 de *Some less known works of Hugo Grotius.* En la *Biblioteca Visseriana.* Lugduni Batavorum, E. J. Brill. VII (1928), 131 ss.
53. H. GROCIO: *Opera theologica,* III, 658 b.
54. H. GROCIO: *Opera theologica,* III, 483 a.
55. H. GROCIO: *Opera theologica,* III, 655 a.
56. H. GROCIO: *Opera theologica,* III, 541 b.
57. H. GROCIO: *Opera theologica,* III, 682 b.
58. H. GROCIO: *Opera theologica,* III, 740 a.

destinacionismo desolador teorizado por Calvino. Sin ser católico, su antropología se asimila a la católica.

Con esa antropología, que Giovanni Ambrosetti en *I presupposti teologici e speculativi delle concezioni giuridiche di Grozio, Los presupuestos teológicos y especulativos de las concepciones jurídicas de Grocio,* ha demostrado venía literalmente de Francisco Suárez [59], Grocio negaba al voluntarismo calvinista; mas el caso fue que, al negarlo, su antropología difería de la católica en la colocación del hombre en el universo. Para los escritores hispanos la vida terrenal era tránsito, período temporal destinado a ser plaza en la lucha para la salvación eterna; la existencia social era instrumento para el logro de la eterna bienandanza; no se agotaba en sí misma, ni era independiente, ni punto de referencia aparte; valía como medio terrenal para la resolución del eterno destino individual de cada hombre. El orden social para los escolásticos era secundario e inferior. El ser humano quedaba enmarcado en la dimensión de su destino transcendente. La tierra era un paso para el cielo y la sociabilidad un medio para el entero destino humano. El hombre concluía en Dios, la sociedad era medio para ese fin supremo.

Grocio, en cambio, en el prurito de oponerse a la negación calvinista de lo terrenal y al menoscabo de una existencia que no contaba para el destino último que de antemano la predestinación adjudicaba a cada hombre sin consideración para sus actuaciones en la vida social, tiende a supervalorizar la existencia terrena de los hombres. Olvida el destino de salvación y centra al Derecho en la estricta vida de aquí abajo. Ve al hombre como mera sociabilidad y nada más. La vida social vale por sí misma y en la vida social nace el Derecho sin necesidad de más apoyos ni consideraciones. Como ha escrito Paul Ottenwälder en *Zur Naturrechtslehre des Hugo Grotius, Para la teoría del derecho natural de Hugo Grocio,* mientras la Escolástica contempla al hombre dentro del orden total de la creación, Grocio lo mira tan sólo dentro del marco de la vida de convivencia en sociedad con otros hombres [60].

La definición del hombre como ser sociable y la fundamentación del Derecho en el apetito de sociabilidad es la consecuencia de este desplazamiento del nervio del problema antropológico a la dimensión terrenal del ser humano. «Inter haec autem, quae homini sunt propria est appetitus societatis, id est a communitatis, non qualiscunque, sed tranquillae», asienta en el *De iure belli ac pacis,* prolegomena, 6. El Derecho brota del cumplimiento del apetito de sociabilidad, no del equilibrio armónico del juego teológico del Creador legislador con la criatura libre. Hay que buscar al Derecho en el esquema de la sociedad que el hombre labra en virtud de su propia naturaleza; es el conjunto de reglas de la convivencia.

Puesto que el hombre es racional, corresponde a la razón humana descubrir tales reglas de convivencia en las que el Derecho consiste. El saber jurídico es saber filosófico, más que teológico, por tanto. En el afán de armonizar las distintas iglesias, Grocio ha tratado de atenerse a la naturaleza humana, exasperando sus capacidades mucho más allá del equilibrio de los clásicos hispanos, porque se atiene exclusivamente al hombre para que sea la razón humana la que descubra al Derecho en la vida de convivencia.

Las leyes jurídicas que del apetito de sociabilidad deduzca el hombre

59. Bologna, Nicola Zanichelli, 1955, pág. 110.
60. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1950, pág. 19.

son el derecho natural. En el *De iure belli ac pacis* I, X, 2, defínelo en consecuencia diciendo que «jus naturale est dictatum rectae rationis, indicans actui alicui, ex ejus convenientia aut disconvenientia cum ipsa natura rationali ac sociali, inesse morale turpitudinem, aut necessitatem moralem, ac consequenter ab auctore Deo talem actum aut vetari, aut praecipi». En la economía del conocimiento del Derecho la razón es omnipotente y Dios la sigue de modo ineludible. No se trata ya, como en Santo Tomás y en los escolásticos nuestros, de que la limitada razón humana participe limitadamente en el conocimiento de la ley eterna por Dios establecida; por el contrario, la razón humana carece de limitaciones, conoce sin límites qué sea el Derecho e interpreta sin frenos lo establecido por Dios. De un saber jurídico basado en una concepción teocéntrica del mundo pásase a un saber jurídico antropocéntrico. La razón humana es legisladora, no conocedora a secas del orden divino de los seres. Puesto que interpreta soberanamente la sociabilidad y en esa interpretación crea al Derecho, el Derecho nace de la razón humana independiente, no de la razón humana parcialmente conocedora de lo estatuido por la razón divina. Se ha roto el equilibrio teológico tomista e hispano para pasar a un antropocentrismo. La conclusión jurídica será que el orden social —único orden natural para Hugo Grocio— cobra vida independiente de Dios y será tal aunque Dios no existiese o no se ocupase de los avatares humanos.

Hay Derecho porque el hombre «vero» es el que vive «cum societatis appetitu excellente», según el *De iure belli ac pacis*, prolegomena, 7. De esa sociabilidad, entendida por la razón, proviene con exclusividad el Derecho: «Haec vero, quam rudi modo jam expresimus, societatis custodia, humano intellectui conveniens, fons est ejus juris, quod proprie tali nomine appellatur», léese en el número 8 de los mismos prolegomena. Tan exclusivo que Dios no cuenta para este saber jurídico, producto exclusivo de la razón: «et haec quidem quae jam diximus, locum aliquem haberent, etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari nequit, non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana», en la famosa declaración del párrafo 11 de los mencionados Prolegomena al *De iure belli ac pacis*. El saber jurídico filosófico o derecho natural para Grocio, no necesita de Dios, bástale la razón humana indagando en la sociabilidad y en la sociedad que de éste resulta.

La razón se antepone a Dios y Dios la sigue servilmente. Basta que algo sea concebido justo o injusto por la razón para que sea tenido como puesto por Dios en modo necesario, «necessario», así textualmente en el *De iure belli* I, X, 2. Pues este saber racional, forjado por la razón humana, es tan sólido y recio que ni Dios mismo puede alterarlo, a tenor de lo que concluye en I, X, 5: «est autem ius naturale adeo immutabile, ut ne a Deo quidem mutari queat».

La ruptura del equilibrio teológico en esta antropología que no toma en cuenta más que la dimensión terrenal del ser humano, por mor de combatir la barbarie calvinista, ha caído en el extremo opuesto: en la deificación de la razón.

Claro es que la quiebra del equilibrio no elimina, en teología, la voluntad evidente del Dios legislador. Grocio la tendrá en cuenta, pero no fundida en el sistema coherente de los hispanos, sino mezclada con el racionalismo de su derecho natural. Lo que separa a Grocio de los clásicos españoles es que el derecho divino revelado viene yustapuesto, pero no inserto, en el sistema de sus saberes jurídicos. La revelación es también fuente del Derecho, pero escindida de la razón humana; en el párrafo 12 de los Prolegomena es-

cribirá este matiz de agregado y no fundido con el orden que la razón humana estatuye, al hablar de que «alia juris origo est, praeter illam naturalem, veniens scilicet ex libera Dei voluntate, cui non subjici debere, intellectus ipse noster nobis irrefragabiliter dicta». El texto es patente en proclamar trátase de «otra fuente» del Derecho, «además» de la razón humana; es una fuente añadida, dado que el hombre racional es definidor independiente de los saberes jurídicos.

Concesión a sus premisas teológicas que en nada invalida al racionalismo de su concepción del derecho natural. La revelación era fuente irrechazable, pero Grocio la asume como otra más, al lado de un derecho natural que él, a diferencia de los hispanos, ha desligado de Dios. Es un Derecho dado por Dios, pero separado del de la razón connatural al hombre. En la *Inleidinge tot de hollandische Rechts-geleerdheid, Introducción a la Jurisprudencia holandesa*, I, 2, 4, distingue la ley natural o «aangeboren wet» de la ley positiva o «gegeven wet»; siendo la primera la que la razón deduce de aquello que sea común a los seres racionales, «eenige gemeen met andere schepselen»; la segunda lo que viene impuesto por voluntad ajena: «gegeven wet is die hare naeste oorspronck heeft uit de wille des instellers» (I, II, 7).

Pudiendo ser esta voluntad: divina, y es el derecho positivo revelado, y humana, y es el derecho positivo humano, en sus dos ramas del internacional y del civil. La definición de la ley positiva divina coincide con la revelación en la *Inleidinge* I, 2, 9: «Voor goddelicke gegeven wet kennen wy nae onzes Heers Jesus Christus komste gheen andere, als die ons Godden Vader door den zelven onzen Heer Christus heeft geopenbaert». De suerte que es ley colocada detrás de la ley natural racionalmente descubierta, añadido que en nada altera la vigencia incontrastable del derecho natural; concesión teológica que para nada cambia el primado de la razón establecedora del Derecho.

Procedimiento ya usado por el Grocio teólogo en la *Defensio fidei catholicae de satisfactione Christi* cuando en 1617 combatía contra los socinianos al separar al derecho natural del positivo en modo de dos compartimentos estancos, basados respectivamente en la razón y en la voluntad [61]; cuya última raíz hállase en otro trabajo teológico, cuando al comentar el capítulo V del *Evangelio* de San Mateo, buscó el origen de cada uno en la ley espiritual y la ley carnal de que habla San Pablo en los pasajes, por Grocio aportados, de la *Epístola a los romanos* VII, 14 y de la *Epístola a los hebreos* VII, 16. La distinción entre ley natural y ley positiva de los libros jurídicos de Grocio es copia exacta de las premisas sentadas en sus tratados teológicos, una versión en el Derecho de lo que había concebido en teología. El dualismo entre las dos maneras del Derecho procede de su interpretación —discutible por contraponerlas— de dos citas de San Pablo. Ya se dio cuenta criticándole por ello Christian Thomasius en la *Historia juris naturalis* [62].

En sistema semejante las temáticas se ayuntan sin concluir en sistema. Es curioso que Hugo Grocio, quien dio forma sistemática al derecho natural, resulta incoherente cuando trata de acoplar las partes del contenido, juntando las varias especies de Derecho y colocando paralelos al racionalismo del derecho natural con el voluntarismo del derecho positivo. Todo ello secuela de haber roto el armónico juego de las relaciones entre Dios y el hombre,

61. H. Grocio: *Opera theologica*, III, 308 a.

62. Halae Magdeburgicae, impensis Christophori Salfedii viduae, 1719, pág. 4. En «Praefatio», I, 16.

entre el orden terrenal de la sociabilidad y el orden de la salvación que con tanta maestría engarzaron Santo Tomás y los clásicos de las Españas.

El portillo por donde entra el voluntarismo jurídico, pese al radical racionalismo del derecho natural grociano, es la actualización histórica de éste, es la necesidad de insertar al devenir de los hechos en esa trama de verdades abstractamente definidas por la razón, es la perentoriedad de transformar en realidades de hechos las conclusiones de una sociabilidad que nunca es abstracta, sino que se realiza en determinaciones concretas. En *Ragione e storia nella dottrina di Grozio, Razón e historia en la doctrina de Grocio,* Guido Fassó ha puesto de relieve como esta exigencia cambia al racionalismo del derecho natural en tajante voluntarismo, en un derecho historificado, que será la manifestación empírica de aquel derecho racional [63].

La vía seguida por Grocio en la asunción de la tesis de aquel derecho racional cuaja en el consentimiento de los hombres, mediante un acuerdo expreso de éstos, o sea a través del contrato. Por acuerdo nace el Derecho entre los pueblos o derecho internacional, según el *De iure belli ac pacis*, prolegomena, 17: «sed sicut cujusque civitatis jura utilitatem suae civitatis respiunt, ita inter civitates aut omnes, aut plerasque, ex consensu jura quaedam nasci potuerunt, et nata apparet, quae utilitatem respicerent non coetuum singulorum, sed magnae illius universitatis. Et hoc jus est, quod gentium dicitur, quoties id a jure naturali distinguimus».

Consentimiento que podrá ser tácito o expreso, cual anotó el viejo comentarista J. F. Gronovius [64]; tanto da; lo que cuenta es que aquel derecho racional, natural y universal, carece de valor de vigencia mientras no lo actualice un acuerdo entre los hombres, mientras un hecho nuevo no lo torne aplicable a la sociabilidad. Porque no existe sociabilidad abstracta; la sociabilidad abstracta es un apetito, una potencia y una posibilidad cuya aplicación requiere un determinado hecho. Tenía razón Juan Jacobo Rousseau en *Du contrat social ou principes du droit politique, Del contrato social o principios de derecho político,* al acusar a Grocio de que con su modo de razonar establece el Derecho por los hechos [65]. El racionalismo grociano, yuxtapuesto y no integrado a un orden jurídico como en el caso de Francisco Suárez, por ejemplo, acaba en voluntarismo puro y simple.

Porque, en definitiva, el verdadero Derecho, el que vige y es aplicado entre los hombres o entre los pueblos procede de una sola fuente: del contrato. Bien lo vio Erik Wolf en *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, Grandes pensadores jurídicos de la historia del Espíritu alemán,* al anotar que en Grocio todo derecho positivo es derecho contractual [66]. Los acuerdos valen en virtud del principio de derecho natural de que los pactos han de ser cumplidos, de que hay que atenerse a las promesas emitidas; principio en virtud del cual el derecho positivo cobra su fuerza del derecho natural; «quae cum ex naturali jure vim suam habeat», reza el párrafo 16 de los Prolegomena del *De jure belli ac pacis.*

La conclusión será que no existe derecho natural aplicable más que en la medida en que lo trueque en derecho positivo un acuerdo de voluntades,

63. Bologna, Coop. Tipografica Azzoguidi, 1950, pág. 8.
64. En la pág. 11 del tomo I de la edición del *De jure belli ac pacis* en Lausannae, sumptibus Marci-Michaelis Bousquet et sociorum, 1758.
65. J. J. ROUSSEAU: *Oeuvres complètes*. Paris, A. Sautelet et Cie, Verdière, A. Dupont et Roret, 1826, pág. 323 b. En el libro I, capítulo II.
66. E. WOLF: *Grosse Rechtsdenker*, 285.

un pacto; que no cabe más Derecho que el que proceda de la voluntad; que, por decirlo con J. Basdevant en *La théorie générale du droit de Grotius, La teoría general del derecho de Grocio*, «le droit volontaire rend indirectement inefficace la loi naturelle en enlevant la matière propre à son application» [67]. El factor político vence al elemento ético en la constitución del Derecho, como indica Giovanni Ambrosetti en *Il diritto naturale della Riforma cattolica, El derecho natural de la Reforma católica* [68]. El voluntarismo más radical, con menosprecio incluso de la ética, es la postrera consecuencia de las inconsecuencias de Grocio.

Y todo ello tiene origen teológico, pues también en esta proyección voluntarista los saberes jurídicos resultan de antecedentes actitudes teológicas. Que el acuerdo entre los hombres equivale a precepto de la ley natural hízolo constar comentando el capítulo IV de la *Epístola a los filipenses* [69]. Que el Derecho nace de la promesa, punto básico de la transmutación del racionalismo de la ley natural en el voluntarismo del derecho positivo, está dicho en las *Annotationes in Epistolam ad Romanos, Anotaciones a la Epístola a los romanos*, al glosar el capítulo II: «ubi promissum est, jus ex eo nascitur» [70]. Tan es así que ve en un pasaje del salmo LXXVIII, 10, como ley y pacto coinciden [71]. La afirmación de que las promesas obligan en Derecho, tal como está dicho en el *De iure belli ac pacis*, libro II, capítulo XI, coincide con el planteamiento teológico en la *Conciliatio dissidentium de re praedestinaria et gratia opinionum* de que Dios cumple sus promesas [72]. La universal aplicación del pacto como medio para trasladar el derecho natural al positivo no es más que la proyección en Derecho de la postura teológica de que hasta la revelación tuvo lugar en forma de pacto; los arminianos sostenían, para combatir la bestial predestinación calvinista, que la salvación tiene lugar según una predestinación condicionada en la cual Dios se atiene en sus relaciones con los hombres a la fe y a las obras de éstos; pacto tácito que Grocio en las *Annotationes in Epistolam ad hebreos*, glosando el capítulo VIII, recogerá observando «quia omnis Lex Divina sub conditione quaedam promittit, ideoque et pacti induit naturam» [73]; pacto entre Dios y los hombres que es la revelación del Decálogo a Moisés en el Sinaí: «pactum in Sinai monte factum, quod et saepe legum vocant» en los comentarios al capítulo V del *Evangelio* de San Mateo [74]. Contrato y ley, el contrato como manera de establecer las leyes, es concepto jurídico entre los hombres por el cual pasa al plano histórico lo que la razón descubre en la sociabilidad humana; pero que es la contemplación de la vida social según pactos trayendo a ella el concepto teológico de que la ley fue establecida como contrato de Dios con los hombres, secuela del modo arminiano de entender el negocio de la salvación eterna como predestinación condicionada.

Los saberes jurídicos en Grocio fluyen de sus posturas teológicas, son llevar al plano del Derecho los varios criterios conseguidos en la meditación de los problemas de la teología. No cabe, por tanto, decir que los clásicos hispanos, por mucho que tome de ellos doctrinas concretas, fueron el cau-

67. En el volumen *Hugo Grotius. 1625-1925*, citado, págs. 25-32. Cita a la pág. 30.
68. G. AMBROSETTI: *Il diritto naturale della Riforma cattolica*. 201.
69. H. GROCIO: *Opera theologica*, II, 919 b.
70. H. GROCIO: *Opera theologica*, II, 685 b.
71. H. GROCIO: *Opera theologica*, II, 1036 b.
72. H. GROCIO: *Opera theologica*, II, 354 b.
73. H. GROCIO: *Opera theologica*, II, 1036 b.
74. H. GROCIO: *Opera theologica*, II, 38 b.

dal central de sus conclusiones. Los aprovechó egregia y copiosamente pero para incorporar teorías concretas al magno edificio de su sistema, edificio levantado con planos arminianos en cuyo diseño no intervinieron los pensadores nuestros. Menciónalos, sí, con profusión; pero es que Grocio citaba siempre a los hispanos. No se olvide que hasta para trazar la historia patria suya en los *Annales et historiae de rebus belgicis* [75] copia a historiadores españoles como Carlos Coloma y Bernardino de Mendoza, cual apura Henri Constantinos Alexandros Muller en la tesis doctoral *Hugo de Groot's «Annales et historiae»* [76]. Mas las discrepancias son notorias. En primer término Grocio busca un derecho eterno según la mera razón humana, cual muestra Mr. H. Fortuin en *De naturrechtelijke grondslagen van de Groot's Volkerrecht, Los fundamentos jusnaturalistas del derecho internacional de Grocio* [77]; mientras que para los hispanos, siguiendo a Santo Tomás de Aquino, la razón del hombre no es más que la participación en el conocimiento del orden por Dios establecido. En segundo lugar, para Grocio el Derecho mana de la sociabilidad; esto es de la exclusiva naturaleza humana viviendo en sociedad; al paso que para los hispanos el hombre transciende en su destino eterno a la estricta convivencia terrenal, siendo la vida de aquí abajo un tránsito y un medio para el logro de la eterna bienandanza; en Grocio la sociedad acaba en sí misma, en los clásicos hispanos es el palenque a considerar como marco de la actividad fundamental del individuo, orientada al más allá. En tercer punto, la unidad católica entre los dos sectores que la muerte separa da pie a una antropología mesurada en la que la razón falible y la libertad circunscrita generan un derecho donde la voluntad divina, el intelecto y el quehacer humanos intégranse en sistema, al paso que en Grocio el intelectualismo desenfrenado del derecho natural es paralelo y acaba por desaparecer en el contrato, cifra de su definitivo voluntarismo jurídico.

Coinciden en librar al hombre de la pesadilla de la predestinación; pero lo que en los hispanos es teocentrismo consecuente, será en Grocio dualismo de razón y voluntad antropológicas, con un querer de Dios escindido del querer del hombre, querer del hombre en el que en resumidas cuentas consiste lo jurídico. El saber jurídico grociano no expresa ya la armonía de la antropología escolástica; al contrario, la diversificación de Dios respecto al hombre y de la voluntad respecto de la razón abren posibilidades, para los hispanos imposibles, de un racionalismo sin frenos y de un voluntarismo desbordado, cada uno de ellos dispuestos para la andadura de propios caminos divergentes.

Queda, sin embargo, como mérito, en lo que ahora tratamos, haber mantenido la sumisión de los saberes técnicos a los filosóficos. La Jurisprudencia es el arte de realizar la justicia en el convivir, «Rechts-gelerdheid is een konst om nae de rechtvaerdigheid te leven» define en la *Inleidinge* I, 1, 1, recogiendo la constante preocupación de la sociabilidad en que cimenta entero su sistema. Un arte subrayó, «een konst», subordinado a la filosofía. Ya en sus escritos teológicos, en el *De imperio summarum potestatem circa sacra,* anota ser respecto de la filosofía sierva, como lo es el arte para con la ciencia, hablando de «illam forensem quae est inter artes ancillantes» [78].

75. Amstelodami, ex typographejo Joannis Blaev, 1657.
76. Utrecht, J. van Druten, 1919, pág. 118.
77. 's-Gravenhage, Martinus Nijhoff, 1946, pág. 162 .
78. H. Grocio: *Opera theologica,* III, 206 a.

Afirmación de tanta mayor importancia por cuanto el *De imperio* fue, en la opinión de Gioele Solari en *Il «ius circa sacra» nell'età e nella dottrina di Ugone Grozio, El derecho sobre las cosas sagradas en el tiempo y en la doctrina de Grocio*, libro polémico en favor de la intervención de los poderes seculares en materias religiosas [79]; que en escrito tal recalque la primacía de los saberes jurídicos sobre los saberes técnicos del Derecho denota el riguroso metro con que Grocio escalonó siempre, en escritos de toda gama, la jerarquización de la técnica judicial debajo de la especulación filosófica jurídica. Aunque luego la explosiva combinación dentro de su sistema permita que con posterioridad puedan utilizarlo otros para independizar a los saberes técnicos de los filosóficos. Mas ésa es faceta de la tensión interior de la sistemática grociana, juntadora, pero no integradora, de la filosofía con la jurisprudencia, del intelectualismo con el voluntarismo, del derecho natural con el derecho positivo.

79. En los *Studi storici di filosofia del diritto*. Torino, G. Giappichelli, 1949, pág. 47.

21. *La réplica a la ruptura protestante: Giambattista Vico*

Giambattista Vico (1688-1744) intenta recomponer en los saberes jurídicos la ruptura motivada por el pensamiento protestante, que en la glosa anterior vimos causada por Hugo Grocio. Vico es el postrer representante de la gloriosa mesnada de los magnos juristas clásicos de las Españas, actualizada en modo bastante como para enfrentarla con lo que el jusnaturalismo protestante había construido desde la muerte de Francisco Suárez en 1617 hasta los días en que Vico vivió.

Probar esta tesis, tan en contraste con la usual predominante, exige puntualizar los siguientes extremos: la pertenencia de Vico a la Tradición hispánica, a la del Reino de Nápoles hispánico; la calidad de su antropología, no luterana ni hobbessiana, no calvinista ni grociana, sino la de Trento y la de la Contrarreforma; la estructura mental de la separación entre el «verum» y el «certum» según la de las conexiones entre el Dios creador y la criatura creada; la elaboración de un derecho natural atenido a la historia, pero no reducido a la sociabilidad de un hombre antropocéntricamente fundador del Derecho; y la restauración de lo histórico según la obra de Dios respetadora de la libertad humana, en función del destino ultraterrenal del hombre.

Giambattista Vico fue antes que nada napolitanísimo y por ende hispanísimo hasta la médula. En la autobiografía *Vita di Giambattista Vico scritta da sè stesso* entre 1725 y 1728, esto es cuando ya la pertenencia del Reino patrio de Nápoles a la confederación hispánica había desaparecido para siempre, Vico no tiene empachos en declarar su afecto hacia su protector el virrey Duque de Medinaceli, quien había restituido «il lustro delle buone lettere» [1], así como en gloriarse deber su cátedra a la concesión de Carlos II, «per intestazione di Carlo secondo» [2]; del Carlos II que le permite el sosegado menester de consagrarse al estudio, a fuer de Rey potente del Nápoles patrio, en la *Oración* inaugural del 18 de octubre de 1699: «Hoc ocium, quod nobis Carolus secundus, potentissimus Hispaniarum rex, facit, ad pacis et tranquillitatis fructus capiendus» [3], «felicissima tempora», tiempos dichosos, en el decir de la *Oratio* al conde de San Esteban de 1696 [4], cuya salud recobrada hubo de festejar en 4 de noviembre del mismo 1696

1. GIAMBATTISTA VICO: *Vita*. En *Opere filosofiche*. Firenze, Sansoni, 1971, pág. 3-54. Cita a la página 19.
2. G. B. VICO: *Vita*, 32.
3. G. B. VICO: *Opere filosofiche*, 719.
4. J. B. VICO: *Opere*. Edición de GIUSEPPE FERRARI en seis tomos. Milano, dalla Società tipografica de' Classici italiani. Al VI (1852), 167.

en rotundos versos latinos [5]. Vico enorgulleciéndose de la inserción del Reino napolitano en la monarquía hispánica, que tantos beneficios trajo, en especial para la capital partenopea, en la *Oración* del 18 de octubre de 1704: «eoque demum sub Hispanis regibus opum fraquentiae celebritatisque provecta, ut inter maximas amplissimasque orbis terrarum urbes numeretur» [6].

Vico coloca por encima de todos sus amores terrenales el amor a la patria napolitana en que nació, contemplada según el pensamiento tradicional de un sistema de libertades concretas foralmente convenidas con el monarca, unido a otros reinos asimismo gozadores de personalidad aparte por los dos lazos de la fe en el mismo Dios y de la fidelidad al mismo Rey común, que es fidelidad monárquica. El lema sagrado de la Tradición de las Españas, el de Dios-patria-fueros-rey, topa en Vico con adalid en la propia *Oración* del 18 de octubre de 1704 cuando proclamaba: «Patria enim nobis dedit ea gente innasci, quae non solum Dei Opt. Max. verum Numen colit, sed principatum religionis in reliquas orbis terrarum gentes nationesque in hac terra Italia fundatum et longissimo seculorum cursu firmatum gloriatur. Patriae beneficium est sub principe natos esse, cuius imperium tam longe lateque patet, ut novos terrarum orbes gigni oporteat, si quis velit cum amplitudine ditionis aemulari; et cum principe eius imperii natione aequo bonoque foedere haberi» [7]. La concepción política de las Españas es el eje de la noción que Vico tuvo del orden de su patria mientras ésta estuvo dentro de la comunidad de los pueblos hispánicos.

Lo que sucedió es que, en sus días, la confederación de las Españas perdió su razón de ser a causa de la entronización de la funesta Casa de Bourbon. Y la monarquía se rompe, saliendo de su seno el Nápoles patrio de Giambattista Vico. Cambió el signo de la monarquía, que pasó de ser conjunto de pueblos al servicio de una fe a manojo de gentes sacrificadas en «pactos de familia» a los intereses de los Bourbons. De suerte que en la cima de su existencia Vico vio truncados sus ideales; no le quedó más recurso para salvarlos que atenerse al amor a la patria, ya separada del resto de la monarquía hispánica en aquel triste doloroso arriar de las banderas de la Contrarreforma. De ahí la disparidad en dos etapas de la vida intelectual de Giambattista Vico; en la primera es napolitano hispánico; en la segunda es napolitano a secas. Pero en ambas mantiene el constante afán por sustentar los ideales de la Contrarreforma de cara al pensamiento europeo, enemigo y protestante; aun en los más aciagos momentos de su existencia el amor a Nápoles predomina sobre todo; siempre «la pietosa patria mia onoro e colo» en el soneto a Roberto Sostegni [8]. A partir de la renuncia a la pequeña Cristiandad hispánica, solamente Nápoles le mueve; ya no cantará a los Reyes, sino al Sacro Consiglio napolitano, desde que en 18 de octubre de 1708 pronuncie su disertación *De nostri temporis studiorum ratione;* los elogios van a la sabiduría de los varones del Consejo, a la «peculiari prudentissima sapientia oratorum et judicum» [9]. Aunque sigan en pie los ideales de la Contrarreforma, ya únicamente puede enarbolarlos desde su Reino nativo, una vez que este Reino nativo ha salido para siempre de la monarquía hispánica. Giambattista Vico, arrinconado y acosa-

5. Pueden verse en las *Opere*, VI, 339-341.
6. En *Opere filosofiche*, 751.
7. Ibídem.
8. G. B. Vico: *Opere*. Edición por Fausto Nicolini. Milano-Napoli, Riccardo Ricciardi, 1953, página 165.
9. G. B. Vico: *Opere filosofiche*, 787-855. Cita a la pág. 841.

do, no arriará jamás sus banderas de la Contrarreforma. Aunque los reyes de las Españas auténticas no existan desde que el francés Felipe de Anjou ocupa el trono, Vico seguirá peleando por su cuenta contra la Europa enemiga. Francia será la enemiga para él, por más que haya conseguido aniquilar el espíritu de las Españas al apoderarse del trono de Madrid primero, y luego del propio solio napolitano. Vico se jactará de no haber querido aprender nunca la odiada lengua de los franceses: «non volle mai pur sapere la francesa» dice de sí mismo en la *Vita* autobiográfica [10]. Conturbáronle siempre los «Gallorum hostium furores» [11], lamentó que los tiranos de París oprimiesen a los secuanos del Franco Condado hispánico [12] y que los Borbones galos a costa de las Españas hubieran aumentado en un tercio sus dominios [13]. Tan acendrado en sus hostilidades que ponderó por idiomas más perfectos al castellano y al italiano, por este orden, excluyendo al francés en la *De nostri temporis studiorum ratione* [14]. La identificación de Vico con el Reino hispánico de Nápoles, aun después de la muerte del Reino a manos de la torva ambición borbónica, es conmovedora, rotunda, contundente.

Su doctrina de los saberes jurídicos es de esta suerte restauración de la Contrarreforma. Su teoría de la gracia es la tridentina, porque en el hombre no se extinguen jamás las semillas eternales, observa Dino Pasini en *Diritto, società e Stato in Vico, Derecho, sociedad y Estado en Vico* [15]. No cree ni en el hombre naturalmente bueno ni en el naturalmente malo, apunta Luigi Bellofiore en *Morale e storia in G. B. Vico, Moral e historia en G. B. Vico* [16]; sino en el «homo fallens» de la Escolástica española. No postula ni el optimismo ni el pesimismo antropológicos, corrobora Nicola Petruzzellis en *Vis veri e societas veri nel pensiero di G. B. Vico, Vis veri y societas veri en el pensamiento de G. B. Vico* [17]; es la visión que del hombre apura la tradición religiosa cristiana, concluye Giuseppe Semerari en *Intorno all'anticartesianismo di Vico, Alrededor del anticartesianismo de Vico* [18]. Tal como en Grocio la antropología arminiana de la predestinación condicionada engendra la secuela de reducir los saberes jurídicos a los que brotan de la sociabilidad, en Vico la antropología católica establece la idea del derecho natural referido a Dios, de acuerdo con la línea tridentina por él abanderada contra el antropocentrismo protestante.

En la *Scienza nuova seconda* proclama es suya la idea católica del hombre como ser libre que ha de ganar su destino transcendente exento de toda especie de predestinación inexorable; ni malo ni bueno en absoluto, sino malo o bueno según se atenga o no a los preceptos por Dios objetivamente establecidos. El libre albedrío frente a Lutero es su tesis raigadamente tridentina en el número CIV de los «elementi»: «Questa stessa degnità, con l'ottava e 'l di lei corollario dimostra che l'uomo non è ingiusto per natura assolutamente, ma per natura caduta e debole. E 'n conseguenza dimostra il primo principio della cristiana religione, ch'è Adamo intiero, qual dovette

10. G. B. Vico: *Vita*, 17.
11. G. B. Vico: *Opere*, edición Ferrari, VI, 171.
12. G. B. Vico: *Opere*, edición Ferrari, VI, 203.
13. G. B. Vico: *Opere*, edición Ferrari, VI, 238.
14. G. B. Vico: *De nostri temporis studiorum ratione*, 817.
15. Napoli, Jovene, 1970, pág. 220.
16. Padova, Cedam, 1972, pág. 145.
17. En el volumen *Giambattista Vico nel terzo centenario della nascita*. Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1971, págs. 37-49. Cita a la pág. 41.
18. En el volumen *Omaggio a Vico*. Napoli, Morano, 1968, págs. 193-232. Cita a la pág. 207.

nell'idea ottima essere criato da Dio. E quindi dimostra i cattolici principi della grazia: ch'ella operi nell'uomo, ch'abbia la privazione, non la niegazione delle buon'opere, e si ne abbia una potenza inefficace, e perciò sia efficace la grazia; che perciò non può stare senza il principio dell'arbitrio libero, il quale naturalmente è da Dio aiutato con la di lui provvedenza» [19].

Contra el «servo» arbitrio luterano que inhibe al hombre de la dignidad de conseguir libremente su destino, Vico expresa lo mismo que Santo Tomás, por más que no le cite como fuente de estudio en su autobiografía, cual señala Fausto Nicolini en *La giovinezza di Giambattista Vico (1668-1700)*, *La juventud de Giambattista Vico (1668-1700)* [20]; pues es doctrinalmente tomista su definición del libre albedrío y de como el libre albedrío permite al hombre decidir sus suertes, tal como lo expresa en la *Oratio* del 18 de octubre de 1701: «Ex tot tantisque Dei Opt. Max. beneficiis, quot sunt rex ex tenebricoso nihilo in hanc mundi licem editae et explicatae, cuique vestrum recte ea secum animo reputanti nullum sane splendidius aeque ac magnificentius donum quam liberum humanae menti concessum et datum arbitrium ab infinita eius bonitate profectum esse videatur. Et vero amplissimum, et sane regium est, cum reliquae res creatae omnes suae cuiusque naturae serviant mancipatae, unum vero hominem imperare» [21].

Los dos puntales de la antropología estrictamente tridentina en que se apoyará la teoría de los saberes jurídicos para Giambattista Vico son, pues, el de la naturaleza humana falible, necesitada de la ayuda de la gracia, pero poderosa para con esa ayuda perfeccionarse, de una parte, y de otra, el libre albedrío que excluye toda predestinación.

Tesis reiteradas muchas veces, incluso en los libros suyos consagrados al Derecho, al sentar las bases antropológicas de lo jurídico. En el *De constantia Jurisprudentis* declara que por el pecado no se pierde la libre posibilidad de obrar el bien, contra lo que Lutero dijo: «ut per lapsum humana natura labrefactata est, non prorsus extinta» en sus palabras terminantes [22]; sin más que subrayar lo que ya mantuvo en el *De uno universi juris principio et fine uno* [23].

A diferencia del jusnaturalismo grociano, centrado en la consideración estricta de la sociabilidad y prescindidor de Dios, también en Vico Dios se halla presente siempre, lo mismo que estaba presente en los clásicos hispanos y en Santo Tomás de Aquino. Las limitadas posibilidades del hombre delimitan su capacidad para forjar los saberes del Derecho, que han de ser parciales tal como el hombre limitado es. Precisamente la nota más característica de la naturaleza humana para Vico es esta limitación en el conocer, en el querer y en el poder, que le empuja constantemente a buscar en el contrapié divino del Creador la superación a sus linderos acortados. En la célebre definición del hombre en el *De uno universi juris principio et fine uno* Dios está presente en la misma calidad de lo humanal, al punto que no sería ésta comprensible faltando la tensión que le impulsa hacia Dios como término necesario de todas sus actividades. Cuando Vico asegura ser

19. Edición, por FAUSTO NICOLINI, en dos tomos. Bari, Laterza, 1942. Cita al I, 112.
20. Bari, Laterza e figli, 1932, pág. 105.
21. G. B. VICO: *Opere filosofiche*, 733.
22. G. B. VICO: *De constantia Jurisprudentis*. En *Opere*, edición Ferrari, II (1852), 197-490. Cita la pág. 240.
23. G. B. VICO: *De uno universi juris principio et fine uno*. En *Opere*, edición Ferrari, II. 1-195. Cita a las págs. 23-24.

el hombre «nosse, velle, posse finitum, quod tendit ad Infinitum» [24] calca la concepción tridentina de la naturaleza humana: criatura imperfecta buscadora de lo perfecto, limitación en procura de la infinitud de Dios. Es el modo vichiano de referir en postura tan prestante como lo es la misma definición del hombre el tema de la salvación eterna, cuya puesta en juego es precisamente lo que distingue al jusnaturalismo católico del jusnaturalismo protestante, según se ha visto en las dos glosas que preceden. La naturaleza libre del hombre es naturaleza limitada; sus imperfecciones no obstan a su libertad, pero esa libertad ha de estar auxiliada por la gracia, y, finalmente lo humano es la aspiración hacia Dios, es el problema de la salvación eterna, por Grocio y los protestantes dado de lado, pero que constituye la característica peculiar del jusnaturalismo católico, que aquí también Giambattista Vico continúa.

La condición limitada del hombre llévale, en el planteamiento y en la terminología vichianas, a apuntar que el hombre aspira al «vero», que es aspirar a Dios, pero quédase en el «certo» a tenor de sus posibilidades finitas. En el libro IV, sección XIV, capítulo II de *La scienza nuova seconda* escribirá, en efecto, «che, perocché sono gli uomini naturalmente portati al conseguimiento del vero, per lo cui affetto, ove non possono conseguirlo, s'attengono al certo» [25]. Las relaciones entre el «vero» y el «certo», entre lo verdadero y lo cierto, indican el puente por donde la antropología tridentina de Vico da origen a su doctrina de los saberes del Derecho.

En *J. B. Vico y el mundo histórico* George Uscatescu ha presentado al «verum» y al «certum» con terminología kantiana como dos categorías a priori [26]. Fórmula exacta si con ella búscase designar, apartando la menor analogía con la pareja dicción kantiana, que son dos puntos previos fundamentales en el entero sistema de Vico. Porque así es, en efecto, ya que son extremos deducidos directamente del dogma católico. En el fondo los dos polos de lo verdadero y de lo cierto han de reconducirse, para ser rectamente entendidos, al dualismo escolástico del Creador y la criatura, lo absoluto y lo relativo, lo seguro y lo variable, lo permanente y lo que muda, la metafísica y la historia, lo que en el lenguaje de Vico dícense respectivamente la filosofía y la filología.

El «vero» fíjase por la capacidad de hacer. En la *De antiquissima italorum sapientia ex linguae latinae originibus eruenda libri tres*, de 1710, el criterio y la regla del «vero» es haberlo hecho: «veri criterium ac regulam ipsum esse fecisse» [27]. Dios es el autor del mundo, solamente en Dios se da el «vero» integral, advierte en la misma obra: «cum in uno Deo exacte verum sit» [28]. Para el hombre las cosas de la naturaleza son conocidas imperfectamente, ya que son obra de Dios, y el modo de conocerlas es la metafísica, según la *Oratio* del 18 de octubre de 1707 [29]; pues se trata de verdades eternas que están más allá de las posibilidades de la limitada capacidad humana, como remacha en *De nostri temporis studiorum ratione* [30]. La historia, en cambio, por ser obra humana, está abierta al «vero» de la razón, siempre dentro de los linderos que la imperfección humana supone a tenor de

24. G. B. Vico: *De uno*, 22.
25. G. B. Vico: *La scienza nuova seconda*, II, 119.
26. Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1956, pág. 77.
27. En las *Opere filosofiche*, 55-131. Cita a la pág. 69.
28. G. B. Vico: *De antiquissima italorum sapientia*, 65.
29. G. B. Vico: *Opere filosofiche*, 781.
30. G. B. Vico: *De nostri temporis studiorum ratione*, 811.

la estrechez de su naturaleza. Que también en la historia Dios es el supremo «vero», al punto que con arreglo a las disposiciones divinas los hombres han de acomodar todas las verdades suyas: «ad cuius (Deus) veri normam vera humana metiri debemus» en la fórmula del *De antiquissima italorum sapientia* [31]. La metafísica, que en definitiva mira a lo absoluto de Dios, trasciende a la física, porque conduce al conocimiento de lo divino en la medida en que puede alcanzarlo la razón humana. En tanto grado que el infinito no cabe en nuestra mente, aunque Dios nos lo enseñara; es verdad que únicamente entra en la mente infinita de Dios, al modo en que Dios a fuer de omnipotente, quiere y conoce al mismo tiempo, según el planteamiento escolástico que Vico repite exactamente en la misma *De antiquissima*: «Quo autem pacto infinitum in haec finita descenderit, si vel Deus id nos doceret, assequi non possemus: quia id verum mentis divinae est, quod et nosse et fecisse idem. Mens autem humana finita est et formata» [32].

Al no poder alcanzar al «vero», los hombres han de atenerse al «certo» respecto a un mundo cuyo «vero» les es inasequible, dado no lo hicieron ellos, sino Dios: «Gli uomini che non sanno il vero delle cose procurano d'attenersi al certo, perché, nom potendo soddisfare l'intelletto con la scienza, almeno la volontà riposi sulla coscienza», consta en *La scienza nuova seconda* [33].

En el juego de los saberes —y aquí reside la genialidad de Vico— ocurre igual que en el negocio de la salvación eterna: la naturaleza humana, imperfecta pero no perdida, se acerca al saber del «vero» con la ayuda divina. La teoría vichiana de los saberes es la reproducción cabal y precisa de su antropología de corte tridentino.

En la degnità VIII de los «elementi» de *La Scienza nuova seconda* anota en efecto que aquello que acaba de argumentar «pruova che l'uomo abbia libero arbitrio, però debole, di fare delle passioni virtù; ma che da Dio è aiutato naturalmente con la divina provvedenza, e soprannaturalmente dalla divina grazia» [34].

Semejante texto es cardinal para captar el pensamiento vichiano. Sobre la naturaleza, concebida con arreglo al iusnaturalismo católico, del hombre limitado pero libre, capaz de obrar bien cuando su débil naturaleza sea perfeccionada por el auxilio divino, asoma un orden de cosas resultado del quehacer humano, hechas por el hombre y en las cuales puede conseguir el «vero» en la proporción en que el «vero» es asequible a la humana condición.

La novedad de Vico radica en el modo en que tasa los auxilios de Dios a la naturaleza católicamente entendida, cuando coloca a la vera de la ayuda sobrenatural de la gracia la ayuda natural de la Providencia. La Providencia es la idea nueva, o mejor renovada por la manera en que Vico la integra en su sistema, que le permitirá recibir en el jusnaturalismo católico por él prolongado la mutabilidad de los quehaceres humanos labrando la historia. Todo va a consistir para él en aclarar las formas y los alcances con que la Providencia divina, ayudando a la razón humana, capacita al hombre para ser autor de la historia y de los productos de la historia; lo que hoy diríamos cultura, por Vico denominado, con su gusto por las terminologías peculiares, la filología.

31. G. B. Vico: *De antiquissima italorum sapientia*, 75.
32. G. B. Vico: *De antiquissima italorum sapientia*, 93.
33. G. B. Vico: *La scienza nuova seconda*, I, 76.
34. Ibidem.

El hombre no entenderá a la naturaleza porque no la hizo; a la historia, sí, pero con tal que no olvide que es el resultado del quehacer de una naturaleza limitada cual la suya; de suerte que la historia vendrá a ser realizada por el hombre no independientemente de Dios, pero con la ayuda de Dios; o sea, cumpliendo un plan racional de la Razón divina cooperadora a los actos humanos. La ciencia nueva por Vico patrocinada no es más que el intento de averiguar los planes de la Razón divina en la actuación de los hombres, desde la recortada razón de los hombres. No puede el hombre conocer a la naturaleza, porque no es obra suya; a la historia sí la conoce, mas teniendo presente en sus intentos para conocerla que es la suya razón finita y que en sus obras lo que hace es llevar a cabo los designios de Dios, según la Providencia divina que a través de la misma naturaleza humana cumple los hechos de los hombres que son la historia.

De ahí diga que el «vero» es la conformidad con el orden en el *De uno*: «verum gignit mentis cum rerum ordine conformatio» [35] y «definimus verum esse, quod rerum ordini conformatur», porque el orden eterno puesto por Dios es la verdad eterna: «quod aeternus rerum ordo monstrat aeternum verum» [36]. Fórmula vichiana para expresar lo que los escolásticos denominaban la ley eterna.

Por lo cual en el «vero» no cabe la duda, mientras que sí es posible en el «certo». Del «vero» nace el derecho natural, que está asentado en la razón conocedora del orden por Dios instituido; del «certo» el derecho de gentes, generado por el arbitrio de los hombres al forjar la historia. «Il vero delle leggi è un certo lume e splendore di che no illumina la ragion naturale, onde spesso i giureconsulti usan dire «verum est» per «aequum est» [37]. Mientras que «il certo delle leggi è un'oscurezza della ragione unicamente sostenuta dall'autorità» [38]. Al «vero» corresponde la equidad natural y al «certo» la equidad civil del sentido común originada «nel pratticare», en la práctica de los hechos [39].

Por conservar la jerarquía católica de los saberes jurídicos, Vico no sustituye al derecho natural de la razón falible por el derecho natural de una razón independizada que de la sociabilidad practicada por las gentes deduce al derecho natural [40]. Son dos planos distintos, jerarquizados. Grocio había eliminado a Dios, restando sólo con la razón humana; lo que, como se vio en la glosa anterior, equivalía a concebir al derecho natural antropocéntricamente desde la sociabilidad o sea desde la historia, a acabar en un desgarrado positivismo de los hechos. Vico, por el contrario, precisamente porque coloca al derecho natural en Dios al uso de los pensadores hispanos que continúa, porque Dios sigue siendo para él la regla del derecho natural asentado en Dios, en que considera al hombre dentro del marco de la creación y no según la escueta sociabilidad; en que Vico posee una concepción teocéntrica de los saberes jurídicos, contra el jusnaturalismo protestante de hechura antropocéntrica; en que Vico es católico a la hispana y Grocio es arminiano a la europea; en que Vico coloca ante todo la acción de la Providencia, mientras Grocio niega o elude la acción divina en los saberes

35. G. B. Vico: *De uno*, 15.
36. G. B. Vico: *De uno*, 23.
37. G. B. Vico: *La scienza nuova seconda*, I, 115.
38. Ibídem.
39. Ibídem.
40. G. B. Vico: *La scienza nuova seconda*, I, 112.

jurídicos; en que Vico es varón de la Contrarreforma y Grocio es un protestante.

Vico dióse cuenta cabal de la antítesis y de cómo su obra de estudioso constituía la réplica a ese jusnaturalismo protestante, abstracto y antropocéntrico. «Ch'era quello sopra che Grozio, Seldeno, Pufendorfio dovevano, innanzi ogni altra cosa, fondar i loro sistemi e convenire coi romani giureconsulti, che diffiniscono il diritto natural delle genti essere stato dalla divina provvedenza ordinato» [41]. «Per tutti le quali tre differenze non osservate, debbon cadere gli tre sistemi di Grozio, di Seldeno, di Pufendorfio» [42].

Vico rectifica a Grocio desde su catolicismo intransigente y tridentino, al restablecer la existencia de un saber jurídico de derecho natural cimentado en Dios. «Primeramente Grozio, por lo stesso grand'affetto che porta alla verità, prescinde della provvedenza divina e professa che 'l suo sistema regga precisa anco ogni cognizione di Dio» [43]. Es el yerro antropocéntrico de construir al Derecho ciñéndose a los juicios de los hombres [44]. Antropocentrismo censurado porque sustituye la utilidad a la verdad, los intereses de la sociedad a la objetividad de Dios, la historia a la metafísica, el «certo» al «vero», lo útil a lo verdadero; olvidando, cual le reprocha Vico en el *De uno universi juris principio et fine uno*, que la utilidad, en contra de la premisa sobre la que Grocio edificó entero su sistema, podrá ser ocasión para el Derecho, pero jamás causa: «occasio autem causa non est» [45]; pues la causa del Derecho solamente puede serlo quien es la causa del hombre que al Derecho hace, o sea Dios.

Estuvo la genialidad de Vico en rehabilitar al saber jurídico histórico, no situado separado de Dios, sino como acción de la providencia divina; y, puesto que Dios es eterno, ir a buscarlo a lo largo de los siglos desde que la humanidad existe, sin conformarse con la ayuda concreta de la gracia. Paralela a la aportación de la gracia divina en el negocio de la salvación de cada yo, mira Vico la acción de Dios sobre la naturaleza del hombre desde que el hombre existe, y existe realizando actos cuyo conjunto es la historia. El hombre está siempre emplazado en el centro de la especulación vichiana, pero en función de sus relaciones con Dios, por Grocio preteridas. Es lo que escribe en *La seconda scienza nuova* cuando subraya igual que Grocio la importancia de la sociabilidad, pero en la medida en que la Providencia divina quiso que la sociabilidad existiese. La réplica a Grocio está desde la primera página de su obra al asentar que «la parte più propia degli uomini, la natura de' quali ha questa principale proprietà di essere socievoli alla quale Iddio provvedendo, ha cosí ordinate e disposte le cose umane, che gli uomini, caduti, dell'intiera giustizia per lo peccato originale, intendono di far quasi sempre tutto il diverso e, sovente ancora, tutto il contrario —onde, per servir all'utilità, vivissero in solitudine de fiere bestie—, per quelle stesse loro diverse e contrarie vie, essi dall'utilità medesima sien tratti da uomini a vivere con giustizia e conservarsi in società, e sí a celebrare la loro natura socievole; la quale, nell'opera, si dimostrerà essere la vera civil natura dell'uomo, e sí esservi diritto in natura. La qual condotta della provvedenza divina è una delle cose che principalmente s'occupa questa Scienza di ra

41. Ibídem.
42. G. B. Vico: *La scienza nuova seconda*. I, 113.
43. G. B. Vico: *La scienza nuova seconda*, I, 156.
44. G. B. Vico: *La scienza nuova seconda*, II, 85.
45. G. B. Vico: *De uno*, 30.

gionare; ond'ella, per tal aspetto, viene ad essere una teologia civile ragionata della provvedenza divina»[46]. Es la superación de Grocio, es rehacer lo que Grocio había destruido; la sociabilidad sirve de base al derecho humano, pero solamente en la medida en que refleja la Providencia de Dios; entender la historia no es atenerse a los actos de los hombres, sino ahondar hasta ver en tales actos el reflejo de la divina Providencia. Lo que el protestante Grocio había roto, el católico Vico lo va a soldar sin más que acudir a su teocentrismo tridentino.

Porque la Providencia no está fuera del mundo, ni Dios puede ser excluido al tomar en cuenta las obras de los hombres. La Providencia divina es un dato histórico, ya que dirige la historia. Siendo de insistir en que lo característico de Vico y la clave de su pensamiento reside en que la Providencia influye en los hechos humanos, no por vía de revelación, mas en virtud de la naturaleza de la criatura racional creada. De donde haya que ir a entender la acción de la Providencia en la historia entera de la humanidad, desde que el hombre existe, con anterioridad a la revelación cristiana. El parágrafo 344 de *La Scienza nuova seconda* es otra réplica al antropocentrismo del protestante Hugo Grocio: «Perciò questa scienza, per uno de' suoi principali aspetti, dev'essere una teologia civile ragionata della provvedenza divina. La quale sembra aver mancato finora perchè i filosofi o l'hanno sconosciuta affatto, come gli stoici e gli epicurei, de'quali questi dicono che un concorso cieco d'atomi agita, quelli che una sorda catena di cagioni e d'effetti strascina le faccende degli uomini; o l'hanno considerata solamente sull'ordine delle naturali cose, onde «teologia naturale» essi chiamano la metafisica, nella quale contemplano questo attributo di Dio, e 'l confermano con l'ordine fisico che si osserva ne' moti dei corpi, como delle sfere, degli elementi, e nella cagion finale sopra l'altre naturali cose minori osservata. E pure sull'iconomia delle cose civili essi ne devevano ragionare con tutta la proprietà della voce, con la quale la provvedenza fu appellata «divinità» da «divinare», «indovinare», ovvero intendere o 'l nascosto agli uomini, chi è l'avvenire, o 'l nascosto degli uomini, ch'è la coscienza; ed è quella che propriamente occupa la prima e principal parte del subbietto della giurisprudenza, che son le cose divine, dalle quali dipende l'altra che 'l compie, che sono le cose umane. Laonde cotale scienza deen essere una dimostrazione, per cosí dire, di fatto istorico della provvedenza, perché dee essere una storia degli ordini che quella, senza verun umano scorgimento o consiglio, e sovente contro essi proponimenti degli uomini, ha dato a questa gran città del gener umano, ché, quantunque questo modo sia stato criato in tempo e particolare, però gli ordini ch'ella v'ha posto sono universali ed eterni»[47].

Ha sido preciso recoger este largo trecho porque en él constan las directrices del sistema de Vico, sea la afirmación prestante de la Providencia, sea en la acción de la Providencia en la historia a través de la naturaleza humana, sea en sus proyecciones en los saberes jurídicos. Los intérpretes de Vico han resbalado cabalmente al no ver que la naturaleza humana era para él actuación sujeta a la Providencia de Dios. El que la Providencia divina actúe a través de las exigencias de las necesidades humanas, en la historia concreta por decirlo con Franco Amerio en *Sulla vichiana dialettica della storia, Acerca de la dialéctica vichiana de la historia*[48]; el que Dios

46. G. B. Vico: *La scienza nuova seconda*, I, 6.
47. G. B. Vico: *La scienza nuova seconda*, I, 125-126.
48. En *Omaggio a Vico*, 113-140. Cita a la pág. 134.

se valga del egoísmo humano para realizar los planes divinos de su Providencia, no quiere decir se trate de mero instinto humanal, cual con incomprensible ignorancia de clarísimos textos del gran napolitano deduce Nicola Badaloni en la *Introduzione a G. B. Vico, Introducción a G. B. Vico*[49], movido de incomprensible cuanto absurdo afán por presentar como acatólico y racionalista a un Vico que es justamente lo contrario, a un Vico que fue todo, menos laico según señala bien Enrico Nuzzo en su *Vico*[50]. El que la Providencia mueva a los humanos no induce a postular un inmanentismo ni nada que venga a ser anticipo del Espíritu del mundo de Hegel, cual opinó Benedetto Croce en *La filosofia di Giambattista Vico*[51]; porque deja de lado las permanentes exigencias del dualismo Creador-criatura, en Vico tan patente que su ciencia nueva no es más que la exposición del juego de la voluntad divina con una libertad humana sin cesar recibido al modo de las definiciones tridentinas. Franco Amerio en la *Introduzione allo studio di G. B. Vico, Introducción al estudio de G. B. Vico*[52], Bruno Brunello en *Storicismo e filosofia della storia, Historicismo y filosofía de la historia*[53], Karl Löwith en *«Verum et factum convertuntur»: le premesse teologiche del principio di Vico e le loro conseguenze secolari, La verdad y el hecho coinciden: las premisas teológicas del principio de Vico y sus consecuencias seculares*[54], y Antonio Bruers en *La tradizione italica nell'opera di Vico, La tradición itálica en la obra de Vico*[55], han señalado con harta suficiencia la imposibilidad de conjugar la razón dialéctica de Hegel con la Providencia vichiana respetadora de la libertad del hombre.

Que la historia no es en Vico comedia de gestos forzados sólo en apariencia libre, sino pieza de verdaderos equilibrios en los que la Providencia prevee las obras humanas, pero sin forzarlas nunca; lo que Croce estaba incapacitado de entender a causa de sus prejuicios neohegelianos que le empujaban a desconocer la distancia que media entre Providencia y predestinación, diferencia que es precisamente el rasgo que opone el Vico católico a la teología protestante. Pues si Grocio, para eludir a la predestinación calvinista, hubo de expulsar a Dios de la historia y del Derecho, Vico no necesitaba hacerlo dado contaba con las claridades del dogma católico en no mezclar a la predestinación con la Providencia. Que la historia sea a la par divina y humana en Vico es concepto clarísimo desde que se plantea con arreglo al respeto de la libertad del hombre, cuyas acciones prevé mas nunca tuerce Dios; Vico cae de rodillas ante los misterios de Dios, «si china adorando» en las palabras de Giovanni Villa en *La filosofia del mito secondo G. B. Vico, La filosofía del mito según C. B. Vico*[56], en actitud que es reverencia, pero al mismo tiempo defensa del libre albedrío, que ya mostré es puntal de su sistema. Igual que se contradice Richard Peters en *La estructura de la historia universal en Juan Bautista Vico* cuando opina que la Providencia es conocimiento empírico de leyes y a renglón seguido confiesa que la Providencia juega en función de la libertad teológica del hombre[57]; otra confusión típicamente protestante entre predestinación y pro-

49. Milano, Feltrinelli, 1961, pág. 385.
50. Firenze, Vallecchi, 1974, págs. 99-100.
51. Cuarta edición. Bari, Laterza e figli, 1947, págs. 251-255.
52. Torino, SEI, 1947, págs. 413-415.
53. Separata de la *Rivista rosminiana*, II (1951). Cita a la pág. 15.
54. En el *Omaggio a Vico*, 73-112. Cita a las págs. 87-90.
55. En la *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, III (1925), 301-311. Cita a la pág. 303.
56. Milano, Fratelli Bocca, 1949, pág. 23.
57. Madrid, Revista de Occidente, 1930, págs. 185-186.

videncia, y otro olvido de que la acción libre de la criatura no empece a la previsión eterna de sus actos por el Creador.

Cuando Vico concibe a la Providencia como transfondo de su historia ideal del género humano no olvida que el universo es una república gobernada por un Dios respetuoso de la libertad del hombre, habida cuenta de la calidad débil de la naturaleza falible. En *De antiquissima italorum sapientia* dícelo de una vez para siempre al perfilar las relaciones entre Dios y el hombre: «quae homini neque omnia vera permittat, neque omnia neget, sed aliqua; christianae pietati commodam, quae verum divinum ab humano discernat, neque humanam scientiae divinae, sed divinam humanae regulae proponat» [58]. La Providencia, que respeta al hombre libre, válese de las pasiones de los hombres, «tutti attenuti alle loro private utilità» para hacer nacer la sociedad [59]; de donde que la sociabilidad, de la que para Grocio nacía el Derecho, es algo que pende de Dios y que no puede existir sin Dios, en contra de lo por Grocio sostenido. Mas no forzando al hombre, pues gobierna, en la felicísima frase de Vico, «non da tiranna, ma da regina», no como tirano, sino como rey, Con todo cuanto tal diferencia supone en la concepción política del tiempo [60]. La Providencia es la sabiduría de Dios, no voluntad que obliga, en el *De uno universi juris principio et fine uno* [61]. Sus vías de ordenar la historia son las tres de la oportunidad, las ocasiones y los casos llamados de fortuna [62]; en ninguno de los cuales hay nada que prive al hombre de las decisiones libres que por naturaleza le competen.

Los saberes jurídicos tienen para Vico origen divino, en las dos maneras del «vero» y del «certo». En cuanto al «vero», porque la idea de la justicia en el derecho natural propiamente tal es patrimonio de Dios. Vico corrige al efecto la definición clásica de Ulpiano para agregarle el calificativo de eterna, en el *De uno universi juris principio et fine uno*: «aeterna voluntas» en la que se compadecen la voluntad eterna con la justicia eterna [63]; conclusión lógica desde que el «vero» es el fundamento de la justicia, «fundamentum iustitiae» [64]. Para Vico tan de origen divino es el saber «vero» del Derecho que coincide con la doctrina enseñada por el cristianismo [65].

En lo que concierne al «certo», porque los hombres que lo forjan actúan con arreglo a los cauces previstos por la Providencia de Dios. No viene de la revelación directa de la palabra divina, ni indirecta de la ley natural; sino de la ayuda de la Providencia al quehacer histórico de la humanidad. Es el derecho natural de las gentes, el único conocido por Grocio, por más que Grocio, al revés de Vico, excluyese de su formación a Dios. Para Vico, al contrario, «la provvedenza fu l'ordinatrice del diritto naturale delle genti» [66], promoviendo la equidad civil, que es la equidad del «certo», según antes aduje. Es la que procede del sentido común de la humanidad, en que cuaja la objetividad, bien que objetividad incierta, el sentido común de la totalidad de los pueblos habidos en la historia [67].

58. G. B. Vico: *De antiquissima italorum sapientia*, 131.
59. G. B. Vico: *La scienza nuova seconda*, I, 76.
60. G. B. Vico: *La scienza nuova seconda*, I, 232.
61. G. B. Vico: *De uno*, 22.
62. Ibídem.
63. G. B. Vico: *De uno*, 36.
64. G. B. Vico: *De uno*, 33.
65. G. B. Vico: *De uno*, 35.
66. G. B. Vico: *La scienza nuova seconda*, I, 116.
67. G. B. Vico: *La scienza nuova seconda*, I, 77.

Al derecho natural eterno va el «vero»; al derecho natural de las gentes va el «certo». El primero es el saber proporcionado por la filosofía; el segundo por la práctica: «qui tenet certa legum, pragmaticus legum est; qui tenet vera legum, philosophus legum est», léese en el *De uno* [68]. El saber cierto es variable, arbitrario, mudable, como lo son los frutos gestados por el obrar del hombre labrando historia; el saber verdadero es necesario y es perpetuo: «verum autem est proprium ac perpetuum adjunctum juris necessarii; certum vero est proprium et perpetuum juris voluntarii attributum» son las palabras del *De uno* [69]. El saber jurídico del derecho natural filosófico o verdadero viene de la razón; el saber jurídico del derecho histórico cierto procede de la autoridad [70]. Los dos saberes jurídicos, el filosófico y el vulgar encuentran de este modo en Vico el enlace conveniente; la historia no queda dada de lado, cual acontecía en el racionalismo de Grocio, precisamente porque no se atenía más que a los hechos; al revés, ha sido sublimada a la perspectiva filosófica desde que es dable contemplar en ella el plan de la Providencia divina desenvuelto por el juego de las humanas libertades. Es que la justicia propia del «vero» no nace de los hechos, como quiso Grocio, sino de Dios; en los hechos, esto es en la historia, simplemente se revela.

La subordinación del saber jurídico pragmático o derecho positivo al saber jurídico filosófico o derecho natural, proyección del primado del saber «vero» respecto al saber «certo», está dicha en el *De uno*. «Itaque jus naturale prius, sive prima naturae est omnis juris voluntarii materies, et quantum ea proprius ad licita vel honesta accesserit, tantum jus voluntarium minus aut magis justitiae laude celebratur» [71]. El contraste de los dos polos es la temática constantemente repetida; la teoría de los saberes jurídicos de Vico repercute el dualismo del «vero» y del «certo», a su vez eco del dualismo Creador y criatura, eje de la especulación católica y clave que permite seguir sin paso en falso las doctrinas, aparentemente obscuras, del genial pensador napolitano. Es que el derecho positivo queda reabsorbido en el derecho natural cuando los egoísmo y la fuerza se sujetan a la ley moral del «vero», cual bien vio Giuseppe Folchieri en *Bene comune e legislazione nella dottrina del Vico, Bien común y legislación en la doctrina de Vico* [72].

Lo que sí delata la concepción vichiana del Derecho es la influencia de Francisco Suárez en el acento que pone sobre la exigencia de que en el Derecho se dá un acto volitivo de decisión, sin que le parezca sea reducible a mero acto de razonamiento. En el «Proloquium» al *De uno* escribe: «Jurisprudentia omnis ratione et auctoritate mixta est: atque ex iis condita jura factis accommodare profitetur: ratio naturae necessitate, auctoritas iubentium voluntate constat» [73]. Especialmente en el derecho positivo, donde ha de mediar el acto decisorio que establezca el bien común [74]. Por supuesto que decisión fundada en la «vis veri», en el «vero» hontanar de toda justicia, como advierte Dino Pasini en *Diritto, società e Stato in Vico, Derecho, sociedad y Estado en Vico* [75]. Elio Gianturco en *The scholastic subs-*

68. G. B. Vico: *De uno*, 53.
69. G. B. Vico: *De uno*, 52.
70. G. B. Vico: *De uno*, 53.
71. G. B. Vico: *De uno*, 51.
72. En la *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, III (1924), 494-516. Cita a la pág. 516.
73. G. B. Vico: *De uno*, 4.
74. G. B. Vico: *De uno*, 53.
75. D. Pasini: *Diritto, società e Stato in Vico*, 113-114.

tructure of Vico's thought, La subestructura escolástica del pensamiento de Vico, ha probado, textos en mano, que semejante nota de autoridad depende de Francisco Suárez en lo que toca a la relación entre «ratio» y «auctoritas» como elementos del Derecho [76]; patente incluso en la designación de los tres tipos de autoridad monástica, económica y política o civil, cual prueba el mismo Elio Gianturco en *Character, essence, origen and content of the jus gentium according to Vico and Suarez, Carácter, esencia, origen y contenido del derecho de gentes según Vico y Suárez* [77]; o en la perspectiva general del Derecho, relaciones puntualizadas por Cesare Vasoli en *Vico, Tommaso d'Aquino e il tomismo* [78]. Hasta en menudos rasgos la doctrina de los saberes jurídicos de Vico sigue la pauta del pensamiento de la Contrarreforma hispánica en oposición a la actitud del protestante Grocio.

Afirmar lo contrario sólo puede tener lugar forzando los textos vichianos hasta falsearlos, como hizo Benedetto Croce según demuestra paladina e irrefutablemente Alberto Scrocca en *Giambattista Vico nella critica di Benedetto Croce, Giambattista Vico en la crítica de Benedetto Croce* [79]. No es que la polémica vichiana se desarrolle alrededor de Platón, Tácito, Bacon y Grocio como apuntó Guido Fassó en *I «quattro autori» del Vico. Saggio sulla genesi della «Scienza nuova», Los cuatro autores de Vico. Ensayo sobre la génesis de la «Ciencia nueva»* [80]; ni parece cierto fuese la lectura de Grocio hacia 1713 lo que suscitó en Vico la noción del derecho natural, como sin discernir lo que critica y lo que acepta postula Eleuterio Sánchez García en *El derecho en la obra de Giambattista Vico* [81]. Porque la concepción del Derecho de Vico es católica y no protestante, es suareciana y no grociana, según acabamos de ver; y de lo que pensaba Suárez ya tenía cumplida noticia desde que ya en 1685 había estudiado a fondo al Doctor Eximio, como relata Fausto Nicolini en *La giovinezza di Giambattista Vico (1668-1700), La juventud de Giambattista Vico (1668-1700)* [82].

La teoría de los saberes jurídicos de Vico es la réplica católica, tridentina y contrarreformística a la ruptura provocada por el antropocentrismo grociano en el Derecho. Lejos de estar inspirado por Grocio es la respuesta a Grocio mediante la afirmación constante de Dios en la vida del Derecho: como «vero» en la justicia del derecho natural a secas, como «certo» en la acción de la Providencia divina ayudando a la superación de las limitaciones de la naturaleza humana en el desarrollo de la historia. Precisamente porque Grocio quedóse, por decirlo en lenguaje vichiano, en el «certo», Vico hubo de acometer dos tareas fundamentales: reafirmar al «vero», que es saber filosófico de la eternidad divina invariable, y encontrar la huella de la Providencia del Dios eliminado por Grocio en los hechos históricos regidos por el albedrío humanal que da de sí lo «certo». Que era volver a implantar en los saberes jurídicos el dualismo católico del Creador y la criatura según la meta ultraterrena del hombre, contra aquella reducción del Derecho al plano de la sociabilidad consumada por Grocio. Contra el abstraccionismo del jusnaturalismo protestante, Vico procura restaurar la grandiosa síntesis entre metafísica e historia alumbrada por Francisco Suárez; que en el

76. En *New Scholasticism*, XIII (1938), 290-291.
77. En la *Revue de littérature comparée*, XVI (1936), 166.
78. En el *Bollettino del Centro di studi vichiani*, IV (1974), 5-35. Cita a la pág. 28.
79. Napoli, Gennaro Giannini, s. a., págs. 94-97 .
80. Milano, A. Giuffré, 1949, págs. 122-123.
81. Murcia, Universidad, 1964, pág. 37.
82. F. NICOLINI: *La giovinezza*, 36-37.

ámbito de los saberes jurídicos equivalía a buscar la mano de Dios en la actuación de la divina Providencia en el Derecho de la humanidad entera; una humanidad que no nació de la estrecha sociabilidad de Grocio, sino del pudor y de la libertad, según el *De constantia jurisprudentis* [83]; dos cosas que dan en la antítesis de la sociabilidad grociana: el pudor porque lo infunde Dios, por Grocio eliminado del derecho natural; y la libertad, que está negada por el predestinacionismo protestante.

En suma: Vico fue el postrero de los campeones de la Contrarreforma en el campo de la teoría de los saberes del Derecho. Cuando su patria había salido de la confederación de las Españas, fue el postrer paladín de la ideología católica abanderada por la confederación hispánica. Por ello su misión consistió en volver a colocar la presencia de Dios en la doctrina de los saberes jurídicos de donde la había expulsado Hugo Grocio, el protestante.

83. G. B. Vico: *De constantia Jurisprudentis*, 233-234.

22. *La racionalización de la quiebra protestante: Kant*

Los elogiosos juicios que suscita la aportación kantiana a la cuestión de los saberes en general, truécase en reservas cuando se trata en particular de los saberes jurídicos. Toda aquella luminosa coherente consecuencia en abordar con timbres geniales la depuración de los saberes es aquí tropiezo de irregularidades rayanas en contradicciones. Toda aquella luminosa superación de la desconfianza en la razón merced a la depuración tasadora de las posibilidades de la razón para el conocimiento, son ahora apelación a postulados que a la razón se imponen o a hechos de la razón que la razón misma explicar no logra. La tensa, mantenida, lozana argumentación admirable de la *Crítica de la razón pura* húndese en los pantanos de la *Crítica de la razon práctica* y demás tratados de ética; cuando no conduce, en los escritos referentes al Derecho, a soluciones en clara pugna con lo que en los estudios de moral había mantenido.

Causa de esta tan desilusionadora perspectiva en el Kant que observa los saberes jurídicos hállase en los tres motivos siguientes. El primero, en que Kant se propuso elaborar una filosofía del Derecho por apéndice a su ética para darse cuenta, en las postrimerías de su vida, de que con ella no resultaba explicable el derecho positivo; por lo cual forjó para éste una ciencia del Derecho en patente pugna con su previa filosofía jurídica. El segundo, las dificultades para transformar en razón práctica a la razón teórica pura, toda vez que en la ética la razón salta a ser legisladora de conductas en vez de ordenadora de conocimientos cuando cumplía funciones de razón teórica. El tercero, en la reducción del jusnaturalismo protestante que le sirve de punto de partida a racionalismo a secas; o sea, a la consideración de la entera estructura humana, tan compleja sobre todo cuando en la moral es considerada, por mera razón; de suerte que las reglas morales también valen en función de la estricta racionalidad del hombre.

Para poder apreciar el valor de estas observaciones será preciso considerar en Manuel Kant sucesivamente su concepción del hombre; las aproximaciones a la ética, de la que es colofón su filosofía del Derecho, en las dos etapas precrítica y crítica de su pensamiento; y la construcción de la ciencia del Derecho, paralela pero no fundida, con sus especulaciones filosófico-jurídicas.

La apreciación de Jean Ferrari en *Kant o la invención del hombre* de que la cuestión antropológica está en el meollo de la filosofía kantiana [1] vale también para la filosofía del Derecho; mas no en el sentido en que él lo apunta, de que la meta de sus trabajos fuera responder otra vez a la demanda délfica

1. Versión castellana. Madrid, Edaf, 1974, pág. 17.

esgrimida ya por Sócrates como eje de toda la filosofía, esto es el conocimiento del hombre por sí mismo; pero en cuanto de que el poderoso esfuerzo de Kant consistió en liberar al ser humano de la carga trágica de la predestinación protestante mediante la sublimación del yo, y sobre todo de la razón del yo; al considerarlo como causa independiente de las leyes de la ética, Kant completa la obra de Martín Lutero porque funda la moral sobre el carácter y la fe, sobre la «Gesinnung», en lugar de sobre las obras, asentó el riguroso biógrafo Friedrich Paulsen en *Immanuel Kant. Sein Leben und seine Lehre, Manuel Kant. Su vida y sus teorías* [2]. Mas un completamiento que fue asimismo la negación de las directrices sentadas por Lutero, pues a fin de salvar al hombre de la abyección del predestinacionismo hubo de independizarlo de Dios, apurando de esta suerte las consecuencias del protestantismo, por más que no renunciara a sus planteamientos iniciales. Porque delante del misterio luterano de la predestinación Kant se detiene igual que hay que pararse delante de los misterios; en *Die Religion innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft, La Religión dentro de los linderos de la recta razón,* dirá que aquí la doctrina cristiana se apoya sobre hechos, no sobre estrictos conceptos de razón, «da die christliche Lehre aut Fakta, nicht auf blose Vernuft Begriffe gebaut ist» [3]; el misterio de la elección al que Victor Delbos en *La philosophie pratique de Kant, La filosofía práctica de Kant,* achacaba uno de los puntos claves de la ética kantiana [4].

El lento largo diálogo de Kant con Lutero que pasa desde el determinismo teológico a la liberación racionalista del hombre. En la relección del 27 de septiembre de 1755 publicada como *Principiorum cognitionis Metaphysicae nova dilucidatio, Nueva aclaración de los primeros principios del conocimiento metafísico,* establecía Kant que la asunción del ser por las substancias, junto con su coordinación existencial que equivale a su determinación recíproca, es algo predeterminado por la actualidad —usando esta palabra en la acepción de efectividad— del intelecto divino: «Schema intellectus divini, exsistentiarum origo, est actus perdurabilis (conservationem appellitant), in quo si substantiae quaevis solitario et absque determinationum a Deo concepte sunt, nullus inter eas nexus nullusque respectus mutuus orietur» [5]. En la *Metaphisicae cum geometria junctae usus in philosophia naturali, cujus specimen I. continent monadologiam physicam,* fechado el 10 de abril de 1755, también las solas acciones, incluso éticas, racionalmente determinables son las que promueven la comprensión de la realidad de suerte que promuevan la inserción del yo en el magno organismo de la naturaleza, en la medida en que «ad naturam corporum intelligendam faciunt», participando la libertad en la unidad del Absoluto [6]; manera nueva, pero reiterada, de recoger los alcances de una ética fundamentada en las decisiones divinas, como lo entiende Sandro Travaglia en *Metafisica ed etica in Kant, Metafísica y ética en Kant* [7]. En *Der einzig mögliche Beweisgrund zu einer Demonstration des Daseins Gottes, La única prueba fundamental posible para una demostración de la existencia de Dios,* de 1763, el eco de Lutero es evidente, dado que la moralidad de los actos consiste en la dependencia de las cosas respecto al Dios que quiso existiesen: «in so fern Gott den Grund von dem

2. Stutgart, Fr. Frommanns Verlag (H. Kurtz), 1924, pág. 7.
3. En las *Werke.* Leipzig, Inselverlag, VI (1921), 588.
4. Tercera edición. Paris, Presses universitaires de France, 1969, pág. 528.
5. I. KANT: *Werke,* IV (1921), 48.
6. En I. KANT: *Scritti giuridici.* Bari, Laterza, 1953, pág. 65.
7. Padova, Antonio Milani, 1972, pág. 79.

Dasein der Dinge enthält, so gestehe ich, das diese Abhändigkeit jederzeit moralisch sei, das ist, dass sie darum existiere, weil er gewollt hat das sie sein sollten»[8]. El determinismo ético llena el período precrítico de Kant.

La hazaña del período crítico consistió en liberar al hombre de las cadenas del predeterminismo ético, unidas al yugo de la predestinación luterana. Kant transforma, como veremos luego, la persona religiosa de Lutero en persona moral; la fe ciega en Dios en la fe ciega en la razón; la subordinación a Dios en la subordinación al deber. Kant rechaza el factor irracional que en el protestantismo había, por decirlo con palabras de Heinrich Rickert en *Kant als Philosoph der modernen Kultur, Kant como filósofo de la cultura moderna*[9]; construye una moral basada en la fe racional del hombre que progresa en la historia para eludir la existencia trágica por el luteranismo adjudicada al hombre predestinado, en el juicio de Lucien Goldmann en *La communauté humaine et l'univers chez Kant, La comunidad humana y el universo en Kant*[10]. La ética crítica es la negación del protestantismo en el afán por liberar al hombre. De ahí se esfuerce por rechazar desde los argumentos de la razón a Dios, aunque la carga protestante sea tan poderosa que el Dios eliminado con noticias de razonamiento retorna después como postulado ineludible. La *Crítica de la razón práctica* es el Jano bifronte que por un lado escinde a la moral de la teología contra Lutero y por otro admite a Dios como necesidad ética según Lutero. La huella de Lutero está presente así en la ética kantiana; para seguirle en el período precrítico; para combatirle, y luego rendirse a él, en la época crítica. Por más que pareciera frívola e injuriosa a Desirée Nolen en *La critique de Kant et la métaphysique de Leibniz, La crítica de Kant y la metafísica de Leibniz*[11], la anécdota referida por Heinrich Heine en *Zur Geschichte der Religion und Philosophie in Deutschland, Para la historia de la religión y de la filosofía en Alemania*[12], de que reintrodujo a Dios en la filosofía moral para consolar a cierto criado suyo apellidado Lampe, imagen viva de la miseria humana desde que supo su señor había arrojado a Dios de la consolación de las almas creyentes cuales las de este su servidor, la verdad es que Kant rehace en los postulados de su ética todo cuanto había destruido en sus combates racionalistas contra el teísmo. Sea lo que quiera, la sombra de Lutero, para afirmaciones o para negaciones, campea sobre la obra filosófica de Kant, situado en la prolongación filosófica del protestantismo, en el lado europeo de más allá de las Españas, cuando aborde la doctrina de los saberes jurídicos.

Lo cual emprende en dos vías: la filosófica y la científica. Sin aspirar a pruritos de originalidad, paréceme que esta distinción es conveniente si quiérese evitar caer en confusionismo. Las críticas que desde tantas partes se han enderezado ya desde los días de Kant contra sus concepciones jurídicas derivan en grandísima manera de no haber captado este dato capital: el de que Kant trató de conseguir una formulación filosófica del Derecho, contenida en sus obras esenciales, y que apenas si en los postreros años de su existencia buscó otra concepción del Derecho, ya con carácter científico. Dando a filosofía y a ciencia los significados que le vengo dando

8. I. KANT: *Werke*, IV, 757.
9. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1924, pág. 198.
10. Paris, Presses universitaires de France, 1948, pág. 264.
11. Paris, Germer Baillière, 1875, pág. 303.
12. HEINRICH HEINE: *Sämtliche Werke*. Berlín, A. Weichert, sin año, doce tomos. Cita al VIII, 81-82.

en la terminología manejada en el presente *Tratado de Filosofía del derecho*, a fin de que el lector pueda reconducir a unidad de apreciaciones y combinar las comparaciones pertinentes con los demás sistemas que en este volumen se relatan. Porque solamente así será dable entender a Kant y serán rechazadas las críticas, a mi vez demasiado rigurosas, con que se ha calificado la obra jurídica de Kant, desde que Hegel le tachó de tautológico en 1802, viviendo Kant todavía, en *Über die wissenschaftlichen Behandlungen des Naturrechts, seine Stelle in der praktischen Philosophie, und sein Verhältniss zu den positiven Wissenschaften, Sobre los modos de tratar científicamente al derecho natural, su lugar en la filosofía práctica y su relación con las ciencias jurídicas positivas* [13]; o Arthur Schopenhauer en el apéndice titulado *Kritik der kantischen Philosophie, Crítica de la filosofía kantiana*, en *Die Welt als Wille und Vorstellung, El mundo como voluntad y representación*, al diputarla flojísima y casi engendro literario [14]; hasta que Julius Binder defínele por obscuro en estas cuestiones en *Rechtsbegriff und Rechtsidee, Concepto del derecho e idea del derecho* [15], en opinión que coincide con la formulada por Piero Martinetti en su *Kant* [16]; por no citar más juicios ahincados en coincidir en apreciar escasa valía al quehacer filosófico-jurídico del magno pensador de Königsberg.

Christian Wolff (1679-1754), el dicho educador de Alemania, aporta los puntos de arranque para la filosofía moral y jurídica de Kant, según lo mostró Rudolf Stammler en el *Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Manual de filosofía del derecho*, al situarle a la cabeza de la tendencia, por Kant sublimada, que transforma al derecho natural protestante en derecho racional [17]. En efecto, el meollo de la ética wolffiana consistió en colocar por meta de las actividades morales del hombre el desarrollo de su personalidad; en las *Institutiones juris naturae et gentium*, definitiva redacción de su pensamiento, Wolff considera que el actuar humano está determinado a la ejecución de aquellas acciones que son susceptibles de promover el perfeccionamiento de su naturaleza y de su peculiar condición, «ipsa natura homo obligatur ad committendas actiones, quae ad perfectionem ejus atque status ejusdem tendunt» [18]. El voluntarismo protestante de Lutero truécase en racionalismo antropológico en Wolff desde que Dios es el creador de la naturaleza humana y ha colocado por ley de la humana naturaleza la de perfeccionarse; de donde que en el parágrafo 43 de las mismas *Institutiones* concluye Wolff ser principio supremo de la ley natural, válido tanto para la moral como para el Derecho, el de realizar cuanto contribuya al perfeccionamiento personal evitando todo aquello que lo entorpezca, impida o dañe. Es patente el entronque y la nueva versión del luteranismo en el texto latino original: «Atque hoc principium Juris naturae generale ac universale est, ex quo continuo rationationis filo deducuntur omnia, quae Juris naturae suae, pronti ex sequentibus abunde elucescet. Cumque Deum homines obliget ad actiones suas legi naturae conformandas; qui a voluntate divina jus naturae derivare volunt; principium hoc admittere tenentur» [19]. El desplazamiento del eje de la especulación desde la voluntad divina a la razón humana es la inversión an-

13. En las *Sämtliche Werke*. Stuttgart, Fr. Frommanns Verlag, I (1958), 464.
14. ARTHUR SCHOPENHAUER: *Sämtliche Werke*. Wiesbaden, Eberhard Brochhaus, siete tomos. Cita al II (1949), 626.
15. Leipzig, A. Deitersche Verlagsbuchhandlung - Werner Scholl, 1915.
16. Milano, Fratelli Bocca, 1946, pág. 161.
17. Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter und Co., 1928, págs. 33-34.
18. Hildesheim, Georg Ohms Verlagsbuchhandlung, 1969, pág. 19. En el parágrafo 36.
19. CHRISTIAN WOLFF: *Institutiones juris naturae et gentium*, 22-23.

tropocéntrica basada en la racionalidad, semejante a la que vimos llevó a cabo Hugo Grocio aproyándose en la sociabilidad.

Lo que sucede es que tal racionalismo produjo dos consecuencias, una recogida y otra repudiada por Kant. La primera, que Kant hará suya y será incluso la base de la crítica moral kantiana, es la afirmación de la razón por riguroso principio ético. En su *Geschichte der Philosophie, Historia de la filosofía,* Karl Vorländer ha explicado como esta postura conducía inevitablemente a la escisión entre la moral y la teología, al hacer depender al bien de la razón del yo en lugar de incardinarlo por Christian Wolff en la voluntad divina [20]. El célebre discurso pronunciado por Christian Wolff en la universidad de Halle el 12 de julio de 1721 acerca de la moral de Confucio era el manifiesto del nuevo racionalismo ético y fue por ello la causa de su choque con los pietistas predominantes entonces en la academia, con la secuela última de la orden de Federico Guillermo de Prusia de 8 de noviembre de 1723 privándole de la cátedra y mandando abandonara el territorio prusiano en un plazo de cuarenta y ocho horas. Es el racionalismo que luego asumirá Kant plenamente en sus escritos éticos al postular una moral cuyas leyes sean dictadas por la razón práctica.

La segunda, por Kant repudiada, es la reducción de la ética a desarrollos matemáticos, lo que Wolff denomina en sus *Institutiones* «vero systema» al párrafo 62 [21]; era la traslación de los planteamientos a cadena de silogismos, en los cuales, cual observa Theodor Litt en *La ética moderna,* toda regla de conducta era deducida con rigor geométrico [22]. Porque precisamente el arranque de la especulación kantiana fue la negación de que la ética pueda ser deducida «more geometrico» y postular ha de manar de aquellos conceptos «a priori» que había fraguado para fundamentar su teoría del conocer en la *Crítica de la razón pura.*

La polémica kantiana contra Wolff en el período precrítico asoma en la memoria con que concurriera al concurso abierto por la Real academia de Berlín en 1763 titulada *Untersuchungen iiber die Deutlichkeit der natiirlichen Theologie und der Moral, Investigaciones aclaratorias de la teología y de la moral,* concretamente en el párrafo 1 de la observación 3.ª, dedicada a mostrar como la convicción filosófica es de clase asaz dispar de la convicción matemática, que «die philosophische Gewissheit überhaupt von anderen Natur als die mathematische» [23]. Manifiesta allí como, lejos de alcanzar la claridad evidente de las matemáticas, la ética no ha conseguido ni siquiera la claridad de las proposiciones metafísicas, ya que no ha logrado precisar aún el concepto central que es su problema fundamental, el del «Sollen» u obligación de cumplir el deber. «Die Metaphysik hat demnach keine formale oder materiale Gründe der Gewissheit, die von anderer Art wäre als die der Messkunst» [24]. La certeza necesaria, la «nötige Gewissheit», la precisa exactitud de las matemáticas aparece para el Kant precrítico algo inaccesible, en un tiempo en el que para Kant las verdades metafísicas eran aún verdades apodícticas. En su *Introducción al estudio de Kant* Sofía Vanni Rovighi ha definido a las *Untersuchungen* de 1763 producto de una actitud polémica contra Wolff [25].

20. Leipzig, Felix Meiner, dos tomos. Cita al II (1913), 161.
21. CH. WOLFF: *Institutiones,* 22.
22. Versión castellana. Madrid, Revista de Occidente, 1932, pág. 113.
23. I. KANT: *Werke,* IV, 300-302.
24. I. KANT: *Werke,* IV, 306.
25. Traducción castellana. Madrid, Fax, 1948, pág. 166.

Continuación de la repulsa a la antropología y al matematicismo wolffianos son las *Beobachtungen über das Gefühl des Schönen und Erhabenen, Observaciones sobre el sentimiento de lo bello y de lo sublime*, de 1764, en donde la repulsa a la explanación matemática de la moral llévale a plantear la ética en función de la dignidad humana, del hombre como universalidad específica, en patente tránsito ya hacia las posturas de la ulterior etapa crítica. Aquí lo bello afecta a los sentidos, lo sublime al intelecto. La razón es sublime, la ingeniosidad es hermosa: «Verstand ist erhaben, Witz ist schön» [26]. Al bosquejar la fenomenología de ambos sentimientos, Kant atribuye lo sublime a la noche, a la virilidad varonil, a la generosidad; lo ingenioso al día, a la delicadeza femenina, a la belleza. Lo sublime conmueve, lo precioso seduce. De ahí que la virtud corresponda a lo sublime y que la moral se identifique con lo racional. Lo sublime es aquello que enlaza a la ética con la razón, porque a ambas compete en exclusiva. «In moralischen Eigenschaften ist wahre Tugend erhaben», cuando se trata de cualidades morales solamente la virtud es auténticamente sublime [27]. Las otras cualidades amables y bellas, enderezadas al ingenio, como la piedad o la ternura de ánimo, no son verdaderamente morales; según lo prueba el que dejándose guiar por ellas es dable cometer injusticias. Característica de la virtud es que la moralidad se alcanza apenas cuando la benevolencia hacia el género humano viene a ser un principio fundamental, en el que se conjugan lo sublime con lo noble. «Demnach kann wahre Tugend nur auf Grundsätze gepfropft werden, und je allgemeiner sie sind, desto erhabener und edler wird sie» [28]. Razón y universalidad confluyen para notas tipificadoras de la ética, proyectándose en el sentimiento de la dignidad humana, en el cual se funden la totalidad de las virtudes, «das Gefühl von der Schönheit und der Wurde der menschlichen Natur» [29]. La «perfectio» sustentada por Wolff no basta, porque Kant ha encontrado la máxima perfección, en su decir «die grösste Vollkommenheit» [30], en la dignificación del ser humano por la razón que universalmente compete a los hombres todos. El matematicismo de Wolff rechazado, la perfección individual del hombre a que Wolff reconducía la moral entera dada de lado, lo que va a contar para Kant a partir de 1764 es la perfección racional de la especie humana, reflejada en la razón individual de cada uno de los integrantes de la humanidad. Racionalidad es dignidad del hombre en modo que de la consideración de la razón nazca la ética. Es el último estadio desde el cual el Kant precrítico saltará al Kant crítico de la *Crítica de la razón pura*.

El salto consistirá en establecer la fundamentación apriorística de la moral. Los pasos andados por Kant en el período precrítico han sido fijados cumplidamente por Paul Arthur Schilpp en *La ética precrítica de Kant* [31] y allí podrá observarlos el lector, ahorrándome detallarlos ahora. En las antes mencionadas *Investigaciones aclaratorias de la teología natural y de la moral*, Kant formula la distinción, cardinal en su posterior filosofía crítica, entre imperativos hipotéticos y categóricos, al apuntar que la palabra deber posee doble significado: el de medio para un fin y el de fin en sí; el de la necesidad de los medios o «neccessitas problematica» y el de la necesidad

26. I. KANT: *Werke*, I (1912), 13.
27. I. KANT: *Werke*, I, 18.
28. I. KANT: *Werke*, I, 20.
29. Ibídem.
30. Ibídem.
31. Versión castellana. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1966, págs. 24-29.

de los fines o «neccessitas legalis», los primeros como orientaciones para la conducta, los últimos como obligaciones propiamente morales. Con la adición, también preludio de sus posturas de la etapa crítica, de que las obligaciones propiamente morales, o sea aquéllas que dan en fin por sí mismas, son absolutamente indemostrables. «Und hier finden wir, dass eine solche unmittelbare oberste Regel aller Verbindlichkeit schlechterdings unerweislich sein müsse» [32]. Ya que de ningún examen de cualquier concepto o cosa es dable saber o deducir lo que se haya de obrar, a menos que aquello que se presuponga sea un fin, siendo la acción un medio para él. Lo cual no puede ser, pues en tal caso en lugar de la fórmula de la obligación lo que tendríamos sería la habilidad problemática para utilizarla [33]. Con el colofón de que ya está en condiciones de enunciar las reglas supremas de la conducta moral, en lo positivo como en lo negativo. En lo positivo el fundamento formal —y el calificativo es de Kant: «formale Grund»— sería: «Obra del modo más perfecto posible», «tue das Vollkommeste, was durch dich möglich ist». En lo negativo: «omite todo aquello obstaculizador de la mayor perfección posible», «unterlasse das, wodurch die durch dich grösstmögliche Vollkommenheit verhindert wird» [34].

El hallazgo de la ley interior tiene lugar en el propio año de 1763 en el *Versuch den Begriff der negativen Grössen in die Weltweisheit einzuführen, Ensayo de introducir al concepto de las magnitudes negativas en la sabiduría*, cuando proclama que la apreciación del mérito o demérito de las conductas depende de que exista o no una ley interna a la cual acomodarse: «denn Untugend kann nur stattfinden, insofern als einem Wesen ein inneres Gesetz ist... welchem entgegengehalten wird» [35]. En 1765, en el *Träume eines Geistessehers, erläutert durch Traume der Metaphysik, Sueños de un visionario, aclarados por el sueño de la metafísica*, será otro paso al descubrimiento de la universalidad ética de la razón, desenvolviendo, sea el término de voluntad general acuñado por Juan Jacobo Rousseau, como opina Klaus Reich en *Rousseau und Kant, Rousseau y Kant* [36], sea como opino yo el núcleo de observaciones acerca de la universal validez de la razón enunciado dos años antes en las *Observaciones sobre el sentimiento de lo bello y lo sublime*. Al lado, o mejor enfrente, de los impulsos egoístas, contempla Kant un sentimiento moral, un «sittliche Gefühl», anidado en aquello que es universalmente común a los humanos, en la razón. La objetividad de las reglas éticas, tan buscada racionalmente en los escritos del período crítico, aparece ya bosquejada con clarísimos nítidos perfiles en la aseveración de que merced a tales impulsos morales en nuestras más recónditas motivaciones nos vemos sujetos a la regla de la voluntad general; de lo cual brota, en el orbe de las criaturas que piensan, una unidad moral y una constitución o disposición sistemática con arreglo a leyes meramente espirituales: «dadurch sehen wir uns in den geheimsten Beweggründen abhängig von der Regel des allgemeinen Willens, und es entspringt daraus in der Welt aller denkenden Naturen eine moralische Einheit und systematische Verfassung nach bloss geistigen Gesetzen» [37]. Y opino yo es el desarrollo de las *Observaciones* en el contenido, porque la referencia a la voluntad general tiene

32. I. KANT: *Werke*, IV, 310.
33. Ibídem.
34. Ibídem.
35. I. KANT: *Werke*, IV, 252.
36. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1936, pág. 9.
37. I. KANT: *Werke*, I, 115.

alcance muchísimo más profundo que el que otorga Rousseau a ese vocablo; ya que la alusión a «leyes» mentales y universales implica una dimensión de objetividad mucho más coherente que la mera suma de voluntades en que Rousseau edifica su noción de la voluntad general; en Kant voluntad general vale aquí por algo objetivo y por algo racional a extremos a los que jamás llegó Rousseau.

En su etapa precrítica ha ido, pues, Kant descubriendo paulatinamente algunos de los más importantes elementos de su filosofía moral de la época crítica: la distinción entre los imperativos categóricos e hipotéticos, por más que todavía no emplee esos términos, en las *Investigaciones aclaratorias de la teología natural y de la moral*, en 1763; la existencia de una ley interior para regla de conductas en el *Ensayo de introducir al concepto de magnitudes negativas en la sabiduría*, del propio año; la universalidad de la razón común a la totalidad de los humanos en *El sueño de un visionario*, de 1765. El salto decisivo será la definición de las reglas morales como saberes apriorísticos, que está ya en la disertación para la habilitación profesoral del 21 de agosto de 1770, titulada *De mundi sensibilis atque intelligibilis forma et principiis, De la forma y de los principios del mundo sensible y del inteligible.*

En la sección 2, párrafo 9, escribe Kant que «philosophia igitur moralis, quatenus principia dijudicandi prima suppeditat, non cognoscitur nisi per intellectum purum et pertinet ipsa ad philosophiam puram» [38], que la filosofía moral, en cuanto es suministradora de los primeros principios del juicio moral, no es conocida más que por el intelecto puro y pertenece a la filosofía pura. La palabra «puro» significa en Kant la exclusión de elementos empíricos o sensibles, o sea aquello que se origina en la razón misma; esto es, lo que es apriorístico y extraño a la experiencia. Por si cupieran dudas Kant lo dirá expresamente de los problemas morales en el párrafo 7 de la misma sección 2 del *De la forma y los principios del mundo sensible y del inteligible* al asentar que «sunt conceptus morales, non experiundo, sed per ipsum intellectum purum cogniti», con rechazo de las opiniones de Wolff, siempre presente en los planteamientos kantianos como he anotado más arriba [39].

Once años después, al publicar en 1781 la *Kritik der reinen Vernunft, Crítica de la razón pura*, insiste en que las leyes morales son dadas enteramente de modo apriorístico por la razón, de suerte que son productos de la razón pura, «Produkte der reinen Vernunft», como uno de los cánones de la razón pura con cuya consideración concluye aquel gigantesco libro [40].

Cuando empiece a abordar desde el lado de la crítica los temas morales, Kant mantendrá siempre este rasgo fundamental de que existe una ley universal fijada por la razón humana ajena a la experiencia, independiente de los sentimientos, descubierta por el hombre en su esencialidad de ser dotado de razón eliminando todos los factores empíricos de las voluntades concretas. Porque la ética kantiana, de la cual resultarán siempre apéndice los saberes jurídicos, está edificada sobre los cimientos de la voluntad radicalmente buena, actuando autónomamente en la acepción de que autonomía consiste en prescindir de cualquier motivación exterior o heterónoma, o sea de todo motivo que exceda al de la estricta razón pura actuando por

38. I. KANT: *Werke*, IV, 341.
39. I. KANT: *Werke*, IV, 340.
40. I. KANT: *Werke*, III (1920), 604.

legisladora de conductas como razón práctica. Consideraré este problema en los escritos éticos esenciales del segundo período del pensamiento kantiano en la etapa crítica posterior a la *Disertación* de 1770.

En los *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Fundamentos para la metafísica de las costumbres,* de 1785, Kant construye su primer sistema de moral alrededor de la vigencia insoslayable, universal y forzosa de una ley que es moral precisamente porque se impone con necesidad absoluta, con «absolute Notwendigeit» a la razón humana, siempre que ésta actúe movida por sí misma eludiendo influencias extrañas. Ley que se impone, de acuerdo con la reducción del hombre a mera razón que es racionalismo kantiano frente al anterior jusnaturalismo protestante, apriorísticamente y no en virtud de las demás calidades de la naturaleza del hombre o de las circunstancias del mundo. Las reglas que provienen de influjos ajenos a la voluntad son máximas o reglas orientadoras de la conducta; la ley es tal ley precisamente porque es necesaria en cuanto es producto apriorístico de la razón. Ya desde el prólogo Kant opone la antropología a la moral en el sentido de que las reglas de conducta provinientes de la experiencia o de otros sectores del ser humano, como los sentimientos, no son morales. Siguiendo su constante polémica contra Wolff también aquí [41], la moral es ciencia de la razón a priori; de no suceder así carecería de la alteza de la metafísica, sino sería cierta física de las costumbres o una antropología moral, una «praktische Anthropologie»; lo cual repudia Kant, quien pretende colocarlas en la misma relación con la que discernió en la *Crítica de la razón pura* a la lógica general de la filosofía transcendental [42].

El tránsito desde el conocimiento vulgar general al racional o filosófico tiene lugar cuando la voluntad es tomada en sentido puro, o sea como fin en sí misma y no como medio para conseguir ulterior fin; cuando la voluntad se mueve por el deber y no por consideraciones diferentes, ni siquiera sean el amor a Dios o el apetito de felicidad. Ha de tratarse de una voluntad que obre no conforme al deber, que eso no basta para que moral sea; sino arrastrada por el deber sin necesidad de más motivaciones: «aus Pflicht» y no «pflichtmässig», pues también las reglas se acomodan al deber [43]. Lo que cuenta en Kant no es la realización de la acción buena, pero los motivos que llevan a realizar la buena acción; es la acción la que define la moralidad de una conducta, independientemente de los contenidos de esa conducta. En *La filosofía de Kant* Manuel García Morente lo ha descrito diciendo que «la moral no consiste en que se haga u omita lo que ordenan los preceptos morales, sino que se haga o se omita porque se consideren esos preceptos como fines últimos de la práctica» [44]. El deber es limpia y sencillamente la necesidad de obrar algo por respeto a la ley: «Pflicht ist die Notwendigkeit einer Handlung aus Achtung fürs Gesetz» [45].

Tal necesidad moral preséntase como exigencia de un principio objetivo normador para la conducta, un mandato de la razón que Kant designa bajo el nombre de imperativo. Imperativos que son de dos linajes: el hipotético, que impera la acción en relación a la consecución de otro fin; y el categórico, en el cual la acción viene impuesta por la razón según ella misma, sin

41. I. KANT: *Werke,* V (1920), 12-13.
42. I. KANT: *Werke,* V, 13.
43. I. KANT: *Werke,* V, 21.
44. Madrid, Victoriano Suárez, 1961, pág. 248.
45. I. KANT: *Werke,* V, 24.

referencia a otro fin, de manera objetiva necesaria. «Der kategorische Imperativ würde der sein, welcher eine Handlung als für sich selbst ohne Beziehung auf einen andern Zweck, als objektiv-notwendig vorstellte» [46].

Desde que los imperativos morales son los categóricos no quedan sujetos a ningún influjo exterior y valen en virtud de la universal razón humana; de ahí sean universales por independientes de lo concreto de la experiencia. La eliminación de la subjetividad trae consigo la universalidad, que es la universalidad de la ley moral vigente en la razón de la totalidad de los humanos sin excepción. Por otro lado, al atenerse a la razón sola, al ser universal, no dependerá del contenido o materia del precepto; será la forma de la ley universal que la razón dicta con universalidad para todos los hombres sin exclusión. Por lo cual deduce Kant que la expresión de este imperativo categórico moral, universal y formal, es la de «obra con arreglo a una máxima tal que al mismo tiempo la puedas querer como una ley universal» de conductas; «handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde» [47]. El formalismo de Kant significa que el bien no está definido más que como ley, que el bien consiste en el cumplimiento de la ley racional, que hay que definir al bien ético con arreglo a la ley y no la ley con arreglo al bien ético, que la moral consiste en la ley siempre que la ley venga impuesta como universal y racional imperativo categórico.

Puesto que la ley vale por sí misma con independencia de sus contenidos, autor de la ley puede ser la razón humana actuando como razón pura práctica, la ley de la voluntad racional autónoma válida a priori para todos los seres racionales. Es la voluntad legislando, no según principios empíricos que la muevan para bienes concretos; sino legislando formalmente en una norma que, en lugar de valer para circunstancias acomodadas al sujeto, valga como ley universal; la «Willen jedes vernünftigen Wesens als eines allgemein gesetzgebenden Willens», la voluntad de cada ser racional como voluntad universalmente legisladora [48].

La voluntad universalmente legisladora, la que tiene por fin a la razón y sólo por la razón se mueve, la que es voluntad práctica o moral, es la voluntad autónoma. Voluntad heterónoma es la movida por factores extraños a la razón pura: el amor o el temor, el apetito de felicidad, la incitación de sentimientos o pasiones. Voluntad autónoma es la movida por la obediencia a la ley moral sin más. La voluntad heterónoma toma a la ley como medio y para Kant no es moral; la voluntad autónoma toma a la ley como fin y es la única voluntad moral.

Dado que la sustancia de la voluntad autónoma consiste en que se dé a sí misma su ley, en que no la recibe desde fuera, la voluntad racional es libre. Kant no demuestra ni trata siquiera de demostrar la libertad de la voluntad, antes la da por supuesto irrenunciable en la parte III de la *Fundamentación para la metafísica de las costumbres*: «Freiheit muss als Eigenschaft des Willens aller vernünftigen Wesen vorausgesetzt werden», la libertad debe ser asumida como propiedad de la voluntad de la totalidad de los seres racionales, en sus palabras mismas [49].

46. I. KANT: *Werke*, V, 41.
47. I. KANT: *Werke*, V, 50.
48. I. KANT: *Werke*, V, 62.
49. I. KANT: *Werke*, V, 81.

En la *Kritik der praktischen Vernunft, Crítica de la razón práctica,* de 1788, reitera semejantes perspectivas, sin otra variación que la de insistir en el acento de que la libertad constituye requisito imprescindible para la existencia de la ley moral; pudiera decirse idéntico pensamiento con la diferencia de que ahora ocúpase desde el punto de mira de la libertad como condición de la moralidad, mientras que en los *Fundamentos* de 1785 lo había considerado primordialmente desde el ángulo de la vigencia de la ley moral. Con el añadido de que la *Crítica de la razón práctica* lleva consigo mayor desenvolvimiento de los problemas y más denso aparato en la presentación de las cuestiones.

Hállase la *Crítica de la razón práctica* parcelada en dos libros, que afectan respectivamente a los que Kant denomina Analítica de la razón práctica pura y Dialéctica de la razón práctica pura; o sea, siguiendo los trazos que para la teoría del conocimiento había establecido en la *Crítica de la razón pura.* Lógico es que excluya a la Estética, dado que la moral no se funda en la sensibilidad y que la razón práctica no es razón ordenadora del conocimiento del mundo, sino razón legisladora de la conducta de los hombres.

La Analítica es el estudio de la voluntad pura, estando a su vez dividida en dos secciones: la analítica de los principios, que trata de la ley moral, junto con la libertad que es su condición necesaria, y la analítica de los conceptos o estudio de qué sea el bien moral. La dialéctica comprende cuatro temas: la aclaración crítica de qué es la libertad; el concepto del sumo bien, junto con las antinomias a él inherentes; la resolución de las antinomias gracias a los postulados; y el modo en que la razón práctica transciende a la experiencia. El colofón es la doctrina del método, o sea, el asunto de la educación moral.

Dadas las recortadas dimensiones de esta Glosa y puesto que las directrices esenciales de la moral kantiana han sido expuestas al hablar de la *Fundamentación para la metafísica de las costumbres,* me limitaré a subrayar algunos aspectos más pormenorizadamente: la existencia de la ley moral como un hecho de razón, la noción del respeto a la ley como sentimiento moral, la puntualización antes no esclarecida de que la ley moral asume al hombre nouménico como único auténticamente libre y los postulados de la razón práctica. Parécenme los puntos en que Kant esclarece o puntualiza aspectos de su pensamiento no bastante perfilados en la *Fundamentación para la metafísica de las costumbres.*

A lo primero, Kant no ignoró resultaba cosa bastante anómala y extraña, «befremdlich genug», la pretensión suya de que fuese incondicionalmente absoluta la ley fundamental de la razón pura práctica que impera obrar de tal manera que la máxima de una voluntad individual empírica pueda valer al mismo tiempo como principio para una legislación universal. La voluntad pura, esto es, expresada con independencia de las condiciones empíricas, como determinada exclusivamente por la razón pura en la manifestación de la ley moral, establece sin tomar nada de la experiencia o de los sentimientos una ley que no es ni siquiera precepto orientador; una regla universal asentada desde una voluntad particular, una ley que nace de la subjetividad de los principios concebida bajo la forma objetiva de una ley general. La fundamentación por Kant aportada para justificar tal salto desde la subjetividad a la objetividad, desde la voluntad particular a la general, desde la posible sujeción a afectos empíricos a la pura voluntad según el a priori de la ley moral, es la conciencia de que así acontece, de

que se trata de un indemostrable hecho de la razón. Vale la pena reproducir el texto, aunque obscuro, dada la importancia que posee: «Man kann das Bewusstsein dieses Grundgesetzes ein Faktum der Vernunft nennen, weil man es nicht aus vorhergehenden Datis der Vernunft, z. B. dem Bewusstsein der Freiheit (denn dieses ist uns nicht vorher gegeben), herausvernüfftteln kann, sondern weil es sich für sich selbst uns aufdringt als synthetischer Satz *a priori*, der auf keiner, weder reinen noch empirischen, Anschauung gegründet ist, ob er gleich analytisch sein würde, wenn man die Freiheit des Willens voraussetzte, wozu aber, als positiven Begriffe, eine intelektuelle Anschauung erfordert werden würde, die man hier gar nicht annehmen darf. Doch muss man, um die Gesetz ohne Missdeutung als gegeben anzusehen, wohl bemerken: Dass es kein empirisches, sondern das einzige Faktum der reinen Vernunft ist, sie sich dadurch als ursprünglich gesetzgebend (*sic volo, sic jubeo*) ankündigt» [50]. O sea: puede denominarse la conciencia de esta ley fundamental un hecho de la razón, ya que no es dable inferirla de datos antecedentes de la razón, por ejemplo, de la conciencia de la libertad (dado que esta conciencia no nos es dada con anterioridad), sino que se nos impone por sí misma como proposición sintética a priori, la cual no se halla fundada en intuición ninguna, ni pura ni empírica, por más que sería analítica en caso de darse por supuesta la libertad de la voluntad; para la cual, empero, como concepto positivo, requeriríase una intuición intelectual que de ninguna manera es admisible aquí. No obstante, para considerar esa ley como dada sin caer en interpretación errónea, hay que recalcar no es un hecho empírico, antes el único hecho de la razón pura, la cual se anuncia por él como originariamente legisladora (*sic volo, sic jubeo*). Traducción con la mayor fidelidad asequible del difícil pasaje kantiano, de la que resulta que la vigencia de la ley moral mana de la convicción de su existencia, un hecho de razón por Kant confesado indemostrable.

A lo segundo, la adhesión de la voluntad a la ley moral es para Kant un «sentimiento». Verdad que no es un sentimiento de los que arrastran por motivos empíricos, de interés o de egoísmo, denominados por Kant sentimientos patológicos; sino el que nace por efecto de la conciencia de la ley moral, «als Wirkung aber vom Bewusstsein des moralischen Gesetzes», que él denomina «moralische Gefühl» o sentimiento moral [51]; sentimiento libre de todo condicionamiento sensible, «die Triebfeder der sittlichen Gesinnung aber muss von aller sinnlichen Bedingung frei sein» [52]; generado exclusivamente por la razón, «lediglich durch Vernunft bewirkt» [53]. Unico e indudable motor moral, «die einzige und zugleich unbezweifelte moralische Triebfeder» [54], que se refiere a las personas y no a las cosas, consistente en la libérrima sumisión a la forzosa ley moral en una «Nötigung» o compulsión dominadora de las inclinaciones naturales. Quizá en ninguna otra parte de la obra de Kant alza la cabeza con tamaña claridad su tajante racionalismo, su reducción del hombre a mera racionalidad, que en esta conciencia del deber como principio de la razón práctica. Tanto racionalizó Kant al ser humano que aquí llegó hasta racionalizar al sentimiento, cual observa sir David Ross en su *Kant's ethical theory, La doctrina ética de Kant* [55].

50. I. KANT: *Werke*, V, 142.
51. I. KANT: *Werke*, V, 197.
52. I. KANT: *Werke*, V, 198.
53. Ibídem.
54. I. KANT: *Werke*, V, 201.
55. Oxford, at the Clarendon Press, 1954, pág. 26.

A lo tercero, en íntima conexión con lo que acabo de mostrar, el hombre libre es el nouménico, mientras que el atado a las inclinaciones exteriores a la razón es el empírico. La antinomia de la razón práctica radica en la imposibilidad de cada uno de los dos extremos en que se plantea la relación de la virtud con la felicidad. El apetito de felicidad no puede ser causa motriz de la virtud porque las máximas u orientaciones de la conducta no son morales; ni tampoco la virtud puede conducir a la felicidad porque el enlace de las causas con los efectos en el mundo no se rige por las intenciones morales de la voluntad. La solución dada por Kant consiste en equiparar el problema de aquella antinomia a la contradicción entre libertad y necesidad en el encadenamiento causal de los sucesos en el mundo; o sea, en que el hombre en cuanto «fenómeno» o aparición está sujeto a la causalidad atañente al mecanismo de la naturaleza; mientras que el hombre como esencia o «noúmeno» es pura inteligencia que le permite someter a la exterioridad natural al rigor de sus decisiones en lugar de estar sujeto a aquélla [56]. Era la presencia tenaz de la sombra de la predestinación luterana, resuelta por Kant en el sentido de que en el plano de la razón y por la razón Dios es causa de la libertad del hombre. Tal como Kant resuelve la antinomia entre naturaleza y moral, entre necesidad y libertad, ésta sólo puede provenir del ser supremo, de Dios: «die man nur dem höchsten Wesen beilegen kann» [57].

A lo cuarto, Dios aparece como exigencia para la moral, en consecuencia, pese a la identificación de la moral con la razón consumada por Kant a lo largo de todos sus escritos éticos. La antinomia entre virtud y felicidad solamente la resuelve Dios como Dios remunerador que otorgue la felicidad a los que, a fuer de virtuosos, la merezcan. Mas, para que ello sea posible, habrá que admitir tres postulados, indemostrables pero necesarios, pues sin ellos la moral sería inasequible y vacía. La remuneración divina en que virtud y felicidad se enlazan exige una vida ultraterrena donde las almas recibirán sus premios; tal es el postulado de la inmortalidad del alma. De suerte que a la necesidad de la libertad, que permita al hombre ser responsable, y de un ser supremo que una a la felicidad con la virtud, la inmortalidad del alma es el tercero de los postulados sin los cuales no habría ética en modo alguno.

Tales postulados son, desde el ángulo de la razón, simples hipótesis; son indemostrables; son «Erklärungsgrund» o bases de explicación, y nada más. Mas, siendo el hombre para Kant razón a secas, semejantes puntos explicadores se imponen a la razón y se dan en la razón para que pueda haber moralidad; son, en sus palabras, exigencias de tipo práctico o moral, fe, fe racional pura, habida cuenta que la única fuente de donde pueden manar es de la razón pura, tanto si usada en lo teórico o para el conocer como si usada en lo práctico o para obrar. «Glaube und zwar reine Vernunftglaube heissen kann, weil bloss reine Vernunft (sowohl ihrem theoretischen als praktischen Gebrauche nach) die Quelle ist, daraus er entspringt» [58].

Ha sido necesario exponer con alguna amplitud la filosofía moral de Kant porque el saber filosófico del Derecho que refiere en su filosofía jurídica depende substancialmente de ella. También para Kant el Derecho es

56. I. KANT: *Werke*, V, 244-246.
57. I. KANT: *Werke*, V, 251.
58. I. KANT: *Werke*, V, 260.

saber a priori, un saber racional enlazado con el saber apriorístico que el deber y la ley moral son.

Ya en los escritos primeros de la época crítica, que es cuando inicia sus aproximaciones a las temáticas jurídicas, Kant tiene buen cuidado en presentarlo como saber que supera a las noticias inferibles de la experiencia. En la *Crítica de la razón pura* ya enseña que el concepto del Derecho no puede deducirse de la experiencia [59], por tratarse de un producto de la razón, de algo apriorístico. En *Über den Gemeinspruch: das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, Sobre el refrán: lo que puede ser acertado en teoría, puede no ser idóneo para la práctica*, de 1793, añade a la nota racional del apriorismo de la razón pura la característica formalista, enseñando que el Derecho igual que los preceptos morales cuaja en la libertad tocante a las relaciones exteriores de los hombres entre sí, sin que tenga nada que ver con los fines por cada uno perseguidos ni con los medios para conseguirlos; exponiendo la famosa definición de que Derecho es la delimitación de la libertad de cada uno con la libertad de los demás, según una ley universal de libertad: «Recht ist die Einschränkung der Freiheit eines Jeden auf die Bedingung ihrer Zusammenstimmung mit der Freiheit von Jedermann, insofern diese nach einem allgemeinen Gesetze möglich ist» [60]. En el mismo año de 1793 en *Die Religion innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft, La religión dentro de los límites de la mera razón*, repite casi al pie de la letra la misma definición del Derecho como algo apriorístico y formal al escribir que el principio fundamental de todo Derecho es el de que «die Freiheit eines jeden auf die Bedingungen einzuschränken, unter denen sie mit jedes andern Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann» [61]. Por lo cual no parece errado diputar como improvisación, antes tomarlos por coronamiento de luengo proceso de meditación sobre la filosofía jurídica, los *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Principios metafísicos de la teoría del derecho*, publicados en Könisberg, en la imprenta de Nicolovius, en 1797. Aunque esta obra suya haya sido duramente juzgada por estudiosos de la talla de Gioele Solari, quien en *Scienza e metafisica del diritto in Kant, Ciencia y metafísica del derecho en Kant* llega a diputarla por innecesario e inútil apéndice de aquel magno sistema filosófico [62], a mi ver es coherente consecuencia con tal de que en los *Principios metafísicos de la teoría del derecho* distingamos las dos concepciones que del Derecho refiere Kant: la filosófica y la propiamente jurídica. Las inconsecuencias y las contradicciones que en ese libro han topado los críticos son la secuela de que Kant mezcle en él dos saberes diversos del Derecho, sin matizar su planteamiento ni su exposición en cada caso.

No cabe negarle la razón a B. Beyer cuando en el estudio *Inwiefern ist die Rechtswissenschaft eine Wissenschaft im Sinne Kants? ¿En qué medida es la ciencia jurídica una ciencia en el sentido de Kant?*, arguye lo es porque la presenta como conjunto de saberes apriorísticos no derivados de la expeciencia, que es cabalmente lo que por saber jurídico entendió Kant [63]. Es que la doctrina del Derecho está ligada a la filosofía moral, al punto de que Kant comienza el análisis de los problemas jurídicos reiterando la exis-

59. I. KANT: *Werke*, III, 75.
60. I. KANT: *Werke*, I, 192.
61. I. KANT: *Werke*, VI (1921), 511.
62. En los citados *Studi storici di filosofia del diritto*, 207-229. Cita a la pág. 211.
63. En el *Archiv für systematische Philosophie*, XXV (1920), 183-188.

tencia de una ley ética universal y formal, definiendo al Derecho en relación a la ética, según que la normatividad moral es la que tiene en cuenta por motivo del obrar el deber por sí mismo, mientras que la que llama legislación jurídica es la que atiende a otras motivaciones que no sean la propia esencia del deber como tal. «Diejenige aber, welche das letztere nicht in Gesetze mit einschliesst, mithin auch eine andere Triebfeder als die Idee der Pflicht selbst zulässt, ist juridisch» [64]. La normatividad jurídica defínese por contemplar la legalidad y no la moralidad de la acción, lo que lleva aparejado que la moral considere la esfera interna en tanto que el Derecho toca a la esfera exterior del actuar humano. Lo que equivale a separar a la ética del Derecho sea en sus esferas respecto a la persona, sea en la contemplación de los fines, que mueven al actuar. Por ello Norberto Bobbio en *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant, Derecho y Estado en el pensamiento de Manuel Kant,* ha podido extremar la diferencia entre los orbes moral y jurídico hasta concluir que, al paso que el objeto de la moral es el mundo de la persona, el del Derecho es el de las cosas [65].

Claro es que el obrar jurídico, sin embargo, es para Kant un modo del deber moral; o al menos así lo pretende Kant pese a su separación entre Derecho y ética. No podía ser de otra índole su concepto filosófico del Derecho, desde que procura entenderlo como saber apriorístico de la razón. En los *Principios metafísicos de la teoría del derecho* postula la definición filosófica, o sea, el Derecho como saber filosófico, cuando asevere ser la pregunta fundamental la de averiguar los criterios que permitan discernir lo justo de lo injusto en las varias legislaciones positivas. Lo cual requiere dar de lado a los elementos empíricos y deducir al Derecho directamente de la razón en manera apriorística: «aber ob das, was sie wollten, auch recht sei, und das allgemeine Kriterium, woran man überhaupt Recht sowohl als Unrecht (*iustum et iniustum*) erkennen könnte, bleibt ihm wohl verborgen, wenn er nicht eine Zeit lang jene empirischen Prinzipien verlässt, die Quellen jener Urteile in der blossen Vernunft sucht... um zu einer möglichen positiven Gesetzgebung die Grundlage zu errichten» [66].

Por ser el Derecho saber filosófico que de la razón procede, Kant buscará fijar una ley jurídica universal, válida por encima de las legislaciones positivas, atenida a la razón práctica legisladora y que suponga para las relaciones entre los hombres lo que la ley moral es para la conducta interna de cada individuo. Ley que será formal, tal como lo era la ley moral; pero referida a los actos externos, porque son los atañentes al Derecho. La definición formal y externa será la de que el Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el albedrío de cada uno puede enlazarse con el albedrío de los demás según una ley universal de libertad: «das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach eidem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann» [67].

Lo que sucede es que semejante definición, por Kant querida como saber filosófico del Derecho en cuanto deducida de la moral, porta en sí la consecuencia de ser una definición más científica que filosófica. En *La filosofía del derecho de Kant* el argentino A. J. Rodríguez apuntó como en esta de-

64. I. KANT: *Werke,* V, 322.
65. Torino, G. Giappichelli, 1957, pág. 168.
66. I. KANT: *Werke,* V, 334.
67. I. KANT: *Werke,* V, 335.

finición Kant confunde, por emplear sus palabras, la parte jurídico-científica con la parte jurídico-filosófica del Derecho [68]; lo que yo diría saber científico con saber filosófico del Derecho. Y es que, tal como fue presentada por Kant en la *Crítica de la razón práctica*, la moral no era saber científico, sino reglamentación filosófica y apriorística de la moralidad, cual bien matiza el belga H. J. de Vleeschauwer en *L'evolution de la pensée kantienne, La evolución del pensamiento kantiano* [69]; de donde que, al acercarse a las legislaciones positivas, para explicarlas con la regla formal filosófica de la libertad práctica, le sea imposible atar los dos extremos de la cadena que previamente rompiera cuando estableció como realidades irreductibles el derecho racional filosófico y el derecho positivo de que se ocupa la ciencia.

El albedrío que el Derecho filosóficamente definido garantiza a cada hombre es el de lo mío y lo tuyo, la propiedad, en la opinión de Lisser en su *Der Begriff des Rechts bei Kant, El concepto del derecho en Kant* [70]; el Derecho regulará formalmente determinados intereses particulares y empíricos, unos egoísmos en la crítica de Arthur Schopenhauer en *El mundo como voluntad y como representación* [71]. Con lo que el único modo de llenar dando contenidos a la forma de la definición filosófica del Derecho, pues de otra guisa no expresaría más que cierto ideal abstracto carente de contactos con la realidad jurídica, es echando mano de ingredientes sacados de la experiencia; de la experiencia que son las legislaciones y los hechos jurídicos vivos, que eran precisamente las cosas que Kant buscó eliminar cuando formuló su definición filosófica del Derecho.

En la definición filosófica juega Kant con dos linajes de libertad: la ley universal formal, que denomina a secas libertad o «Freiheit», y la libertad empírica de los intereses individuales, por él dicha albedrío o «Willkür». La libertad formal está rellena de albedríos, so pena de quedar por huera y por inútil. Mas esos tales albedríos no tienen nada que ver con la libertad racional ni con la ley de la razón práctica, porque constan de los intereses y de los egoísmos de los individuos. De esta guisa lo que quiso ser definición filosófica y abstracta o no es nada o es definición científica en que se tengan en cuenta las legislaciones históricas y los hechos concretos.

La libertad que para el Derecho cuenta será, en consecuencia, el albedrío y no la libertad formal, cual con certeza piensa Piero Martinetti en su *Kant* [72]; el derecho moral interno de lo tuyo y de lo mío es ahora conjunto de derechos de lo tuyo y de lo mío externos, observa Werner Haensel en *Kants Lehre vom Widerstandsrecht. Ein Beitrag zur Systematik der kantischen Rechtsphilosophie, La teoría kantiana del derecho de resistencia. Una contribución a la sistemática de la filosofía jurídica kantiana* [73]. La libertad que importa es el albedrío, porque es el que recibe sus restricciones del exterior y no de la ley moral interna, aprecia Vincenzo de Ruvo en *La filosofia del diritto di Kant, La filosofía del derecho de Kant* [74]. El valor de la norma pasará desde el concepto lógico, universal y necesario, al carácter alógico propio del Derecho, apunta A. Pastore en *L'acrisia di Kant e le sue attinenze nel neo-kantismo della filosofia del diritto, La acrisia de Kant y*

68. En la *Revista jurídica de ciencias sociales*, de Buenos Aires. XLI (1924), 19-20.
69. Paris, Félix Alcan, 1939, pág. 113.
70. En los *Kantstudien*, LVIII (1922), 35.
71. A. SCHOPENHAUER: *Sämtliche Werke*, II, 622.
72. P. MARTINETTI: Kant, 215.
73. Berlín, Pan-Verlag Rolf Heise, 1926, pág. 16.
74. Padova, Antonio Milani, 1961, pág. 71.

sus repercusiones en el neokantismo de la filosofía del derecho [75]. De ser principio constitutivo de la razón teórica especulativa desciende a principio regulador, si es que no negativo, del Derecho, corrobora V. M. Barillari en *L'ideale e il reale del diritto, Lo ideal y lo real del derecho* [76]; punto en el cual ve Dino Pasini en *Derecho, sociedad y Estado en Kant* el fallo de la definición kantiana [77].

El fracaso es tanto mayor si se considera que el formalismo de la libertad filosóficamente retratada, pero rellena con contenidos científicos en función de los albedríos sacados de la experiencia, conduce a un mecanicismo jurídico. El equilibrio entre los albedríos protegidos por la norma es mecánica pugna de intereses externos, en la que para nada entran aquellos requisitos éticos que Kant se había propuesto salvaguardar, según declaración propia antes recogida. El derecho positivo acaba imponiéndose al derecho natural y Kant terminará, en contra de sus más íntimos anhelos y pese a haberse propuesto por meta lo contrario, por merecer el título de positivista si por positivista entendemos quien se atiene al derecho positivo menospreciando a todo derecho dimanado de la naturaleza o de la razón del hombre.

Corresponde al volumen III del presente *Tratado* estudiar el concepto kantiano del Derecho, en sus dos aspectos del derecho natural y del derecho positivo. Baste ahora referir que el derecho natural viene a coincidir con el saber filosófico del Derecho por ser el que compete a la sociedad humana con anterioridad al nacimiento de la organización coactiva que es el Estado en un estado de naturaleza que es ya jurídico, pero inseguro, como aclara Felipe González Vicén en *La filosofía del Estado en Kant* [78]; pero al mismo tiempo es el derecho racional, universal y general de quien los jurisconsultos han de tomar los principios inmutables de cualquier legislación positiva, cual declara Kant al contestar a la pregunta de qué sea la doctrina del Derecho hablando del derecho natural como superior manera de lo jurídico: «die letztere Benennung kommt der systematische Kenntnis der natürlichen Rechtslehre (*ius naturae*) zu, wiewhol der Rechtskundige in der letzteren zu aller positiven Gesetzgebung die unwandelbaren Prinzipien hergeben muss» [79]. Es, en suma, el saber filosófico del Derecho tan superior a la ciencia empírica que ésta, faltando el derecho natural, viene a ser bellísima cabeza carente de seso, igual a aquéllas de que habló Fedro en sus *Fábulas*, por Kant como ejemplo recordadas [80].

No obstante la jerarquía así constituida, mejor dicho, la reducción del Derecho al saber filosófico del mismo, Kant lo deja en validez ideal para conceder el poder real al derecho positivo; «die ideale Herrschaft» en la poderosa y exacta expresión de Gerhard Dulckeit en *Naturrecht und positives Recht bei Kant, Derecho natural y derecho positivo en Kant* [81]. La doble versión que del derecho natural da Kant según Giuseppe Lumia en *La dottrina kantiana del diritto e dello Stato, La doctrina kantiana del derecho y del Estado*, la del inherente al estado de naturaleza y la de derecho

75. En la *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XV (1935), 149-175.
76. Cagliari, Valdés, 1916, págs. 39-40.
77. Milano, A. Giuffré, 1957, pág. 36.
78. La Laguna, Universidad, 1952, págs. 56-57.
79. I. KANT: *Werke*, V, 334.
80. I. KANT: *Werke*, V, 334-335.
81. Aalen, Scientia Verlag, 1973, pág. 49.

dimanado exclusivamente de la razón [82], cede delante del derecho positivo desde el momento en que éste es el único respaldado por la coacción y para Kant la coacción es elemento característico e inseparable del Derecho [83]. Tanto identifica Kant a la coacción con el Derecho, tanto aniquila al derecho natural delante del derecho positivo, que niega la mínima posibilidad de resistir a los mandatos del gobernante, simplemente porque son mandatos del gobernante y sea cualquiera su contenido [84]. El respeto a la ley moral en la *Crítica de la razón pura* truécase en el Derecho en ciego acatamiento hacia la norma positiva.

La contradicción es evidente y Gioele Solari la ha puesto de manifiesto al mostrar la imposibilidad de compaginar la vigencia de la ley natural con la identificación de la coacción con el Derecho [85]. Es que Kant, ante el vacío irreal de la libertad racional formal, ha de renunciar a fundar una filosofía del Derecho para terminar elaborando una ciencia del Derecho. Su fracaso en los saberes filosófico-jurídicos fuérzale a estimar realmente tan sólo los saberes científico-jurídicos. El propio Felipe González Vicén lo reconoce así al concluir que para Kant «no hay derecho natural, no hay más que derecho positivo» [86], aunque luego se esfuerce en adjudicar valor ético al Derecho por cuanto no es arbitrario, con lamentable confusión entre la ética, que es criterio racional, y la arbitrariedad, que es cuestión de voluntades.

Al fracasar en la construcción de los saberes filosóficos, al quedarse en definitiva con la acepción científica del Derecho, Kant acaba por dar en un positivismo, negación radical de su programa en materias jurídicas. Por tal le han tenido Arthur Schopenhauer en *El mundo como voluntad y como representación* [87]; Otto von Gierke en *Johannes Althusius* [88]; Kurt Wolzendorff en *Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes gegen rechtswidrige Ausübung der Staatsgewalt, Derecho político y derecho natural en la teoría del derecho de resistencia del pueblo contra el ejercicio antijurídico del poder político* [89]; Hans Kelsen en *La teoría general del derecho y del Estado* al matizar que, contradiciendo sus proclamas jusnaturalistas, Kant abandonó tocante al Derecho los métodos de la filosofía transcendental para sentar los fundamentos de una doctrina positivística [90]; Burckhard Mathis en *Rechtspositivismus und Naturrechts, Positivismo jurídico y derecho natural,* al señalar la imposibilidad de catalogar a Kant como jusnaturalista [91]; Michel Villey en *Kant dans l'histoire du droit, Kant en la historia del derecho,* al recalcar como el pensamiento jurídico de Kant termina por proclamar ciega obediencia a las órdenes del poder político, «irresistible» sea el que sea, vengan del rey déspota de Prusia o vengan de los gobiernos revolucionarios de la Francia de la época [92]. Juzgo no serán

82. Milano, A. Giuffré, 1960, pág. 74.
83. I. KANT: *Werke,* V, 336-337.
84. Textos de Kant al respecto en las págs. 68-73 del libro *Kants Lehre vom Widerstandsrecht,* de WERNER HAENSEL, arriba citado.
85. G. SOLARI: *Scienza e metafisica del diritto in Kant,* 227.
86. F. GONZÁLEZ VICEN: *La filosofía del Estado en Kant,* 53.
87. A. SCHOPENHAUER: *Sämtliche Werke,* II, 627.
88. OTTO VON GIERKE: *Johannes Althusius,* 304.
89. Breslau, M. und H. Marcus, 1916, pág. 421.
90. Cito por la versión italiana *Teoria generale del diritto e dello Stato.* Milano, Edizioni di Comunità, 1952, págs. 452-453.
91. München-Paderborn-Wien, Ferdinand Schöningh, 1971, pág. 17.
92. En el volumen *La philosophie politique de Kant.* Paris, Presses universitaires de France, 1962, págs. 53-76. Cita a la pág. 62.

necesarios más apoyos para calificar el fracaso doctrinal de Kant en el Derecho.

Habiéndose trazado por meta construir una filosofía moral, de la cual sería apéndice la filosofía jurídica, depurada de ingredientes extraños a la razón pura, ni en la moral ni en el Derecho consiguió Kant llevar a cabo su programa filosófico. En la ética, tras centrarla en la concepción de la voluntad autónoma que sirve al imperativo categórico del deber simplemente movida por el deber, ha de definir la sujeción a la ley moral en virtud de un sentimiento que, por más que lo intente evitar, siempre tiene carácter psicológico igual que todos los sentimientos movedores de la voluntad, ya que de no ser sentimientos no podrían influir sobre ella; de una voluntad que será en definitiva la voluntad concreta empírica del hombre fenoménico, en cuanto el hombre nouménico de Kant ni ha existido ni existirá jamás, según mostró Arthur Schopenhauer con ejemplos contundentes en *El mundo como voluntad y como representación* [93]. Pretender confundir la virtud con la razón, sostener que obra virtuosamente quien obra racionalmente sin más, es tan absurdo que con tales actitudes se justificarían las máximas de Maquiavelo, certera y agudamente racionales [94]; sustituyendo a la moral auténtica por otra moral falsa o tomando por principio la inmoralidad, la «Unsittlichkeit», según hiciera ya ver Hegel en el estudio *Sobre las maneras de tratar científicamente al derecho natural* [95]. Siendo arbitraria la argumentación al extremo de que Kant ha de cimentar la vigencia de la razón en un hecho que la razón acepta sin explicarse, el «Faktum der Vernunft» que escapa a la estrecha meticulosidad metodológica de quien se empeñó en deducir a la moral en manera explicada racionalmente; no contento con lo cual de modo no menos arbitrario eleva a imperativos categóricos, por exigencias de la argumentación, a los imperativos o normas hipotéticas que son los postulados de la razón práctica; postulados que, por mucho que se empeñe Kant, no llegarán jamás a ser objetivos, quedando siempre en subjetividades, como con su arrollador talento puso de relieve Hegel en las *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie, Lecciones sobre historia de la filosofía* [96]. Es que en el hondón último la frustración de Kant en la ética remóntase siempre a un punto insalvable: el de que en la vida real no existe el hombre mera razón, ni, por tanto, la intención pura, sino la idea recubierta por un sentimiento siempre extrarracional, según arguyó con brillantez Emile Boutroux en *La philosophie de Kant, La filosofía de Kant* [97]; por lo cual, con no menor brillantez expone E. Paolo Lamanna en *Studi sul pensiero morale e politico di Kant, Estudios acerca del pensamiento moral y político de Kant,* nunca acertó a mostrar el modo para saltar desde el plano de la lógica al ámbito de la ética, debiendo acudir a transformar caprichosa y arbitrariamente, sin más argumento que el porque sí, a los imperativos hipotéticos en categóricos [98]. La moral de Kant es una petición de principio, afincada en el dogmatismo inexplicado e inexplicable de la existencia del deber de creer en el deber, estampó agudamente Alfred Fouillée en *El moralismo de Kant y el amoralismo contemporáneo* [99]. Todo

93. A. SCHOPENHAUER: *Sämtliche Werke,* II, 610-611.
94. A. SCHOPENHAUER: *Sämtliche Werke,* II, 612.
95. G. W. F. HEGEL: *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts.* En *Werke,* I, 467.
96. G. W. F. HEGEL: *Sämtliche Werke,* XIX (1959), 595-596.
97. Paris, J. Vrin, 1965, págs. 313-314.
98. Firenze, Felice le Monnier, 1968, págs. 33-34.
99. Versión española. Madrid, Sáenz de Jubera Hermanos, 1908, pág. 78.

cuanto fuera luminoso, clarividente y exacto en la contemplación de la teoría del conocimiento en la *Crítica de la razón pura* es obscuro, contradictorio y arbitrario en la *Crítica de la razón práctica.* Con todos sus geniales talentos de pensador no pudo escapar a una versión de la ética que no acierta a eludir los factores empíricos, que no puede dejar de admitir hechos que ni explica ni razona, que argumenta a su placer con el dato irrazonado del hecho y del porque sí.

Contradicciones que traslada a la especulación jurídica. El Kant que quiso elaborar una teoría racional de los saberes filosóficos del Derecho, no lo consigue en ningún caso. Antes oscila entre los dos extremos de reducirlos a saberes vulgares o a saberes científicos, anulando siempre la calidad de los saberes filosóficos cuya teorización fue su confesado propósito. Es saber vulgar en la penetrante observación de José María Rodríguez Paniagua en *El formalismo ético de Kant y el positivismo jurídico,* porque los contenidos del imperativo categórico aplicados al Derecho, más que frutos de la razón práctica, son las convicciones morales generalmente admitidas [100]; o el imperativo es el sentido común, sin necesidad de meditaciones filosóficas, en cuyo caso es saber vulgar del Derecho; y se impondría universal e inmediatamente con fuerza ineludible a la totalidad de los humanos. O es saber científico, habida cuenta de que los albedríos particulares que sirven de contenido a la ley formal de la armonía de libertades concretas, son ingredientes sacados de la experiencia, de las leyes y de los hechos de la vida jurídica; salvo que la definición del Derecho quedara reducida al vacío irreal de un ideal inútil. Lo que nunca consiguió Kant fue realizar su programa de construir una teoría filosófica de los saberes jurídicos. Con su gigantesca grandeza intelectual no acertó a saltar los obstáculos de su planteamiento, tajantemente racionalista. La disolución del pensamiento jurídico protestante tiene en su teoría de los saberes jurídicos la manifestación más señaladamente clara; el racionalismo europeo no arriba a una filosofía del Derecho ni siquiera cuando lo maneja un hombre de la talla de Manuel Kant.

100. En el *Anuario de Filosofía del Derecho,* IX (1962), 46.

23. *Del derecho natural a la filosofía del Derecho: Hegel*

Por los motivos que en esta glosa se detallan el gigante del idealismo tudesco y supremo patrón de la filosofía moderna que fue Jorge Guillermo Federico Hegel estableció definitivamente el término de filosofía del Derecho para designación de nuestra disciplina en su obra del mismo título editada en Berlín en 1821. Verdad es que el título no era del todo nuevo. En las *Lezioni di filosofia del diritto, Lecciones de filosofía del derecho,* el maestro italiano Giorgio del Vecchio ha señalado cómo el título ya fue empleado por Cicerón en el *De legibus* I, 5; como sirve para intitular la obra *De vera philosophia juris* a F. J. Chopius en 1650; y como lo reitera Godofredo Leibniz en 1667 en la parte II, párrafo 13, de su *Nova methodus discendae docendaeque Jurisprudentiae* [1]. El caso es que con Hegel cobra nueva significación, causa tal vez de que se impusiera arrolladoramente entre los sucesivos cultivadores de la materia, al punto de haber casi desterrado la expresión secularmente usada de derecho natural.

El título completo del celebrado libro es el de *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staaswissenschaft im Grundrisse, Directrices básicas de filosofía del derecho o derecho natural y ciencia del Estado en rasgos fundamentales*; con lo que ya delata que la filosofía del Derecho en la acepción que Hegel la atribuya comprende tanto al derecho natural como a la ciencia política o del Estado; así se viene entendiendo por los comentaristas, cuales Joachim Ritter al hacer valer el subtítulo por «Précis de droit naturel et science politique» en *Hegel et la révolution française, Hegel y la revolución francesa* [2], o por el gran especialista que es Manfred Riedel en los *Studien zu Hegels Rechtsphilosophie, Estudios de filosofía jurídica hegeliana* [3]. Solamente la audaz insólita ignorancia en lo que a temas hegelianos se refiere de Nicolás López Calera ha podido entender al clarísimo título leyendo que en él «se ponen como similares la filosofía del derecho y el derecho natural», en su lamentable librejo *Derecho abstracto o natural en Hegel* [4]; si López Calera entendiera siquiera superficialmente la lengua alemana hubiera captado que la separación del «oder» u «o» es la que divide al título en subtítulos; mas no es maravilla en quien, como luego anotaré, nos tiene habituados a desbarros semejantes. Los conocedores del idioma alemán y del pensamiento de Hegel entre nosotros no han caído jamás en tan brutal error, antes han acertado a razonar el por qué la filosofía del Derecho se compone para Hegel de derecho natural y de cien-

1. Novena edición. Milano, A. Giuffré, 1953, pág. 5 nota.
2. Paris, Beauchesne, 1970, pág. 67, nota 3.
3. Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1969, págs. 73-74 .
4. Granada, Facultad de Derecho, 1967, pág. 21.

cia del Estado; para no acumular fáciles ejemplos, baste recordar las profundas consideraciones del profesor Juan José Gil Cremades en su excelente estudio «*Philosophia practica*» y «*Philosophie des Rechts*». *Sobre tradición y revolución en la filosofía jurídica de Hegel* [5].

Igual que todos los sistemas filosóficos, el de Hegel está sujeto a mudanzas de perfección y de aquilatamiento esclarecedor de los problemas. De suerte que el término filosofía del Derecho adquiere en su obra carta de naturaleza y perfil determinadamente fijo solamente al borde de cumplir el cuarto y empezar el quinto decenio de su vida, o sea, hacia 1820. Por lo cual para entender la cabal significación del vocablo parece necesario detallar el modo en que Hegel llega a él y los pasos que anduvo hasta acuñar expresión que tanta fortuna ha merecido.

No caben dudas de que el Derecho ocupa lugar central en la especulación hegeliana, ya que al Derecho se refiere el momento del despliegue del Espíritu del mundo que es el del Espíritu objetivo, o sea el tramo en el cual el Espíritu marcha dialécticamente desde la comprensión como persona a la manera suprema de la realidad histórica que es el Estado o, pasando por el conjunto de las instituciones sociales en el ascenso sucesivo que discurre por la formulación «abstracta» de las maneras de la propiedad, del contrato o de la pena, y en las estructuras de la vida social.

Pero tampoco deben quedar dudas de que antes de advenir a esa cabal construcción cerrada y omnicomprensiva a mediados del segundo decenio del siglo XIX y poco después de cumplir nueve lustros de su existencia, Hegel va asumiendo las cuestiones jurídicas al paso de la aparición de los temas que la realidad le iba brindando. Baste repasar la genial *Phänomenologie des Geistes, Fenomenología del Espíritu* de 1807, y ponerla en relación con la redacción en Heidelberg en 1817 de la *Encyklopädie der philosophischen Wissenschaften, Enciclopedia de las ciencias filosóficas,* para calibrar la diferente amplitud que el Derecho merece; y eso que en la *Fenomenología del Espíritu* se halla ya sintetizado de mano maestra el entero sistema hegeliano.

En *Stato e diritto del giovane Hegel, Estado y derecho en el Hegel juvenil* [6], Antonio Negri ha recopilado los sucesivos contactos de Hegel con las cuestiones jurídicas y políticas antes de bordear los treinta años. La primera vez que Hegel se plantea la cuestión de la normatividad hácelo en función del hombre, definido como espíritu subjetivo sobre las huellas de Kant y de Fichte en los *Materialien zu einer Philosophie des subjektiven Geistes, Materiales para una filosofía del espíritu subjetivo,* fechados por el erudito Johannes Hoffmeister en los *Dokumente zu Hegels Entwicklung, Documentos para la evolución de Hegel,* durante la estancia en Berna, entre 1793 y 1794 [7]; adelantando con ello en dos o tres años la anterior datación apuntada al editarlo por primera vez bajo el título de *Hegels erster Entwurf einer Philosophie des subjektiven Geistes, Primer bosquejo hegeliano de una filosofía del espíritu subjetivo* [8]. Escrito asaz importante puesto que pone de relieve como desde sus primeras armas de pensador Hegel posee una noción de norma en la cual la ley vale psicológica y racional-

5. En los *Anales* de la cátedra Francisco Suárez de Granada. IX-X (1969-1970), 9-30. Especialmente a las págs. 26-27.
6. Padova, Cedam, 1958.
7. Stuttgart, Fr. Frommanns Verlag, 1936, pág. 195.
8. En *Logos,* XX (1931), 151-168.

mente en función del hombre, estableciendo como ley básica general las de las relaciones de coexistencia y sucesión [9]. Bastará luego aplicar esta perspectiva a las cuestiones jurídicas, transponiendo al plano social el esquema psicológico, para que su visión del Derecho esté presidida por el predominio de las entidades superiores al individuo, sin agotarse en el depurado individualismo de Kant. En un extracto, fechado en 1792, de una carta de Rousseau a D'Alembert, recogida por Hegel en el original francés, rezuma preocupación idéntica; porque lo que le importa en ella es definir al hombre como amor, o sea en función de los vínculos que les liguen con otros hombres: «Le plus méchant des hommes est celui qui s'isole le plus, qui concentre le plus son coeur en lui-même; le meilleur est celui qui partage également ses affections à tous ses semblables» [10].

Si de esta guisa desde la filosofía preludia su concepción de las normas jurídicas en los primeros tanteos de escritor, hace lo mismo desde lo religioso en el que su editor Hermann Nohl llamó *Fragmento de Tubinga* al incluirlo a la cabeza de los *Hegels theologische Jugendschriften nach den Handschriften der Kgl. Bibliothek in Berlin, Escritos teológicos juveniles de Hegel según los manuscritos de la Biblioteca real de Berlín* [11]. También aquí apártase del puro racionalismo y niega sea equiparable el entero ser humano a la razón. No es que niegue el primado de la razón, pero sí advierte como en la realidad, sensibilidad y razón hállanse relacionadas entre sí igual que el sabor de los alimentos con la sal, de suerte que las ideas sirven para conformar la totalidad del ser humano en cuanto vivifican el que denomina entero tejido de los sentimientos: «so beleben die Ideen der Vernunft das ganze Gewebe seiner Empfindungen» [12]. Con lo que retorna al motivo del amor, unidor de los humanos, como móvil de lo religioso. No es la religión mero saber científico racional de Dios, «nicht blosse Wissenschaft von Gott», empero algo que afecta al corazón, que influye sobre nuestros sentires, «sondern dass sie das Herz interessiert, dass sie einen Einfluss auf unsere Empfindungen hat» [13]. La oposición de Hegel al racionalismo estrecho de la Aufklärung, el repudio del iluminismo frío, es característica constante suya.

Otro tanto sucede desde el tercer ángulo desde el que era dable aproximarse al Derecho: desde la especulación política, centrada en la noción del pueblo. En contraste con la religión que pudiéramos denominar subjetiva, postula Hegel una religión objetiva al modo de la que existió en aquellas ciudades de la paganía helénica, de aquella Grecia que, bajo la batuta de su amigo Hölderlin, tanto le encandiló desde sus años mozos de estudiante en Tubinga. Como ha señalado Jean Hyppolite en la *Introduction à la philosophie de l'histoire de Hegel, Introducción a la filosofía hegeliana de la historia*, desde el principio la religión fue para él fenómeno supraindividual, perteneciente a aquella totalidad peculiar y única que es un pueblo [14]. En los *Fragmente* de Tubinga, en efecto, contrapondrá la moralidad, materia de la religión privada, a la religión popular, auténtico modo de lo religioso [15]. El pueblo que será presupuesto del Derecho, nacido con espíritu

9. G. W. F. HEGEL: *Materialien*, 202.
10. Puede verse en J. HOFFMEISTER: *Dokumente zu Hegels Entwicklung*, 174-175. Cita a la página 174.
11. Cito por la edición en Frankfurt am Main, Minerva, 1966, donde ocupa las págs. 3-29.
12. G. W. F. HEGEL: *Fragmente*, 4.
13. G. W. F. HEGEL: *Fragmente*, 5.
14. Paris, Marcel Rivière et Cie, 1968, pág. 25.
15. G. W. F. HEGEL: *Fragmente*, 27.

aparte, no surgido del contrato social como opinara Rousseau. El Hegel historificador supremo jamás creyó en la existencia de un previo estado de naturaleza, ni pudo concebir al hombre más que en conexión social con los otros hombres. En los mismos *Fragmentos* apunta los factores componentes de esta realidad del pueblo en el que siempre contempló la clave de la historia y de la antropología: la religión y las relaciones sociales: «den Geist des Volks zu bilden ist zum Teil auch Sache der Volksreligion, zum Teil der politischen Verhältnisse» [16]. En cuanto añada a esos elementos constituidores de un pueblo el Derecho, nacerá su filosofía del Derecho en calidad de recepción de la totalidad popular, primero indiscriminadamente, más tarde como filosofía política o filosofía del Estado apenas advenga a atribuir al Estado la función que en estos años juveniles achaca todavía al pueblo.

En estos mismos balbuceos de pensador aún predominaba la tendencia historificadora sobre la propiamente jurídica. Así en *Die Positivität der christlichen Religion, La positividad de la religión cristiana,* datada entre 20 de noviembre de 1795 y 29 de abril de 1796 por Karl Rosenkranz en *Georg Wilhelm Friedrich Hegel's Leben, Vida de Jorge Guillermo Federico Hegel* [17], el legado del pasado o Tradición es el nervio del pueblo en la proporción en que proyéctase en la historia la fantasía de sus dioses, ángeles, diablos y santos propios [18], en unidad fundada en el amor, atador del presente con el ayer porque encadena a los vivos con los muertos, porque por el amor los que aman sienten a los muertos como presentes, ya que causa que «stehen die Liebenden noch mit vielen Toten in Verbindung», a tenor de sus palabras en el X de sus *Entwürfe* o *Bosquejos* [19].

En los escritos del Hegel juvenil, antes de abordar directamente las cuestiones del Derecho, se van precisando los presupuestos de su ulterior consideración de lo jurídico: la cerrada condena del individualismo en la estima del amor como lazo unidor de los humanos, la religión entendida cual entidad que hoy diríamos, con palabra por Hegel no conocida, sociológica, aunadora de la totalidad del hombre como realidad más amplia que la estricta razón; y la referencia a la religión del pueblo, definido por unidad suprema de lo religioso con lo político, tal como acontecía en la paganía de la Grecia precristiana.

La culminación de esta primera etapa está en el concepto del destino tal como lo formuló en *Der Geist des Christentums und seine Schicksal, El espíritu del cristianismo y su destino,* que habría que datar hacia 1799 o 1800. El destino aparece como realidad superior al ser, como universalidad concreta, dramáticamente impuesta al quehacer de un individuo o de un pueblo. El destino es la conciencia de sí mismo objetivada en una realidad cuyo transfondo no puede ser otro que el alcance de totalidad que el pueblo tuvo en la paganía vieja [20]. De suerte que destino y pueblo se identifican en el plano de la historia, de una historia que va a discurrir por los cauces a un tiempo unidos efectivamente y paralelos lógicamente de lo real y de lo racional, del acontecer político y de la dimensión divina de los

16. Ibídem.
17. Berlín, Duncker und Humblot, 1844, pág. 54.
18. Editada por HERMANN NOHL en los *Hegels theologische Jugendschriften*, págs. 137-232. Cita a la pág. 214.
19. En H. NOHL: *Hegels theologische Jugendschriften*, 381.
20. En H. NOHL: *Hegels theologische Jugendschriften*, págs. 241-342. Sobre todo en las páginas 292-293.

aconteceres. Noción del destino en la que ya, a los treinta años, va perfilada la filosofía completa tal cual Hegel la sistematizará; como una grandiosa marcha de un algo al par real y divinal, temporal y eterno, donde el Derecho vendría a ser de un lado la línea del despliegue de ese algo inasequible y cercano, de otra parte el momento central del Espíritu tal como el hombre lo encarna y lo realiza.

Por eso el pueblo da la clave del Derecho en la primera consideración que lo jurídico suscitó en Hegel, en el largo estudio *Über die wissenschaftliche Behandlungsarten des Naturrechts, seine Stelle in der praktischen Philosophie, und sein Verhältniss zu den positiven Rechtswissenschaften, Sobre las maneras científicas de tratar al derecho natural, su lugar en la filosofía práctica, y su relación con las ciencias jurídicas positivas,* aparecido entre 1802 y 1803 en el *Kritisches Journal der Philosophie,* por Hegel publicado junto con Friedrich Wilhelm Schelling [21].

Al consagrar este estudio a las cuestiones jurídicas Hegel saciaba aspiraciones de su vocación, ya que entre sus proyectos de muchacho contóse el de dedicarse a la profesión del Derecho. En la carta que su hermana Cristina envió a su viuda desde Bad Teinach en 7 de enero de 1832 consta la noticia de que en el otoño del 1788, a los dieciocho años, soñó con esa aspiración, de la que fue disuadido por la amistad con Schelling [22]. Alejamiento que fue definitivo. Hegel no tenía en verdad mentalidad de jurista y siempre diputó al derecho positivo como algo remoto, anclado como vivió en los terrenos de la especulación filosófica. Precisamente una entre las más gravosas dificultades para entender la temática jurídica de Hegel está la de haber usado de expresiones no ciertamente muy jurídicas al referirse a instituciones o a hechos del Derecho. Conocedor tan profundo del sistema hegeliano como lo fue Paul Vogel chocó con esta dificultad, impacientándose al grado de afirmar que la terminología usada en la *Filosofía del derecho* requiere con frecuencia aclaraciones de auténtica traducción, en su *Hegels Gesellschftsbegriff und seine geschichtliche Fortbildung durch Lorenz Stein, Marx, Engels und Lassalle, El concepto hegeliano de sociedad y su continuidad histórica por Lorenz Stein, Marx, Engels y Lassalle* [23]. Es que Hegel habla de las cuestiones jurídicas como filósofo, no como jurista; ve los temas desde fuera del ámbito del derecho vivido; y, si los toca por ventura, es para asumirlos dentro de su sistema, nunca para analizarlos aislados ni en función exclusiva de la circunstancia en que se dan. De ser algo en estos asuntos es «jurista de la razón» y no de las leyes, por repetir la definitiva frase de Ernst Bloch en *El pensamiento de Hegel* [24]. El Derecho aparece como médula de su sistema en la medida en que expresa el despliegue dialéctico del Espíritu, no porque cuaje ese despliegue dialéctico en situaciones concretas; las cuales, por lo tanto, no son jamás vistas inconexas entre sí, ni por puros fenómenos frutos del azar histórico, sino como emanaciones del ascendente proceso del Espíritu.

Por lo cual no es de extrañar que en el escrito de 1802 se halle ya contenido entero el sistema todo. Lo observó Karl Rosenkranz en su men-

---

21. Puede verse en la ya citada edición a cargo de HERMANN GLOCKNER. Stuttgart, Fr. Frommanns Verlag, I (1958), 435-537.
22. Puede verse la carta en J. HOFFMEISTER: *Dokumente*, 394.
23. Berlín, Rolf Heise, 1925, pág. 6.
24. México, Fondo de Cultura Económica, 1949, pág. 230.

cionada biografía [25] y lo ha remachado Walter Kaufmann en su *Hegel* [26]. En efecto, el escrito se presenta como revisión de los modos acostumbrados de entender al derecho natural; bien precisado, de antemano, que el derecho natural contemplado por Hegel es el de la paganía de los clásicos helenos o el del jusnaturalismo protestante, en sus dos ramas del abstraccionismo imperante en el siglo XVII y del racionalismo a secas del siglo XVIII, el que pudiéramos cifrar respectivamente en la línea que corre desde Grocio a Rousseau y en las doctrinas de Kant.

Hasta donde llegan mis noticias y los resultados de mis búsquedas la primera mención que del derecho natural hizo Hegel consta en los extractos que, bajo la fecha del 10 de marzo de 1787, sacó del libro de Sulzer *Kurzer Begriff der Gelehrsamkeit, Concepto abreviado de la sabiduría,* publicado en 1759, y en donde aprendió por vez primera la diferencia entre los dos tipos del Derecho; el derecho positivo o «jus positivum», traducido por Hegel como derecho del arbitrio o «willkürliches Recht»; y el derecho natural, «jus naturale sociale» o «jus civile universale», entendido como aquél que deduce las leyes de la naturaleza común a todas las sociedades humanas. Lo que definió en dichos apuntes por «die Theorie der Rechte und Gesetze, welche aus der Natur einer bürgerlichen Gesellschaft überhaupt entstehen, und also allen Staaten gemein sind» [27]. Contraposición estimada por Carmelo Lacorte en *Il primo Hegel, El primer Hegel,* como recepción de las ideas jusnaturalistas dominantes [28]; apunte de estudiante que en nada prejuzga la agudeza crítica que asoma ya, vigorosamente recia, en *Sobre las maneras científicas del derecho natural.*

Este primer abordaje filosófico al Derecho se compone de tres partes: la crítica del viejo jusnaturalismo abstracto, por Hegel tachado de empírico; la censura acerba al jusnaturalismo racionalista propugnado por Kant y por Fichte; y la propia concepción hegeliana del derecho natural.

La acepción empírica es rechazada porque se recorta a multiplicidad de inconexas exposiciones de principios, leyes, fines, derechos y deberes, ninguno de los cuales posee un valor absoluto ni puede ser tomada como reflejo de una razón que unifique las variadas contraposiciones de los unos con los otros [29]. Con lo cual conclúyese en cierto formalismo por completo vacío de contenidos, ya que la unidad de éstos solamente puede conseguirse echando mano de criterios cuantitativos y no de lo que en filosofía cuenta, que es la estima de la calidad. Con frase contundente, a fuer de suya, Hegel define que la consideración empírica del derecho natural es falsa, porque lo mismo que la empirie es en el orbe de la física es el caos en el de la ética; de que es «die Empirie im Physischen, so wie im Sittlichen das Chaos» [30]. Entre aquellos criterios figuran nociones repudiables por hijuelas de la desbordada fantasía, de las que aporta para ejemplo la teoría del estado de naturaleza, tachado por ficción irreal [31]. En el caótico cuadro de las necesidades expuestas por los representantes del jusnaturalismo empírico no cabe unidad, sino diversidad desordenada, juego abstracto de facultades y de apetitos, infinita gama de contraposiciones

25. K. ROSENKRANZ: *G. W. F. Hegel's Leben,* 172.
26. Versión castellana. Madrid, Alianza Editorial, 1968, pág. 125.
27. Puede verse en los *Dokumente,* págs. 112-115. Cita a la pág. 113.
28. Firenze, G. C. Sansoni, 1959, pág. 103.
29. G. W F. HEGEL: *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts,* 445.
30. G. W. F. HEGEL: *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts,* 447.
31. G. W. F. HEGEL: *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts,* 448.

imposibles de ser entendidas bajo unitarios criterios de razón. Ficciones cuales las del estado de naturaleza, insistente y repetidamente condenadas; apelación a impulsos extraños a la razón, formalismo vacío de informes y exteriores armonías ideológicas con las que en vano preténdese expresar lo que son las sociedades y los Estados. Ni siquiera cabe la apelación a la voluntad de Dios como factor organizador, porque se apela a un elemento extraño para la unificación de muchos [32]. En esas condiciones concluye Hegel la imposibilidad de advenir a criterios verdaderamente dignos de ser tomados como éticos, ya que la visión de la totalidad íntima de las sociedades queda destruida desde los mismos planteamientos. Con la sentencia que juzga la incapacidad científica del empirismo, «das Unwissenschaftliche der Empirie» [33], liquídase la mínima apreciación científica, lo que en la terminología del Hegel de 1802 equivale a apreciación filosófica, del derecho natural tal como lo concibieron Grocio y Hobbes, Puffendorf y Thomasius, Rousseau y Wolff. Con la agravante de que aquellas abstracciones vacías, que aquellas «wesenlose Abstraktionen», dan lugar a algo odiado por Hegel como irreal y absurdo: el individualismo revolucionario en sus manifestaciones de la libertad, de la igualdad y demás postulados reñidos para él con la filosofía [34], y frente a los cuales va a alzar en este escrito de 1802 su visión del individuo inserto en la comunidad del pueblo.

La polvareda doctrinal del jusnaturalismo empírico, donde las teorías pugnan con la realidad en flagrantes inconsecuencias, no es superada por el jusnaturalismo racionalista, cuyo principal portaestandarte fuera Kant. Porque aquí también se acaba en otro formalismo, en lo negativo absoluto y en la mera abstracción de la forma vacía de contenidos igualmente. Anota Hegel, ya montado en la cumbre de lo Absoluto, que solamente lo Absoluto puede ser «der Prinzip der Bewegung und der Veränderung», el principio del movimiento y del cambio [35]; como para advertir que toda lógica verdaderamente filosófica ha de ser una lógica del infinito, fundada en contraposiciones finitas dentro del Espíritu infinito, no en una reflexión como la kantiana en la cual el Infinito queda ajeno de la finitud. El absoluto es ya, a la letra, aquél cuya esencia no es otra cosa que la directa e inmediata contraposición de sí mismo al ser: «so ist ihr Wesen selbst nichts Anderes, als das unvermittelte Gegentheil seiner selbst zu seyn» [36]. Lo que en el Derecho será la misma conclusión anterior de la visión del individuo inserto en la comunidad del pueblo.

En la especulación kantiana el fenómeno resta siempre el fenómeno, es una finitud a la postre también empírica, puesto que la *Crítica de la razón práctica* elude y hasta veta asumir tales fenómenos por realidades absolutas, con lo que resulta imposible la realización de lo Absoluto en ninguna manera que se busque. Las realidades de la vida quedan como determinaciones aisladas en las que el sujeto pensante se contrapone indefectiblemente a los hechos, siempre exteriores al yo y siempre sujetos a una necesidad empírica reñida con el concepto de la libertad que es patrimonio del Espíritu. La identidad entre razón y realidad, lo que ya desde entonces Hegel denomina, acuñado su lenguaje característico, identidad de lo ideal con lo real,

32. G. W. F. HEGEL: *Uber die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts*, 451.
33. G. W. F. HEGEL: *Uber die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts*, 454.
34. G. W. F. HEGEL: *Uber die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts*, 455.
35. G. W. F. HEGEL: *Uber die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts*, 458.
36. Ibídem.

queda en mera forma carente de contenidos absolutos [37]. Kant no consigue aunar el momento de la multiplicidad de las relaciones, condensadas en inclinaciones u otras capacidades apetitivas semejantes, con el momento de la pura unidad entre tales relaciones, que es instancia exclusivamente racional; de modo que el resultado es la abstracción del Yo en sí mismo [38]. Kant oscila entre aislar una determinación siempre empírica y aplicarle una forma que conviene a todos los contenidos; lo cual genera una tautología manifestada entre la materia de la máxima, por definición aislada e individual, y la generalidad, que no procura más que unidades analíticas, nunca sintéticas [39]. Donde lo único positivo es la forma, pero planteada de modo que equivale a negarle toda positividad. La célebre fórmula kantiana de obrar en manera que la voluntad del sujeto valga para legislación universal viene a ser así vacía, falsa y criterio que no merece la calificación de ético [40]. El transfondo de la voluntad general de Rousseau, inorgánica según sus bases individualistas, ha sido trasladada inútilmente al Derecho y no sirve para tornar aceptable al derecho natural tal como lo expone el jusnaturalismo racionalista.

Después de refutar las dos concepciones anteriores de que Hegel tenía noticia, refutaciones que he procurado recoger con fidelidad incluso en el lenguaje, Hegel explica su noción del derecho natural, primera exposición del saber filosófico jurídico salida de su pluma. Es un saber del Derecho de alcance filosófico en el cual procurará atar lo infinito de la razón con lo concreto de la naturaleza, proyectándola en la realidad de la historia.

En escrito poco anterior, el de 1801 titulado *Differenz des Fichteschen und Schellingschen Systems der Philosophie, Diferencia entre los sistemas de filosofía de Fichte y de Schelling,* había definido a lo Absoluto como la identidad de la identidad con la no-identidad, la «Identität der Identität und der Nicht-Identität» [41]; o sea la superación de las contradicciones de la naturaleza en la unidad del Espíritu, de atribuir a la naturaleza la precisión con que la fija para el joven Hegel Paul Asveld en *La pensée religieuse du jeune Hegel. Liberté et aliénation, El pensamiento religioso del Hegel juvenil. Libertad y alienación* [42]. La vida sería la reflexión fijada en los conceptos, en modo que la realidad coincidiría con una razón apta para unificar la multiplicidad de las realidades en su propia calidad de autoconocimiento del Espíritu. En *Sobre las maneras científicas de tratar al derecho natural* el Espíritu es la suprema eticidad, la «absolute Sittlichkeit» del que hay que partir para el entendimiento de las ciencias; ciencias que es una ciencia que en el caso presente busca establecer la absoluta identidad de lo Infinito con los individuos; totalidad moral por Hegel adscrita a los pueblos, entendiendo al pueblo como totalidad ética por sí mismo [43].

Mas, extremo importante para captar este derecho natural que es la primera formulación del saber filosófico jurídico en Hegel, el pueblo como totalidad organizada, como organización ética de la realidad, como «die sittliche Organization in der Realität» [44]. La esfera de la filosofía práctica es subjetivamente moral, es unidad formal en el Derecho y es eticidad absoluta

37. G. W. F. HEGEL: *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts,* 459.
38. G. W. F. HEGEL: *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts,* 462.
39. G. W. F. HEGEL: *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts,* 464.
40. G. W. F. HEGEL: *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts,* 467.
41. En las *Werke,* I, 77-168. Cita a la pág. 124.
42. Louvain-Paris, Publications universitaires-Desclée de Brouwer, 1953, pág. 205.
43. G. W. F. HEGEL: *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts,* 486.
44. G. W. F. HEGEL: *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts,* 494.

en el derecho natural [45]. Totalidad en la cual la naturaleza pierde sus alcances de finitud y multiplicidad, para cobrar unidad infinita, tan cabal que en la totalidad ética sube a naturaleza divina: «in diesem Einsseyn der Unendlichkeit und der Realität in der sittlichen Organisation scheint die göttliche Natur» [46]. Así, al ser totalidad objetiva, el pueblo es un concepto jurídico nuevo y substancial, como observa Hermann Heller en *Hegel und der nationale Machtstaatsgedanke in Deutschland, Hegel y el pensamiento del Estado de fuerza nacional en Alemania* [47]. En 1802 el derecho natural de Hegel es la naturaleza elevada a totalidad ética en el pueblo, es un Derecho realizado en la historia, es lo que Franz Rosenzweig en *Hegel und der Staat, Hegel y el Estado,* califica de Derecho atañente a la eticidad natural [48]; una naturaleza anclada en la comunidad popular que es nueva versión hegeliana de lo que la naturaleza sea, muy distinta de lo que por naturaleza habían entendido los jusnaturalistas del siglo XVII y los jusracionalistas del siglo XVIII. Es la naturaleza del pueblo como totalidad ética, como organización espiritual, algo más compacto, y muy diverso del pueblo y de la naturaleza en las concepciones individualistas precedentes.

No es que estatuya diferencia radical entre el derecho positivo y el derecho natural, porque ambos son manifestaciones del Espíritu en distintos planos del despliegue del Espíritu. El derecho positivo corresponde al momento del ser-para-sí, en su proyección en diversidades; el derecho natural al del ser-en-sí-y-para-sí, en la superación dialéctica de las contraposiciones antagónicas. Bien que no con el acabado perfil que asoma en sus escritos posteriores, ya en 1802 Hegel plantea el esquema de los saberes y de las realidades jurídicas de acuerdo con los rasgos característicos de su sistema.

De ahí niegue puedan ser excluidas de la contemplación filosófica las ciencias positivas, esto es las que en el vocabulario adoptado en el presente *Tratado* y que no coincide con el de Hegel, llamo yo los saberes científicos del Derecho. «Es ist durch das Fürsichseyn und die empirische Unterscheidung dieses Corps von Wissenschaften keine wahrhafte Unterscheidung desselben von der Philosophie gesetzt», son sus palabras mismas [49]. Lo que sucede es que tales saberes de las ciencias jurídicas positivas pueden ser considerados de dos modos: o en su totalidad unificadora, como momentos del único saber verdadero del Derecho, que es el filosófico; o en sus construcciones usuales, en las cuales los juristas no las han edificado con criterios filosóficos, sino empíricos, adobándolas al estilo de las «empirische Wissenschaften», según las calidades del pueblo y del tiempo, de suerte que a «einem bestimmten Volke so wie einer bestimmten Zeit angehören»; con lo cual las separa tajantemente de la filosofía [50]. Trátase de saberes objetivos, reales y necesarios, puesto que de otra guisa no serían saberes científicos; pero fundando sus conceptos fundamentales y sus noticias en la experiencia [51]. Es la misma materia del contenido; pero difieren desde el ángulo en que se las considere: si se las toma como encarnaciones del despliegue del Espíritu son saberes filosóficos, pues que saber filosófico es atender a la realidad desde la razón del Espíritu que se autocontempla al realizarse; si se

45. G. W F. HEGEL: *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts,* 506
46. G. W. F. HEGEL: *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts,* 511.
47. Segunda edición. Aalen, Otto Zeller, 1963, pág. 36.
48. München und Berlín, R. Oldenbourg, 1920, dos tomos. Cita al I, 132.
49. G. W. F. HEGEL: *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts,* 516.
50. Ibídem.
51. G. W. F. HEGEL: *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts,* 517.

las toma como conjunto de saberes atenidos a cada pueblo y a cada época, serán entramados objetivos, pero no mirados desde la totalidad de los saberes, totalidad que sólo es asequible cuando el Espíritu se contempla filosóficamente a sí propio. Aquella dualidad de conceptos de la naturaleza, siendo así que no obstante la naturaleza es el conjunto de las realidades al menos en esta primera etapa de la filosofía hegeliana, repercute en esta dualidad de saberes llamados por Hegel de las ciencias positivas del Derecho y de las ciencias filosóficas del Derecho, y que en el presente *Tratado* dícense saberes científicos y saberes filosóficos.

En las lecciones explicadas en la universidad de Jena esta concepción del derecho natural como el que compete a la «sittliche Natur», a la naturaleza moral del pueblo, alcanza matizaciones precisadoras en sumo grado en función de su paulatina perfilación del concepto de naturaleza, cual ha indicado F. Darmstaedter en *Das Naturrecht als soziale Macht und die Rechtsphilosophie Hegels, El derecho natural como fuerza social y la filosofía hegeliana del derecho* [52]. Ya en el *System der Sittlichkeit* de 1802 escalonó el estudio de los problemas referidos al Derecho entre la naturaleza ética y la eticidad absoluta, analizando la anulación física, el robo, el asesinato y la guerra entre otros análogos, bajo el título de «das Negative oder die Freiheit oder das Verbrechen», lo negativo o la libertad o el crimen [53]. En la que suele decirse *Jenenser Realphilosophie* el tránsito desde la singularidad a la generalidad consiste en la pertenencia a un pueblo: «das Enzelne als Mitglied eines Volkes ist ein sittliches Wesen» [54], porque el espíritu absoluto de un pueblo es el elemento general absoluto [55]; con lo cual recluye la eticidad natural a la familia y eleva al pueblo a eticidad absoluta.

En el curso de 1805 a 1806 desaparece la antigua terminología, labrada sobre las huellas de Schelling, dando de lado a los planteamientos de positividad y negatividad, de naturaleza ética y otros parejos, para adoptar el que será desde entonces su definitivo vocabulario, encadenado al contrapeso de la inteligencia y la voluntad. En lugar de la «Natur» o naturaleza aparece como cardo de la especulación el concepto o «Begriff». Lo que cuenta es el concepto, poner el concepto de las libres autoconciencias contrapuestas: «es ist der Begriff der gegeneinander freien Selbstbewusstseine gesetzt, aber eben nur der Begriff» [56]. Con lo cual muda el concepto del derecho natural, porque se pasa desde la negatividad de las individualidades libres interrelacionadas, a la positividad del movimiento del concepto, expresado por el Derecho como conexión entre las personas dentro de la totalidad inherente al despliegue del Espíritu: «Recht ist die Beziehung der Person in ihrem Verhalten zur andern», Derecho es la relación de la persona en su conducta con los otros, mediante el reconocimiento mutuo en el cual lo reconocido es reconocido como inmediatamente válido a través de su ser, pero siendo este ser el producto del concepto [57]. El movimiento del concepto quiebra las conexiones anteriores de la naturaleza, centrándose en la persona o yo humano, descubrimiento que implica la ruptura con la temática an-

52. En *Sophia*, V (1937), 215.
53. Pueden verse en las págs. 446-460 de los *Schriften zur Politik und Rechtsphilosophie*, editados por G. LASSON, en Leipzig, Félix Meiner, 1923.
54. Editada por JOHANNES HOFFMEISTER. Leipzig, Félix Meiner, dos tomos. Cita al I (1932), 232.
55. Ibídem.
56. G. W. F. HEGEL: *Jenenser Realphilosophie*, II (1932), 205.
57. G. W. F. HEGEL: *Jenenser Realphilosophie*, II, 206.

terior y elimina los contrastes que suscitaba la precedente versión de la naturaleza.

La aparición de la persona altera las perspectivas antiguas y sirve para replantear la especulación jurídica de Hegel. El Derecho se va a referir ahora a la persona pura, al puro reconocimiento de la persona como tal. Puesto que el hombre es hombre solamente en su concepto lo que cuenta es la realidad del ser aquí, la existencia, no la condición o el estado meramente natural. Hegel elaborará el concepto del Derecho en función de ver al hombre en su concepto, no en su condición natural; «Ich betrachte den Menschen in seinem Begriffe, d. h. nicht im Naturzustande» [58]. La noción de naturaleza ha sido sustituida por la del movimiento y el Derecho consta en el movimiento del Espíritu, excluyendo todo resto de la acepción de la naturaleza que todavía venía aceptando sin duda por reflejos de los planteamientos de Schelling.

Es el cuadro de nociones que perdura en la máxima obra de Hegel, en la *Phänomenologie des Geistes, Fenomenología del Espíritu*, de 1807, libro ya de pensador maduro, quizás la suprema exposición de la filosofía hegeliana. Abundando en la misma línea, la sustancia ética es el pueblo, en donde el Espíritu encarna superando dialécticamente a los individuos que lo componen y siendo así la clave para la forja del Derecho. La única sustancia efectiva es el pueblo, «die wirkliche Substanz ist es ein Volk», escribe Hegel con lenguaje terminante [59]; pues es este Espíritu, en su manifestación en el pueblo, lo que puede ser llamado ley, ya que es la realidad autoconsciente, tanto se presente como ley reconocida o como ética existente [60].

El análisis a que Hegel somete a la ley en la *Fenomenología del Espíritu*, sin ceñirse a la noción estrictamente jurídica, ayuda sobremanera a calibrar sus pensamientos. En términos genéricos ley es la imagen constante de un fenómeno inestable de una parte [61]; de otro lado ley supone dos grados del saber de la realidad: primero, la expresión de las diferencias como momentos independientes; segundo, la forma del simple ser vuelto sobre sí mismo, «insichzurüsksggegangenseyn» [62]. Sobre cuyo planteamiento general, al ascender a aquel momento evolutivo del Espíritu en donde la razón actúa por observadora de la naturaleza, es la razón la que descubre las leyes en la sola manera en que la razón procede según Hegel: en una contemplación dialéctica de la realidad. Con expresión que sería obscura para quien no esté ducho en la terminología hegeliana, pero que resulta clarísima para el avezado en su lectura, háblase en la *Fenomenología del Espíritu* de un instinto de la razón, de cierto «Vernunftsinstinkt» [63] descubridor de las leyes ínsitas en el orden creado por el Espíritu en su despliegue en la naturaleza a medida que abandona la determinabilidad inerte en lo permanente y averigua la observación de esa determinabilidad tal cual es en realidad, o sea en la relación que la refiere a su contraria; es decir, como momentos sucesivos en la marcha del Espíritu.

Las ulteriores apreciaciones de la ley, como orgánicas en donde la exterioridad se corresponde con la interioridad [64]; cual lógicas, en las que el

58. G. W. F. HEGEL: *Jenenser Realphilosophie*, II, 205.
59. G. W. F. HEGEL: *Phänomelogie des Geistes*. En *Werke*, II (1951), 341.
60. Ibidem.
61. G. W. F. HEGEL: *Phänomenologie des Geistes*, 121-122.
62. G. W. F. HEGEL: *Phänomenologie des Geistes*, 124.
63. G. W. F. HEGEL: *Phänomenologie des Geistes*, 196.
64. G. W. F. HEGEL: *Phänomenologie des Geistes*, 208.

pensamiento retorna sobre sí mismo [65] en la medida en que su contenido se pone como elemento del propio ser en contraposición dialéctica, a tenor de lo que ya apuntara en *Differenz der Fichteschen und Schellingschen Systems der Philosophie, Diferencia entre los sistemas filosóficos de Fichte y de Schelling* [66]; en las que dice del corazón, según una determinación inmediata en el ser para sí de la conciencia [67]; todas esas maneras de la ley abren camino en Hegel a los dictados de la razón legisladora, saber de la cosa absoluta que no sufre de la oposición entre certeza y verdad, ni entre lo universal y lo singular, porque es al mismo tiempo realidad efectiva y operación de la conciencia en sí. Leyes de la conciencia ética, de la «sittliche Bewusstsein», en cuyo regazo únese el ser con la verdad. Las leyes son aquí, en este plano ético, al decir de Hegel, «Massen, welche die bestimmten Gesetze des absoluten Wesen sind», masas, que son leyes determinadas de la esencia absoluta [68]; con la condición de que leyes semejantes no turban al concepto, porque quedan incluidos en ellas los tres momentos del ser, de la conciencia pura y de la mismidad o «Selbst»; de suerte que supone instantes distintos, pero dialécticamente inseparables [69].

Al arribar al concepto del despliegue del Espíritu que es Espíritu objetivo, la noción general de la ley captada como cauce del devenir dialéctico del Espíritu, acércase a su fijación jurídica, mediante su encuadramiento en las instituciones de la comunidad, del pueblo. Karl Larenz lo expuso con acierto magistral en *Die Bedeutung der völkischen Sitte in Hegels Staatsphilosophie, Significación de la ética del pueblo en la filosofía política de Hegel* [70], observando como en la *Fenomenología del Espíritu* parece asomar ya el contraste entre la moralidad que toca al individuo con la eticidad que corresponde al pueblo. Con inspiración en el ejemplo de la paganía antigua, que arriba mostré constituía desde sus años juveniles el modelo para la concepción hegeliana del pueblo como totalidad abarcadora de los individuos; los mayores sabios de la antigüedad lo expresaron diciendo que la sabiduría y la virtud consisten en acompasar la vida personal a la eticidad del pueblo propio: «die weissten Männer des Altertums haben darum den Anspruch getan: dass die Weisheit und die Tugend darin bestehe, den Sitten seines Volkes gemäss zu leben» [71].

Idea no nueva, pues, pero ahora vivificada con la aportación del proceso dialéctico como factor decisivo de novedad filosófica. El contraste al par que la inserción del individuo en la comunidad por el Derecho está poderosamente expresado por Hegel al asentar que la comunidad es el Espíritu que es para sí cuando se refleja en los individuos, y que es en sí, o sea substancia, cuando los contiene dentro de sí mismo: «es ist Geist, welcher für sich, indem er im Gegenschein der Individuen sich, und an sich oder Substanz ist, indem er sie in sich erhält» [72].

La ley humana, ya asumida en proyección jurídica, es el mismo Espíritu en la forma de su efectividad consciente. «Dieser Geist kann das menschliche

65. G. W. F. HEGEL: *Phänomenologie des Geistes*, 233-234.
66. En *Werke*, I, 27.
67. G. W. F. HEGEL: *Phänomenologie des Geistes*, 302-303.
68. G. W. F. HEGEL: *Phänomenologie des Geistes*, 323.
69. Ibídem.
70. En la *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, LXLVIII (1938), 109-150. Sobre todo en la pág. 119.
71. G. W. F. HEGEL: *Phänomenologie des Geistes*, 275.
72. G. W. F. HEGEL: *Phänomenologie des Geistes*, 341.

Gesetz genannt werden, weil er wesentlich in der Form der ihrer selbstbewusstsein Wirklichkeit ist»[73]. Pudiendo manifestarse como universalidad o como particularidad; en el primer caso son las leyes o las costumbres populares, elevadas a derecho vigente; en el segundo es la certidumbre efectiva del individuo constituido en persona. La superación del contraste resulta de que su verdad es la validez exteriorizada a la luz del día en una existencia cuya consciencia inmediata emerge bajo la forma de una libertad del ser aquí, del «Dasein».

Como puede verse, en la *Fenomenología del Espíritu* ayúntanse y maduran los puntos de vista anteriores, conjugados con arreglo a la nueva perspectiva ahora ya avasalladoramente imperante: el devenir dialéctico. Los dos polos jurídicos básicos del hombre y del pueblo, del individuo y de la colectividad, son ahora la persona y la comunidad, que es la colectividad organizada en el fuero del Espíritu, aunador dialéctico de ambos elementos en una normatividad que, a las alturas del momento objetivo, es normatividad jurídica. En la *Fenomenología del Espíritu* están ya sólidamente delineadas las directrices del sistema hegeliano y delimitada su concepción del saber filosófico jurídico. La idea de una normatividad inherente a la realidad del Espíritu, referida a normatividad jurídica en el juego de las conexiones del individuo con la comunidad popular, son los dos polos en que se mueve el Derecho, siempre filosóficamente considerado. En lo sucesivo la tarea de Hegel como filósofo del Derecho consistirá en puntualizar los rasgos de ese devenir, especialmente en la faceta en que la norma jurídica y el saber jurídico encarnan: en el terreno del Espíritu objetivo.

La etapa de profesor en el gimnasio de Nurenberg entre 1808 y 1811 supone un avance en tal sentido, cual puede verse en la *Philosophische Propädeutik*, apuntes de clase descubiertos por Karl Rosenberg en 1838 entre los papeles del maestro. En verdad dan en esbozo general de la doctrina hegeliana, expuestos sucintamente en bosquejo de sistema, mostrando ya las líneas generales que luego desenvolverá en la *Enciclopedia* de 1817.

Tras una introducción general en la que puntualiza que la teoría por él explanada gira alrededor de la noción de la voluntad humana en el cotejo de las conexiones de la voluntad especial con la voluntad general. Esto es, lo que en la terminología del idealismo venía definiéndose como filosofía práctica.

El punto de arranque para situar a lo jurídico reside en la conciencia en cuanto relación del sujeto con los objetos. Estos pueden ser recibidos como exterioridad y su conjunto constituye el mundo de lo sensible; o fundados en el Espíritu y entonces comprenden la esfera de lo inteligible. El Derecho está colocado en el orbe de lo inteligible[74].

Voluntad verdadera es aquélla en la cual el individuo se integra en la esencia general según su propia voluntad pura; o sea, no se da voluntad libre en la que se concreta en los individuos y recoja las distinciones que separan a unos individuos de otros[75]. Cuando la voluntad individual no está integrada en la universalidad de la Esencia con pureza, no es voluntad libre; es albedrío, es arbitrio[76]. La voluntad verdadera, la voluntad absolutamente

73. Ibídem.
74. En las *Werke*, III (1949), 23-227. Cita a la pág. 25, Einleitung, párrafos 1 y 2.
75. G. W. F. HEGEL: *Philosophische Propädeutik*, 28. Párrafo 10.
76. G. W. F. HEGEL: *Philosophische Propädeutik*, 28. Párrafo 12.

libre, solamente puede tener por contenido a sí misma, únicamente puede tomar a sí propia por objeto; excluye cualquier especialidad en su contenido, de modo que la generalidad sea completa, suelta y liberada, por referirse exclusivamente a su realidad de voluntad libre [77]. Lo cual quiere decir liberación de las inclinaciones y de los impulsos que el hombre comparte con los animales, a causa de la actuación de la razón; actuar reflexivo de la razón en la fijación de los fines; salida del hombre del círculo de la mera naturaleza sujeta a necesidades de aconteceres forzados; precisión de los linderos del querer libre como querer absoluto, o sea, superando las estrecheces del arbitrio o «Willkür», con eliminación del cortejo de intereses concretos que el arbitrio lleva consigo; independencia del querer de la voluntad así definida por absolutamente libre de las intenciones y de las peculiaridades atañentes a la individualidad; y, en consecuencia, la independencia completa del Derecho, expresión de la voluntad libre, de todo factor que no sea la voluntad como tal [78]. En el apartado referente a la teoría del Derecho o *Rechtslehre*, párrafo 2, corrobora que en el Derecho debe realizarse meramente la voluntad general, sin consideración a las intenciones o a las convicciones de los individuos, así como que el Derecho tiene por objeto solamente al hombre absolutamente como esencia libre, en el sentido de la libertad antes indicado; «Nach dem Recht soll bloss der allgemeine Wille geschehen, ohne Rücksicht auf die Absicht oder Ueberzeugung des Einzelnen und das Recht hat den Menschen nur als freies Wesen überhaupt zum Gegenstande» [79].

El doble extremo en que el Derecho se movía en la *Fenomenología del Espíritu* mantiénese en la *Propedéutica filosófica*: la persona, que es la esencia libre reconocida [80]; y la que Hegel denomina a estas alturas de su avance filosófico bajo el nombre de sociedad estatal o «Staatsgesellschaft», que sustituye por la familia y por la sociedad, todavía indistinta del Estado; Estado que en 1810 sustituye al pueblo o «Volk», que en la *Fenomenología del Espíritu* era el contrapié del individuo [81]. Idéntico el planteamiento al de 1807, pero con las diferencias de que la consideración filosófica del Derecho comienza a membrarse en la incipiente descripción del devenir dialéctico; la persona es la voluntad reconocida, como antes; pero el «pueblo» da paso a la entidad indiscriminada de lo colectivo, organizado en familia y en sociedad, de las cuales no ha sido todavía desligado el Estado. Es un paso adelante en el proceso mental con que Hegel, tenaz y trabajosamente, va detallando la marcha del Espíritu por los senderos en que andando hace el camino del Derecho.

El salto que supone lo conseguido en 1817 en la primera redacción en sus días en Heidelberg de la *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse, Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, es verdaderamente gigantesco. Ya está construido el plano de la marcha del Espíritu tal como clásicamente será la trama del sistema en las tres escalas de la lógica, de la naturaleza y del Espíritu mismo, la última parcelada en los tres sabidos peldaños del Espíritu subjetivo, del Espíritu objetivo y del Espíritu absoluto. Por fin aquella recia contextura sólida de la *Fenomenología del Espíritu* es diez años más tarde estructurada elaboración. A estas alturas los tanteos

77. G. W. F. HEGEL: *Philosophische Propädeutik*, 28. Párrafo 12.
78. Sintetizo aquí en grandes trazos las puntualizaciones trafdas por el mismo HEGEL en las págs. 29-54 de la *Philosophische Propädeutik*.
79. G. W. F. HEGEL: *Philosophische Propädeutik*, erster Abschnitt, párrafo 2, pág. 55.
80. G. W. F. HEGEL: *Philosophische Propädeutik*, I, 4, pág. 56.
81. G. W. F. HEGEL: *Philosophische Propädeutik*, I, 22-31, págs. 69-75.

ordenadores de 1810 son definitiva modelación lograda y el Derecho ocupa el sitio que le corresponde en el momento dialéctico del Espíritu objetivo. Desde 1817 el sistema apenas si merecerá detallados retoques, porque la médula está ganada. Derecho, moral y ética constituyen la tríada en que se apoyarán los escritos posteriores. En 1817 Hegel ha definido su sistema y colocado al saber jurídico en el lugar que dentro de él le toca. Los párrafos 400 a 452 de la *Enciclopedia* de 1817 son el anticipo de la *Filosofía del derecho* [82]. Las dos revisiones posteriores de 1827 y 1831, igual que la *Filosofía del derecho* misma, no dan más que en puntualizaciones de lo que en la *Enciclopedia* de 1817 se contiene.

En el semestre de invierno del curso de 1817 a 1818 explicó Hegel la parte correspondiente al Espíritu objetivo, titulándolo curso de derecho natural y político, de «Natur- und Staatsrecht» [83]; habiéndose conservado las notas para explicación de clase de las lecciones, publicadas recientemente por Karl Heinz Ilting en la exhaustiva edición de los escritos filosófico-jurídicos de Hegel [84]; notas que aclaran en sumo grado la visión que el Hegel de 1818 tenía de los saberes filosóficos del Derecho. Porque en esas notas aparece con patente nitidez la figura del derecho positivo como aquél que vale por imperativos de la autoridad con independencia de la razón, de suerte que puede y debe ser racional, «kann vernünftig seyn (und soll es)», sin que en cambio necesariamente requiera para su vigencia el requisito de la racionalidad [85]. A fuer de arranque dialéctico del proceso del Espíritu objetivo, la persona implica una manera abstracta de la libertad, dialécticamente previa y contrapuesta a la concreción del Espíritu que se da en la familia [86]. La libertad auténtica sigue identificándose con la generalidad, por encima del arbitrio, el cual a su vez sigue ceñido a la casualidad, a la «Zufälligkeit» [87]. La irreductibilidad de la Libertad verdadera, libertad del Espíritu, a las libertades individuales de los derechos llamados naturales en la terminología revolucionaria burguesa es otro rasgo que subraya la nueva noción del Derecho que el sistema hegeliano significa [88]. En la glosa al párrafo 442 la referencia al destino del pueblo confirma la distinta calidad ética de la normatividad que entraña ver en el Derecho la perspectiva filosófica del despliegue del Espíritu [89]. En este trance de su evolución intelectual Hegel postula una visión filosófica del Derecho captado como saber filosófico, dejando de lado al derecho positivo en lo que en la terminología del presente *Tratado* llamaríamos saber científico del Derecho.

Cinco veces a la semana, desde lunes a viernes, de cuatro a cinco de la tarde, explicó en el semestre de invierno de 1818 y 1819 en la universidad de Berlín un curso que comenzó en 22 de octubre para terminar el 25 de marzo, habiendo llegado hasta nosotros el contenido de las explicaciones a través de los apuntes tomados por el alumno Carl Gustav Homeyer (1795-1874), más tarde catedrático de derecho alemán en la misma universidad berlinesa y estimado como autor de una modélica edición del *Sachsenspiegel* o *Espejo de Sajonia*. De tales apuntes resulta que a lo largo de sus explica-

82. En *Werke*, VI (1956), 281-300.
83. Véase al respecto KARL HEINZ ILTING: *Vorbemerkungen*. En G. W. F. HEGEL: *Rechtsphilosophie*. Stuttgart-Bad Cannstatt, Frommann-Holzboog, I (1973), 133.
84. G. W. F. HEGEL: *Rechtsphilosophie*, I, 137-215.
85. En *Rechtsphilosophie*, I, 139.
86. En *Rechtsphilosophie*, I, 141.
87. En *Rechtsphilosophie*, I, 163.
88. En *Rechtsphilosophie*, I, 187.
89. En *Rechtsphilosophie*, I, 199.

ciones Hegel señaló un saber filosófico del Derecho, eludiendo expresamente la estima del derecho positivo.

Ya en la introducción al curso asentó ser objeto de la que apellidó ciencia filosófica del Derecho el concepto superior de la naturaleza de la libertad, sin consideración a que sea válido o a las coyunturas ideológicas de la época. «Der Gegenstand der philosophischen Rechtswissenschaft ist der höhere Begriff von der Natur der Freiheit, ohne Rücksicht auf das was gilt, auf die Vorstellung der Zeit» [90]. Saber filosófico, y únicamente filosófico, del Derecho, porque lo que llevará a cabo en las disertaciones del curso es mostrar la adecuación del Derecho a la «Idea»; de suerte que el Derecho no quede en abstracción ni en referencia histórica [91]. Con lo que el derecho natural es un saber filosófico, no referido al derecho positivo más que en la medida en que las instituciones o las normas de éste encarnen el despliegue del Espíritu: «der Naturrecht hat den Vernunftsbegriff des Rechts und die Verwirklichung desselben, die Idee des Rechts zum Gegenstande» [92]. Su único hontanar es la voluntad en su libre autodeterminación, no las normas creadas a lo largo de la historia. Es un Derecho reducido a concepto, en un concepto que supera a la abstracción porque abarca al par lo general y lo particular, lo finito y lo infinito [93].

Siendo todo saber jurídico saber filosófico, el derecho positivo cuenta en la proporción a su asunción por la filosofía, al ser la filosofía la descripción del acontecer libre del Espíritu. Hegel separa al derecho natural, pura expresión de la voluntad filosófica y dialécticamente libre, del derecho positivo, que es el que vale dentro del círculo de un Estado concreto histórico; pues que en el derecho natural importa la generalidad atañente a la razón, mientras que en el derecho positivo repercute el empirismo de la casuística [94]. Sin que quepa referir nunca, en esta acepción hegeliana, el derecho natural a la naturaleza humana henchida de apetitos y de impulsos, porque la naturaleza cae fuera del Derecho, porque «das Prinzip des Rechts liegt nicht in der Natur» [95], sino en el Espíritu, o mejor, en el momento objetivo del devenir del Espíritu. Por ejemplo, la voluntad natural o arbitrio, la voluntad que se mueve en la zona de las pasiones e inclinaciones, es el «Willkür», que nada tiene que ver con la libertad verdadera cuyo soporte exclusivo el Espíritu es [96].

El derecho natural así tajante saber filosófico, inicia el análisis del devenir del Espíritu en calidad de voluntad libre por la persona, cuya coincidencia es fuente de la capacidad jurídica, ya que persona no es más que el individuo consciente de la libertad libre —y en la terminología de Hegel no es ello redundancia— que en él anida [97]. La diferencia entre la persona, asumida en el despliegue del Espíritu, y el hombre como mera naturaleza, está en que la persona es existencia abstracta carente de fines, que «in der abstrakten Persönlichkeit ist kein Inhalt, kein besonder Zweck» [98]; al paso que en el hombre como naturaleza pululan los fines dimanados de los apetitos y de las pasiones.

90. En *Rechtsphilosophie*, I, 227-351. Cita a la pág. 234.
91. En *Rechtsphilosophie*, I, 232.
92. En *Rechtsphilosophie*, I, 237, párrafo 1.
93. Ibídem.
94. En *Rechtsphilosophie*, I, 238, párrafo 2.
95. En *Rechtsphilosophie*, I, 239, párrafo 3.
96. En *Rechtsphilosophie*, I, 245, párrafo 9.
97. En *Rechtsphilosophie*, I, 254, párrafo 18.
98. En *Rechtsphilosophie*, I, 255, párrafo 19.

El derecho de esa persona abstracta es el que llama derecho abstracto, parte del derecho natural que nunca puede identificarse con éste como un todo, según algunos torpemente han creído y cual luego puntualizaré. A la persona, pasado el momento dialéctico de la moralidad, correspóndese la sociedad, empezando por la familia que ya inaugura el peldaño de la eticidad o «Sittlichkeit». En la «Sittlichkeit» realízase por completo la idea de la libertad, eliminando cualquier residuo del instante de la naturaleza, incluso en instituciones como el matrimonio, que «nicht eine natürliche» es, por más que se apoye sobre lazos naturales [99]. El Estado es unidad en el Espíritu, no en la sangre, y su derecho es el supremo para el individuo desde que encarna el escalón supremo del Espíritu objetivo [100]. Lo que quiere decir para Hegel no el quimérico estado de naturaleza con valer jurídico de derecho natural, cual acontecía en Kant, dado que a los ojos de Hegel en el estado de naturaleza no cabe ningún Derecho al faltarle la encarnación del Espíritu objetivo, encarnación apenas hacedera en entidades superiores al individuo; para Hegel el Derecho se apoya sólo en el espíritu general de la comunidad del pueblo: «der Rechtszustand aber beruht nur auf dem allgemeinen Geist des Volkes» [101].

En las lecciones de 1818, tal como nos las trasladó Carl Gustav Homeyer, no ha usado aún el vocablo «filosofía del derecho», mas los planteamientos que del Derecho hace allí Hegel son los del saber filosófico-jurídico. El derecho positivo no se opone al derecho natural; lo que continúa distinguiéndolos es que en el derecho natural el Espíritu sabe su libertad en un caminar racional y el Derecho puede ser elevado a consideración filosófica, por encima de las instituciones que son las limitaciones del pueblo o de la época, mirando en él el lado real de la realización del Espíritu. Aquí radica la razón de que más tarde, en la *Filosofía del derecho*, consigne a la cabeza de sus consideraciones la identificación de lo racional con lo real.

Después de una primera redacción, hoy perdida, en el curso profesado en Berlín en el semestre invernal de 1819 a 1820 sobre derecho natural y político, esto es filosofía del Derecho, «ius naturae et civitatis, i. e. philosophia iuris», aparece el nuevo nombre con que Hegel bautizó los estudios filosófico-jurídicos. Nombre que pasa a las *Grundlinien der Philosophie des Rechts* de 1821, cuyo subtítulo recoge a la letra en alemán la designación latina del curso de 1819: «Naturrecht und Staatswissenschaft», derecho natural y ciencia del Estado.

El título, sin embargo, no se afianzó en los comienzos, viéndose en las *Grundlinien* otro tratado más de derecho natural. Así le llaman Creuzer en carta del 30 de mayo de 1820 y Daub en otra misiva del 30 de septiembre del propio año [102], amén de una más de Heinrich del 14 de octubre [103]. Es que el peso de la terminología era tan poderoso que más bien parecía ser la filosofía del Derecho una parte, al lado de la ciencia del Estado, del derecho natural, que no al revés; así se preguntaba en torno al título el crítico oculto bajo las iniciales C. Z. en la recensión aparecida en *Hermes oder Leipziger kritisches Jahrbuch der Litteratur* en 1822 [104]. Tendrán que transcurrir dos lustros y habrá de ser un celoso estudioso como el discípulo Eduard

99. En *Rechtsphilosophie*, I, 302, párrafo 83.
100. En *Rechtsphilosophie*, I, 324, párrafo 114.
101. En *Rechtsphilosophie*, I, 232.
102. Pueden verse en K. H. Ilting: *Einleitung* a la *Rechtsphilosophie*, I, 83.
103. En K. H. Ilting: *Einleitung* a la *Rechtsphilosophie*, I, 84.
104. En *Hermes*, I (1822), 309-351. Cita a la pág. 316.

Ganz para dar la clave del título en las exigencias del sistema al prologar en 1833 nueva edición de la *Filosofía del derecho*. Es que derecho natural y ciencia del Estado son la misma cosa, porque contemplan al Derecho desde la evolución dialéctica del Espíritu; es que, contra lo que hiciera el jusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII, renegador de la historia, Hegel habla de filosofía del Derecho para designar a un saber filosófico jurídico en cuyo seno fúndense el viejo jusnaturalismo con el devenir histórico [105]. Era la secuela evidente de haber definido al derecho natural como saber filosófico, capaz de asumir al derecho positivo siempre que éste fuese considerado filosóficamente, esto es como parte del despliegue dialéctico del Espíritu y no como simple hecho histórico. Había que estar mucho en los secretos del sistema para calibrar lo que el título ya significaba de novedoso respecto a los precedentes tratados de derecho natural; y los coetáneos inmediatos que lo leían con mentalidad jusnaturalista dieciochesca, los Creuzer, los Daub y los Heinrich, no estaban en condiciones de captar la innovación que el título por sí mismo suponía. En la medida en que cabía un estudio filosófico de las instituciones históricas estimadas como momentos de la realidad del devenir del Espíritu, ya no era bastante el título seco de «derecho natural» con el alcance del individualismo y partiendo de una noción de la naturaleza que hemos visto cuán enérgicamente rechazaba Hegel; era perentorio subrayar la importancia del Espíritu objetivo, que es precisamente el escalón de la marcha del Espíritu donde anida lo que podríamos llamar Derecho o normatividad «jurídica»; urgente resultaba hablar de ciencias políticas como ciencias de la sociedad y del Estado, en cuyo seno es donde halla el hombre la auténtica realización de su libertad, según hemos visto también acreditaba Hegel; no bastaba, pues, el lenguaje del «derecho natural» por Hegel en tantos aspectos superado. Había que encontrar un vocablo más ancho, en cuyo hondón cupiesen el jusnaturalismo abstracto e individualista, al lado de otro saber del nuevo continente de lo social por Hegel descubierto, como «pueblo» primero, como «sociedad» luego, finalmente como «sociedad y Estado». Por ello Hegel inventó la nueva mención de la «filosofía del derecho», sustituyendo a aquélla de «derecho natural» que tan estrecha venía para expresar los novedosos ensanchamientos de los saberes filosófico-jurídicos entrañados en el horizonte de su sistema.

Las *Grundlinien*, impresas a cargo de la librería Nicolai de Berlín en 1821, inauguran el título cuya fortuna ha durado hasta nuestros días. En ellas expónese la formulación más característica del pensamiento jurídico hegeliano. Su tema es la realización de la voluntad general en su desarrollo como Derecho, con la secuela de presentar a lo jurídico en constante movimiento en el cual se realiza la tesis de la realidad de la voluntad como voluntad general, según la concisa interpretación con que la resume especialista de tantas campanillas como Martin Busse en *Das Thema der Rechtsphilosophie Hegels, El tema de la filosofía hegeliana del derecho* [106]. Exégesis admitida por otros numerosos comentaristas, como Jakob Fleischmann en *Hegel's theory of Law, La doctrina hegeliana del derecho* [107]; Gustav Emil Mueller en *Hegel. The man, his vision and work, Hegel. El hombre, su perspectiva y su obra*, para quien comprende el conjunto de las manifestaciones de la liber-

105. En las *Werke*, VII (1952), 4-5.

106. En el volumen *Einführung in Hegels Rechtsphilosophie*. Berlín, Junker und Dünnhaupt, 1931, págs. 30-55. Cita a la pág. 55.

107. En los *Scripta Hierosolimytana*. VI. *Studies in philosophy*. Jerusalem, Magnes Press, 1960, págs. 269-315.

tad ética [108]; Shlomo Avinei en *Hegel's theory of the modern State, La teoría hegeliana del Estado moderno*, quien la ordena en la mediación dialéctica que lleva al hombre a la conciencia de la libertad [109], por supuesto según lo que Hegel entendió por libertad; o León Dujovne en *La filosofía del derecho de Hegel a Kelsen*, el cual explana la filosofía como libertad absoluta, antítesis del arbitrio natural humano [110].

Al ser Derecho la libertad ética, en suma, la filosofía del Derecho es la biografía del Espíritu en el estadio de la libertad ética objetiva. En el sistema está colocado entre la subjetividad y lo Absoluto; comienza su temática en la persona, que es la libertad abstracta carente de contenidos, y termina en el Estado, encarnación suprema de la objetividad ética antes de elevarse al tramo superior del Espíritu absoluto, donde los contenidos ya no pertenecen al Derecho porque encarnan la religión, el arte y la filosofía. Los linderos del Derecho, amojonados por la persona y por el Estado, competen en líneas genéricas al marco del desenvolvimiento del Espíritu en el marco de la sociabilidad humana. Dado que el hombre no era para Hegel libre más que en la proporción en que se insertaba dialécticamente en los peldaños más altos de la sociedad y del Estado, la filosofía del Derecho pasó a dar en la consideración filosófica del orden político y en la sistematización de los saberes políticos. Bien entendido que asegurando a los saberes políticos como filosóficos y no por empíricos, según puntualiza Jakob Fleischmann en otro estudio suyo, el titulado *Une philosophie politique. A propos d'un «Commentaire de la Philosophie du droit» de Hegel, Una filosofía política. A propósito de un «Comentario a la filosofía hegeliana del derecho»* [111]. Por lo cual en el ámbito de la filosofía del Derecho cabe asimismo la filosofía de la historia, puesto que la historia es el tribunal ante el que representan sus papeles universales los Estados, en cuyo análisis concluye la filosofía jurídica al ser las máximas encarnaciones de la libertad ética. Y a la inversa, el Derecho constituye la materia adecuada a la filosofía de la historia, como indica Raymond Polis en *Philosophie du droit et philosophie de l'histoire chez Hegel d'après «Les principes de la philosophie du droit»* de 1821, *Filosofía del derecho y filosofía de la historia en Hegel según «Los principios de la filosofía del derecho»* de 1821 [112]. La férrea, granítica, unidad de los aconteceres como realizaciones dialécticas del Espíritu unifica en Hegel alrededor del Derecho la totalidad de los procesos del Espíritu en el ámbito de su caminar como quehacer del Espíritu objetivo. El Derecho es en la *Filosofía del derecho* de 1821, cumbre adquirida de la especulación jurídica hegeliana, el conjunto sin excepción de las manifestaciones del Espíritu objetivo; persona, familia, sociedad, Estado, entran sin más dentro del estadio filosófico del Derecho. No caben escisiones ni separaciones. Comprende lo que queda del derecho natural antiguo en este derecho natural de contenidos tan nuevos y abarca la filosofía política; que desde la persona hasta el Estado cuanto haya son realizaciones del Espíritu objetivo.

Lo que lleva consigo que la *Filosofía del derecho* no pueda ser leída aisladamente, sino dentro del entero sistema hegeliano, como ya advirtieron Karl

108. New York, Pageant press, 1968, pág. 364.
109. Cito por la versión italiana de *La teoria hegeliana dello Stato*. Bari, Gius. Laterza e figli, 1973, pág. 162.
110. Buenos Aires, Omeba, 1963, pág. 129.
111. En los *Hegelstudien*. Bonn, H. Bouvier, II (1963), 275.
112. En el volumen *Hegel. L'esprit objective. L'unité de l'histoire*. Lille, Faculté des lettres et sciences humaines, 1970, págs. 259-270. Cita a la pág. 260.

Larenz en *Hegels Begriff der Philosophie und der Rechtsphilosophie, El concepto hegeliano de la filosofía y de la filosofía del derecho* [113] y Gerhard Dulckeit en *Rechtsbegriff und Rechtsgestalt. Untersuchungen zu Hegels Philosophie des Rechts und ihrer Gegenwartsbedeutung, Concepto del derecho y configuración del derecho. Indagaciones sobre la filosofía jurídica de Hegel y su significación presente* [114]. Sin que tampoco, a fuer de saber filosófico, pueda quedarse en mera descripción de las instituciones ni de los hechos o las leyes; por el contrario ha de ver en ellos manifestaciones del Espíritu objetivo, ha de ganarlos para una consideración unitaria; es un saber que baja desde el Espíritu a los datos sin subir jamás desde los datos a un Espíritu que en ellos se realiza a cada instante en el inextinguible devenir que es su peculiaridad necesaria y característica. Ya advirtió el viejo M. A. Marrast en *La philosophie du droit de Hegel. Essai analytique, La filosofía del derecho de Hegel. Ensayo analítico,* que Hegel va desde lo abstracto a lo concreto [115]; expresión un tanto impropia para decir que la construcción filosófica ha de plantearse desde el Espíritu y no desde los hechos, ha de ser saber filosófico y no científico, ha de encuadrarse en el derecho natural para interpretar los datos aportados por el derecho positivo.

Por eso, pese a ser el derecho tanto natural como positivo un algo único, que comprende sea al pensamiento sea a la realidad institucional, Hegel discierne en la *Filosofía del derecho* entre un saber filosófico propiamente tal y un saber histórico o derecho positivo. A la cabeza de la *Filosofía del derecho* establece que solamente cuenta el saber filosófico; saber de concepto que baja a la historia y a los hechos únicamente para averiguar cómo ese concepto filosófico se trueca en realidad histórica, institucional o fáctica; «die philosophische Rechtswissenschaft hat die Idee des Rechts, den Begriff des Rechts und dessen Verwirklichung zum Gegenstande», léese en el párrafo 1. Es unidad de saberes desde lo filosófico, eliminando la soterrada aporía a que aludió Felice Battaglia en *Linee di sviluppo del pensiero filosofico-giuridico in Kant e in Hegel, Líneas del desenvolvimiento del pensamiento filosófico-jurídico en Kant y en Hegel* [116]; pero es distinción entre el derecho natural, asumido filosóficamente como idea, al derecho único existente, y el derecho positivo, tomado como realización de la Idea del derecho.

No cabe decir, como supusiera Alfred Verdross en *La filosofía del derecho del mundo occidental,* que para Hegel todo derecho es histórico y positivo [117], si no se matiza que esa historicidad y esa positividad provienen de que el Espíritu encarna siempre en realidades. La impropiedad de tales planteamientos en sistema tan coherente como el de Hegel en lo que toca a este punto de las conexiones del derecho natural con el positivo, ya fue puesta de relieve hace siglo y medio por Carl Friedrich Bachmann en su inestimable estudio *Über Hegel's System und die Nothwendigkeit einer nochmaligen Umgestaltung der Philosophie, Sobre el sistema hegeliano y la necesidad de otra nueva reforma de la filosofía* [118]. Son una y misma cosa, apenas si separados por la Idea y la forma, según puntualizaron acertadamente Wilhelm R. Beyer en *Die Grenzen des philosophischen Rechts bei Hegel, Los lin-*

113. En el volumen *Einführung in Hegels Rechtsphilosophie,* 5-29. Cita a la pág. 7.
114. Berlín, Junker und Dünnhaupt, 1936, pág. 39.
115. Paris, E. Maillet, 1869, pág. 3.
116. En la *Rivista internazionale di filosofia del diritto,* IX (1931), 610-622. Cita a la pág. 622.
117. Versión española. México, Universidad Nacional Autónoma, 1962, pág. 250.
118. Leipzig, Fr. Chr. Wilh. Vogel, 1833, págs. 242-243.

deros del derecho filosófico en Hegel[119], y Emilio Serrano Villafañe en su profundo estudio *El principio «was vernünftig ist, das ist wirklich, und was wirklich ist, das ist vernünftig» a través de la filosofía hegeliana, con especial referencia a la filosofía jurídico-política*[120]. En la sólida membración del sistema de Hegel el derecho positivo es el mismo derecho como Idea, con independencia de los conceptos o de las intenciones de quien lo establezca, sin que quepa contraposición entre ellos, porque equivaldría a apuntar lo que Hegel hubiera considerado tan descomunalmente absurdo como contraponer el concepto a la realidad y escindir a la Idea de su realización dialéctica. Precisamente lo novedoso de la concepción hegeliana del derecho natural frente a otras temáticas anteriores es este realismo subrayado agudamente por Odo Marquard en *Hegel und das Sollen, Hegel y el deber ser*[121], merced al cual en Hegel tan derecho es el natural como el positivo, la «Idea» como la realización de la «Idea». Pietro Piovani ha insistido en como Hegel no pierde el tiempo en la manoseada polémica entre los derechos natural y positivo en *La filosofia del diritto e la lezione di Hegel, La filosofía del derecho y la lección de Hegel*[122]; y es que para Hegel ninguno de ellos son el Derecho entero como tal, sino facetas parciales de la afirmación del Espíritu objetivo sucesivamente como persona, como familia o como Estado. Contraponerlos sería olvidar que el Espíritu objetivo es totalidad sin excepciones, amartilla F. L. Szmulewicz en *Individuum und Gemeinschaft in Hegels Ethik und Sozialphilosophie, El individuo y la comunidad en la filosofía ética y social de Hegel*[123]. Con la nomenclatura del presente *Tratado* podría decirse que Hegel ha absorbido al saber científico en el saber filosófico del Derecho, porque para él fue solamente legítimo este último.

En el párrafo 3 de la *Filosofía del derecho* Hegel caracterizó al derecho positivo por las notas de su vigencia en un Estado en fuerza de la autoridad que lo impone, ni más ni menos que veinte años antes se reseñó, habida cuenta del carácter peculiar de cada pueblo, de la época y de las necesidades naturales concretas. Pero nunca le contrapuso al derecho natural, antes advirtió que confundir la circunstancia de que el derecho natural o derecho filosófico sea distinto del positivo con el dato de presentarlos por contrarios y opuestos recíprocamente, daría en grandísimo equívoco; porque más bien están relacionados entre sí tal como en la temática de Justiniano se hallan relacionadas la *Instituta* y las *Pandectas*: «Dass das Naturrecht oder das philosophische Recht vom positiven verschieden ist, diess darein zu verkehren, dass sie einander entgegengesetzt und widerstreitend sind, wäre ein grosses Missverständnis; jenes ist zu diesem vielmehr im Verhätniss von *Institutionen* zu *Pandekten*».

La diferenciación sobre el plano de lo histórico respecto a lo filosófico, indicada en el propio párrafo 3 de la *Filosofía del derecho* no empece a la unidad radical de todo Derecho como despliegue del Espíritu en el tramo de la objetividad. Los párrafos 211 a 214 de la propia *Rechtsphilosophie* son la mejor aclaración de como el único Derecho, siempre filosófico en cuanto es la «Idea» misma, se transforma en derecho positivo, en la «verdadera determinación» a que alude en el párrafo 211. La unidad ciclópea del sistema en torno a la marcha ascendente del Espíritu exige la unidad del Derecho

119. En los *Anales* de la cátedra Francisco Suárez, IX-X (1969-1970), 123-133. Cita a la pág. 131.
120. En el *Anuario de filosofía del Derecho*, VIII (1961), 173-265. Cita a la pág. 225.
121. En el *Philosophisches Jahrbuch*, LXXII (1964), 103-119.
122. Separata de la *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XXXI (1954), 6.
123. Breslau, Paul Plischke, 1936, pág. 5.

de manera perentoria y negarlo es desconocer lo más elemental de la filosofía hegeliana.

Como acontece con Nicolás López Calera cuando en su citado y lamentable librejo *Derecho abstracto o natural en Hegel* pretende recortar el derecho natural hegeliano al momento del derecho abstracto referido a la persona [124], ignorando crudamente que Hegel identificó al derecho natural con todo Derecho. La ignorancia de López Calera en lo que a Hegel concierne es tal que, contra el texto de Hegel antes citado en donde el rector de Berlín condenaba la contraposición del derecho natural al positivo, baja a escribir que «el derecho natural, y la filosofía del derecho se contrapone en esta línea a las ciencias jurídicas positivas» [125]; y frente a la identificación hegeliana entre los derechos natural y filosófico, también antes a la letra mencionada con textos del mismo Hegel, asegura que para él el derecho natural era algo igual al tramo estricto del momento del derecho abstracto, que «el derecho natural... es solamente la existencia de la libertad en las cosas» [126]. ¡Cómo si en el sistema hegeliano la libertad no se diera en todas y cada una de las realizaciones del Espíritu, por definición radical y exclusivamente libre! Claro que todo se explica fácilmente en quien confunde en *Hegel y los derechos humanos* la libertad auténtica del Espíritu en su despliegue dialéctico con las libertades individualistas burguesas del 89 francés, al asentar que «la teoría hegeliana de la libertad significa —aunque tal vez no haya conseguido el éxito— uno de los más serios esfuerzos para salvar la libertad en sí de los individualismos disgregadores y de los totalitarismos deshumanizantes» [127]; en quien en *El riesgo de Hegel sobre la libertad* achaca al derecho natural de Hegel la calidad de «primario» [128], mezclando inconcebiblemente a la noción kantiana del derecho natural con la fusión hegeliana del derecho natural con el entero derecho filosófico, esto es, atribuyendo a Hegel lo que Kant había sostenido; o en quien en *El matrimonio en la filosofía del derecho de Hegel* traduce a «Gesinnung» por «mentalidad» [129], desconociendo que en la terminología hegeliana «Gesinnung» vale por sentimiento y no por simple actitud mental, como lo demuestra Antimo Negri en *La presenza di Hegel, La presencia de Hegel,* al argumentar por qué traduce «Gesinnung» por «sentimento civile» [130], o Karl Larenz al referirlo al profundo sentido de la conciencia y no al superficial de la mentalidad en el estudio *Die Bedeutung der völkischen Sitte in Hegels Staatsphilosophie,* arriba mencionado [131]. Si López Calera hubiese leído entera la *Propedéutica filosófica* cuyo parágrafo 51 tan peregrinamente traduce, habría encontrado en el párrafo 196 del Curso III que «Gesinnung» es actitud completa y no mera «mentalidad» del individuo. Especialmente en lo que toca al matrimonio, donde López Calera trae tan curiosa traducción de «Gesinnung», Hegel había expresamente declarado que «Gesinnung» es nada menos que la realidad de la unidad matrimonial, aquello que otorga verdadero valor y dignidad al matrimonio, en las explicaciones recogidas por Carl Gustav Homeyer del curso invernal de 1818 a 1819: «die Wirklichkeit dieser Einheit ist ihre Ge-

124. Nicolás López Calera: *Derecho abstracto o natural en Hegel*, 21-22.
125. N. López Calera: *Derecho abstracto o natural en Hegel*, 24.
126. N. López Calera: *Derecho abstracto o natural en Hegel*, 125.
127. Granada, Universidad, 1971, pág. 60.
128. Granada, Gráficas del Sur, 1973, págs. 59 y 61.
129. En el volumen *En torno a Hegel*. Granada, Universidad, 1974, págs. 189-203. En la página 195: «mentalidad-Gesinnung».
130. Firenze, La nuova Italia, 1961, pág. 152.
131. K. Larenz: *Die Bedeutung*, 127-129.

sinnung. Durch die Einheit erhalten sie erst ihren wahren Werth und Würde» [132]. Lo cual es lógico, porque para Hegel el matrimonio no era relación natural a secas, sino unión total y ética, cual expresamente enseña en el párrafo 161 de la *Filosofía del derecho* y repite luego en el número 579 de la *Enciclopedia de las ciencias filosóficas* en la última redacción definitiva. Apenas si ligereza mayúscula puede conducir a contradecir a Hegel por este exégeta granadino en tan temerarios términos. Cierto resulta triste para la cultura española haya quien maneje a Hegel con la osada despreocupación con que lo hace Nicolás López Calera [133].

Construida la filosofía del Derecho cambiando y ensanchando los mojones del precedente derecho natural en el alcance de saber del Espíritu, que ya vieran sus discípulos como Richard Rothe en la carta que enderezó a su padre desde Berlín en 21 de diciembre de 1819 [134], en una concepción que paulatinamente fue imponiéndose pese a las rigideces de los hábitos terminológicos dominantes, Hegel profesó en la universidad de Berlín otros cuatro cursos de filosofía jurídica en los años de 1821 a 1822, de 1822 a 1823, de 1824 a 1825 y en los días 10 y 11 de noviembre de 1831. El postrer curso de solas dos lecciones pues lo truncó la muerte por pestilencia de cólera el 14 de estos mes y año. Cursos de los que se conservan las notas para las explicaciones de clase, editadas por Karl Heinz Ilting en su monumental reciente edición de la *Rechtsphilosophie* [135]; en ellas reitérase lo consignado en el texto publicado con matizaciones de detalles en las que parece improcedente entrar dada la brevedad estrecha exigida por una escueta glosa como la que ahora aquí se escribe.

Igualmente quedan los apuntes tomados en clase por los discípulos Heinrich Gustav Hotho de las lecciones del semestre invernal de 1822 a 1823 [136], de K. J. von Griesheim de las del semestre de invierno de 1824 a 1825 [137] y por D. F. Strauss de las dos lecciones del tronchado curso de 1831 [138]. En tales noticias aparecen algunos rasgos dignos de ser habidos en cuenta para la doctrina de los saberes jurídicos en Hegel, con las que completar el actual esbozo de sus temáticas en el asunto que ahora nos concierne.

La distinción, que no contraposición quede bien claro, entre los saberes filosófico y científico del Derecho, es en las lecciones de 1822 a 1823 la que media entre la consideración filosófica y la estima histórica de idénticas realidades. En el derecho positivo tiénense en las circunstancias históricas, «die geschichtliche Zustände» [139], al paso que la filosofía del Derecho atiénese exclusivamente a la fijación de la racionalidad de lo jurídico, «die «Vernüftigkeit des Rechts zu erkennen» [140]. La aparición del término de Jurisprudencia positiva aplicado a las conclusiones dimanadas del derecho positivo [141] quiere decir que la fuente es la ley; bien entendido que las leyes positivas jurídicas, las «Gesetze, die hier positiv in sofern sind» [142], para recal-

132. En la edición por K. H. Ilting de la *Rechtsphilosophie*, I, 297. Véase también la nota 99.
133. Sobre éstos y otros aspectos de la obra de Nicolás López Calera, podrá pronto leerse mi estudio aún inédito *Nicolás López Calera como «filósofo» del Derecho*.
134. Publicada por K. H. Ilting: *Rechtsphilosophie*, II (1974), 8.
135. En las primeras páginas impares del tomo II, citado en la nota precedente.
136. Editados por K. H. Ilting: *Rechtsphilosophie*, III (1974), 87-841.
137. Editados por K. H. Ilting: *Rechtsphilosophie*, IV (1974), 75-752.
138. Editados por K. H. Ilting: *Rechtsphilosophie*, IV, 915-925.
139. En la *Rechtsphilosophie*, III, 97.
140. En la *Rechtsphilosophie*, III, 96.
141. Ibidem.
142. En la *Rechtsphilosophie*, III, 648.

car una vez más que la norma jurídica es solamente uno de los cauces del Espíritu, el atañente al Espíritu en el tramo de la objetividad, no en el subjetivo ni en el absoluto.

En el curso de 1824 a 1825 la distinción, que no separación insisto, resulta de las sostenidas en manera semejante a las exposiciones precedentes. La vigencia de las leyes es el hontanar de la que llama ciencia positiva del Derecho, mientras que la filosofía del Derecho fíjase en el hondón de la naturaleza de las cosas referidas al desarrollo de la libertad del Espíritu [143]. Es un problema de fuentes, o mejor, de la manera de manejar las fuentes: si según el criterio de la autoridad o sujetándolas a las reglas de la razón por la que el Espíritu se contempla en sus realizaciones [144]. En la filosofía del Derecho, en el saber filosófico del Derecho, convergen lo que venía llamándose derecho natural y la filosofía política, en cotejo con la Jurisprudencia y con lo positivo del derecho estatal, con «das Positives des Staatsrechts» [145]. Las directrices se mantienen a lo largo de las explicaciones de Hegel, sin más alteración que perfilamientos de los rasgos detallados.

En las dos lecciones de 1831 continúan iguales las perspectivas. El Derecho sigue proviniendo de la libertad: «der Ursprung des Rechts aus der Freyheit» [146], porque la libertad es lo que define a la condición del hombre como tal respecto al hombre como mera naturaleza. Por lo cual la libertad así entendida es la fuente de las auténticas leyes: «die Freyheit die Quelle von Gesetzen ist» [147]; las leyes del derecho positivo, en cambio, son las que manan del arbitrio y no de la libertad, de la voluntad natural y no de la voluntad ética: «der Ursprung des positivem Rechts aus dem natürlichen Willen und aus der Williür» [148]. El corte sufrido trágicamente al cabo de la lección segunda no permitió a Hegel completar sus pensamientos en 1831; pero resta patente que la distinción entre el saber filosófico y el saber científico del Derecho no empecía a la unidad del Derecho, ya que para él el Derecho fue siempre saber filosófico; un saber filosófico de sí en el derecho natural o filosófico por excelencia, un saber filosófico de las realidades naturales consideradas como puntos del despliegue del Espíritu en la medida de las leyes positivas y de las instituciones históricas. Las postreras palabras por él pronunciadas el 11 de noviembre de 1831 en su cátedra universitaria berlinesa fueron para señalar esta tarea de la libertad, que es el derecho del Espíritu objetivo, de un lado como interioridad en el derecho natural, de otro como creación del derecho positivo: la libertad es lo más íntimo, y de ella es de donde brota el entero edificio del mundo del Espíritu. «D. Freyheit est das innerste, und aus ihr ist es, dass der Ganze Bau der geistigen Welt hervorsteigt» [149]. Pues no olvidemos que desde el párrafo 1 de *la Filosofía del derecho* había enseñado que el Derecho pertenece al mundo del Espíritu, no al orbe de la naturaleza.

Semejante exclusividad de los saberes filosóficos se acompasa al primado de la razón legisladora en que me detuve en el volumen I del presente *Tratado*. Del mismo modo que en filosofía general no admitía más saber que el

143. En la *Rechtsphilosophie*, IV, 83-84.
144. En la *Rechtsphilosophie*, IV, 81-83.
145. En la *Rechtsphilosophie*, IV, 75.
146. En la *Rechtsphilosophie*, IV, 919.
147. En la *Rechtsphilosophie*, IV, 920.
148. En la *Rechtsphilosophie*, IV, 921.
149. En la *Rechtsphilosophie*, IV, 925.

saber filosófico [150], tampoco aquí tolera otro saber jurídico que el saber filosófico. Los saberes científicos no valen más que en la medida en que se sujetan y se insertan en el saber filosófico, el cual los ordena, los tasa y los criba. Para Hegel el único saber admisible es el saber filosófico-jurídico.

No quiero decir con ello que Hegel no se diera cuenta de la existencia de los demás saberes del Derecho. Por lo que concierne al saber científico, claro queda de lo dicho antes cómo y en qué condiciones lo incorpora a la filosofía jurídica. Por lo que toca al saber común o vulgar lo describió perfectamente en el prólogo a la *Filosofía del derecho* al referirse a aquella conducta simple del ánimo ingenuo que se contenta con atenerse al conocimiento confiado; «das einfache Verhalten der ungefangenen Gemüthes» consistente en adecuarse a «sich mit zutrauensvoller Ueberzeugung» [151]; conducta que no le interesaba para sus intentos porque carecía de la reflexión propia de la filosofía, saber filosófico en el que ve en las explicaciones del curso de 1822 a 1823 el único pensamiento jurídico recto [152].

Por lo que respecta al saber que en este *Tratado* vengo catalogando como técnico, el saber de aplicación de las normas por jueces y administradores, lo menosprecia en absoluto, por tacharlo de falta de racionalidad, de estrecho mecanismo atento a las leyes positivas para llevarlas hasta los casos individuales. Tiénelos por ignorantes de aquello en que el Derecho consiste, del saber filosófico que hemos visto era a sus ojos el único saber verdadero del Derecho; pues que en la tarea de la aplicación de las normas positivas no interviene para nada lo que con frase espléndida denominó en el prólogo a la *Filosofía del derecho* la arquitectura de su racionalidad, «die Architektonik seiner Vernünftigkeit» [153]. En sus explicaciones de clase dejó reiteradamente sentado que los jueces conocen y aplican las leyes, pero ignoran al Derecho; lo mismo en el curso de 1822 a 1823 según testimonia Heinrich Gustav Hotho [154], que en el curso de 1824 a 1825 como testifica K. J. von Griesheim [155]; pues la Jurisprudencia no pasa del conocimiento de lo existente, de las leyes solas, insiste el 10 de noviembre de 1831, cual certifica D. F. Strauss [156]. Por decirlo con una de aquellas imágenes lapidarias suyas, los juristas del derecho positivo, los sujetos del saber técnico, no suben al conocimiento filosófico y auténtico del Derecho porque para ellos son las leyes lo que para los mahometanos es el *Corán;* palabras pronunciadas en el curso de 1822 a 1823 [157]. A tales extremos le indignaba la pretensión de dar valía de saber jurídico al saber técnico que en el prólogo a la *Filosofía del derecho* quiebra por rarísima excepción el gélido calmo sosiego de las exposiciones filosóficas para fulminar a tales juristas que se envanecen con pretensiones de conocer los saberes filosóficos del Derecho: el peor de los envilecimientos era el diputarse en condiciones de sentenciar cuestiones de filosofía jurídica; «die schlimmste der Verachtungen ist diese, dass, wie gesagt, jeder, wie er so steht und geht, über die Philosophie überhaupt Bescheid zu wissen» [158].

150. Francisco Elías de Tejada: *Tratado de Filosofía del Derecho*, I, 334.
151. En la *Rechtsphilosophie*, II, 60.
152. En la *Rechtsphilosophie*, III, 100.
153. En la *Rechtsphilosophie*, II, 64.
154. En la *Rechtsphilosophie*, III, 647.
155. En la *Rechtsphilosophie*, IV, 554. También en la pág. 543.
156. En la *Rechtsphilosophie*, IV, 919.
157. En la *Rechtsphilosophie*, III, 99.
158. En la *Rechtsphilosophie*, II, 62.

24. *El romanticismo en los saberes jurídicos: la escuela histórica*

Aludida ya la escuela histórica en lo que toca a los saberes jurídicos en la glosa 1 de la lección 4.ª del presente *Tratado*, corresponde ahora reseñar lo que representa dentro de la historia de los saberes jurídicos en general.

Nació la escuela histórica con acentos polémicos en la misma aspiración que levantó al romanticismo contra los gustos neoclasicistas del siglo XVIII. Su última raíz clávase en el gusto por lo popular con menosprecio de lo cortesano, de lo concreto contra lo abstracto, de la peculiaridad contra las reglas omnipresentes de la moda. Emerge de simas profundas, desconocidas, misteriosas, cuales son las que marcan las mudanzas de las tendencias en las generaciones. Es la reacción en el campo del Derecho frente al racionalismo dieciochesco, cara a las ficciones huecas, contra las pretensiones de la razón universalmente legisladora; implica el afecto hacia lo popular, la afirmación de los resultados de la historia, el amor por la cultura que es realidad patente en las maneras determinadas de los grupos humanos. Por eso fue reacción chocando con las demasías racionalistas en el orbe jurídico, paralela a las reacciones literarias o artísticas que tienen lugar en aquella edad en otros terrenos culturales.

Todavía la construcción ingente de Hegel era la apología de la razón. Más que historificar a la razón, Hegel racionalizó a la historia, y el Derecho, en el despliegue del Espíritu objetivo, es más obra de la razón reconociéndose en la historia que resultado del acaecer histórico. La escuela histórica, por el contrario, nace y crece en la Alemania romántica como respuesta a la llamada del alma popular en la proyección jurídica de su quehacer histórico; bien entendido que de un pueblo concebido como dimensión cultural fehaciente y no como la totalidad con que lo había contemplado Hegel. La repugnancia de la escuela histórica hacia los cerrados sistemas del último idealismo alemán, de Hegel, sobre todo, es la consecuencia de la asunción de la historia como pura historia, de no ver en la historia el razonado desenvolvimiento de una razón omnicomprensiva y absorbente.

Predecesor en el campo jurídico de la tendencia puede estimarse a Johann Friedrich Reitemeier (1775-1839), camarada en el círculo de Gottinga de August Ludwig Schlözer, preocupado por superar la división entre historia y dogmática que enfermaba los saberes jurídicos en las universidades alemanas del siglo XVIII, en la siempre difícil pero necesaria opción entre el abstraccionismo del jusnaturalismo protestante, renegador despiadado de la historia, y las palpables exigencias de los problemas planteados por la aplicación de la legislación vigente. Famoso por la publicación de su *Conspectus Juris romani* [1], Reitemeier abordó la cuestión en su *Encyklopädie und Geschichte*

1. Göttingen, 1784.

der Rechte in Deutschland, Enciclopedia e historia jurídicas en Alemania [2]. Su respuesta estuvo en sacrificar la consideración abstracta al desarrollo histórico de las instituciones jurídicas, sin por ello ignorar al sustrato filosófico que es la base de toda temática del Derecho; o sea, en escalonar la descripción de las instituciones y leyes con arreglo al transfondo cultural de cada etapa de los pueblos. «Die Geschichte des Staats nach den verschiedenen Graden der Kultur, oder die Beschreibung von den Zustände und den Veränderungen der Nation in der Volksmenge und Landesgrösse, in der Wohlhabenheit und Armuth, in der Stärke und Schwäche, in der Rohheit und Vereinerung, in der Aufklärung und Unwissenheit, macht die Grundlage aus, auf welcher die Geschichte der Gesetze, als auf ihren eigentlichen Boden, gebauet ist» [3]. La historia del Estado según los diferentes grados culturales, o la descripción de la situación y mudanzas de la nación en la muchedumbre popular y la magnitud territorial, en el bienestar y en la pobreza, en el poderío y en la decadencia, en la rudeza y en el refinamiento, en el florecimiento de los saberes y en la incultura, forma el fundamento sobre el cual se edifica como sobre suelo propio, la historia de las leyes.

Cimiento histórico para el saber jurídico, pues, cara al jusnaturalismo y al racionalismo dominantes. Pero reconociendo, en el párrafo XVII de la *Enciclopedia,* la existencia de cierto fondo común de carácter filosófico por debajo de las mudanzas históricas, fondo común que es un pedazo de filosofía, «ein Stück Philosophie»; el cual alberga la totalidad de las normas generales e invariables en todos los tiempos, las «allgemeinen und zu allen Zeiten unveränderlichen Sätze»; que no dependen de los sucesos pasajeros, porque constituyen prescripciones dimanadas de la razón y de la conciencia, «Vorschriften der Vernunft und des Gewissens».

De donde resulta que la historia no forja al Derecho; viene a ser el elemento auxiliar que permite descubrirlo a fuerza de expresión concreta de un modo cultural enmarcado en el curso de los hechos en el encadenamiento en que la historia precisamente consiste. De todos modos, la formulación de Johann Friedrich Reitemeier preludia la unión de lo histórico con lo filosófico en la teoría savigniana del método jurídico y levanta bandera cara a la rigurosidad extremosa y antihistórica del racionalismo imperante en el siglo XVIII.

Mayor madurez en esta misma dirección celebra la obra de Gustav Hugo (1764-1844), romanista ganador de premios científicos apenas cumplidos los cuatro lustros por su estimada memoria *De fundamento successionis abintestato ex jure Romano antiquo et novo,* doctorado con tesis acerca *De bonorum possessionibus;* autor de unas *Institutionen des heutigen römischen Rechts, Instituciones del derecho romano actual,* en 1789, calificadas de primera manifestación de la sistemática pandectística por Andreas B. Schwarz en *Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, Origen del moderno sistema de las Pandectas* [4], así como de un *Manual* escolar *con crestomatía del derecho clásico de las Pandectas, Lehrbuch und Chestomatie des klassischen Pandektenrechts,* de 1790. Aunque su aportación principal para la teoría de los saberes jurídicos es el *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts, Manual de derecho natural, como*

2. Göttingen, 1785.
3. J. F. REITEMEIER: *Encyclopädie,* 24.
4. En la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte.* Romanistische Abteilung... XLII (1921), 581.

una filosofía del derecho positivo [5], que terminológicamente antecede en un cuarto de siglo a la magna obra de Hegel.

Constituye Gustav Hugo tránsito del jusnaturalismo dieciochesco a la escuela histórica, según demostraran Fritz von Hippel en *Gustav Hugos juristischer Arbeitsplan, El plan de trabajo de Gustavo Hugo en el derecho* [6] y H. Weber en *Gustav Hugo. Vom Naturrecht zur historischen Schule, Gustavo Hugo. Del derecho natural a la escuela histórica* [7]. Emparentado intelectualmente con Kant, ya J. F. Fries comentó al *Lehrbuch* en su *Reinhold, Fichte und Schelling* apenas recién publicado, interpretándolo por la verdadera versión filosófico-jurídica del kantismo, más kantiano en materias del Derecho que el mismísimo Kant, «dieses konsequenter kantische Naturrecht als Kants eigene Rechtslehre» [8].

En efecto, el dualismo kantiano puesto de relieve en la glosa 22.ª repercute en el *Lehrbuch* de Hugo al aseverar que en la consideración de los saberes jurídicos cabe un cierto dualismo; de una parte, determinados conceptos y principios apriorísticos, «Begriffe und Sätze a priori»; de otro lado, puesto que tales conceptos son formales y esos principios son vacíos, llénanse de contenido con datos aportados por la experiencia y con materiales sacados de la historia, pues de otra guisa quedarían inútiles en su vaciedad sin contenidos [9].

Consecuente con lo enseñado por Kant, también da preferencia al saber científico de las normas históricas o positivas sobre el saber filosófico del derecho natural formulado por la razón. El dualismo opta por resolverse a favor de la historia y de la norma vigente. La función del saber filosófico no es propiamente jurídica, pero secundariamente crítica, en la acepción de que «die Geschichte muss nach der Philosophie beurtheilt werden», de que la historia debe ser juzgada echando mano de criterios filosóficos [10]. De suerte que los saberes jurídicos vienen a ser de dos especies: los históricos y los filosóficos, aquéllos efectivos y predominantes, éstos secundariamente críticos. El derecho natural resta así reducido a un saber filosófico que se deduce, aunque enfrentándole, al saber científico; en sus palabras, a una enciclopedia más o menos cabal del derecho positivo: «Naturrecht war eine mehr oder weniger vollständige Encyclopädie unseres positiven Rechts» [11]. Kantiano más que el mismo Kant en la filosofía del Derecho, su saber filosófico es la mera comprobación del derecho positivo, como concluye Theodor Viehweg en *Einige Bemerkungen zu Gustav Hugos Rechtsphilosophie, Algunas notas a la filosofía jurídica de Gustavo Hugo* [12]. Bien notorio que al hablar de la ley positiva, tan kantiano es que la recorta al derecho privado, y dentro del derecho privado a la problemática típicamente kantiana de la propiedad en la relación de lo tuyo y de lo mío; mientras que encierra al entero derecho público en los parágrafos 376 al 402 de su *Manual*, concede

5. Manejo la segunda edición. Berlín, Mylius, 1799.

6. Berlín, Junker und Dünnhaupt, 1931. Recogido en las págs. 47-90 de *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik. Studien zur Rechtsmethode und zur Rechtserkenntnis*. Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1964.

7. Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1935, sobre todo a las págs. 66-79.

8. Leipzig, bey August Lebrecht Reinicke, 1803, pág. 319.

9. GUSTAV HUGO: *Lehrbuch des Naturrechts*, 58. En el párrafo 48.

10. G. HUGO: *Lehrbuch*, 4.

11. G. HUGO: *Lehrbuch*, 9.

12. En el volumen *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*. Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1969, pág. 87.

al derecho privado casi diez veces más amplitud, o sea, los párrafos 152 a 375 de la obra.

Así escinde dos tipos de saberes: el histórico, saber científico no del ayer, sino del presente; no de las normas que vigieron antes, sino de las que vigen en el momento actual, «alles positiven Recht» en su expresión en la recensión titulada *Escuela histórica, Geschichtliche Schule,* de 1816 [13]; y el saber filosófico, considerado como la censura del derecho positivo desde la razón práctica kantiana, cual «die Zensur des positiven Rechts nach der praktischen Vernunft» en sus palabras en el *Manual* [14]. Sobre la huella de Kant, supera a Kant al insistir en la supremacía del derecho positivo, ya implícita en la construcción kantiana, pero completada por Hugo al subrayar la dimensión histórica de su validez jurídica efectiva. Con lo cual elévase sobre el racionalismo estricto e inaugura las premisas de la escuela histórica, crea ambiente negativo para las especulaciones de la escueta razón disociadas de la realidad jurídica vivida, abre en definitiva nueva visión de los saberes del Derecho. Reconociólo así Von Savigny en ocasión de celebrar el medio siglo del doctorado de Gustav Hugo, en el artículo titulado *Der zehnte Mai 1788, El 10 de mayo de 1788,* presentándole por el reformador de los estudios del Derecho, como quien ganó el «Gemeingut» doctrinal que era el tesoro de la escuela histórica [15]. Autorizado juicio que ahorra cualquier comentario acerca de lo que Hugo significa en la crisis del pensamiento jusnaturalista; aunque, eso sí, lo dejara atrás mediante la exasperación de las sistemáticas kantianas.

Por más que la posteridad ha diputado por alma de la nueva tendencia a Friedrich Karl von Savigny (1779-1861), aludido ya en la glosa 1.ª de la lección 4.ª, donde quedaron dibujadas las directrices genéricas de su pensamiento. Von Savigny es el romanticismo en el Derecho, a juicio de Teófilo Urdánoz en la *Historia de la filosofía* [16]; bien que su temple de gran señor estuviera más cerca de las maneras pulidas del siglo XVIII que del desmelenamiento característico de la generación romántica. Próximo al círculo romántico en razón de lazos familiares y de amistad, mantuvo siempre actitud de varón aparte y superior, a tono con las condiciones del estamento social al que pertenecía su familia, emigrada en 1630 desde Metz, desde Francia, por motivos de convicciones religiosas.

Igual que Gustavo Hugo, Savigny arranca de Kant y de la perentoria necesidad de saltar por encima de la separación racionalista entre el derecho abstracto y las instituciones vivas existentes. A lo primero, su teoría de la propiedad brinda reflejos kantianos, como ha puesto de relieve Hasso Jaeger en *Savigny et Marx* [17]; siendo evidente, incluso para el lector más desprevenido, el parentesco de la noción de la relación jurídica con la armonía de los derechos subjetivos con que encabeza su *Sistema del derecho romano actual,* con la definición kantiana de qué sea el Derecho visto por conjunto de condiciones que hagan posible la armonía entre las libertades subjetivas individuales [18]. A lo segundo, recuérdese que la preocupación cardinal que le movió sin cesar es acercar la teoría a la práctica; esto es lograr la unidad de los saberes científicos; en el propio *Sistema* habla de la «con-

13. En la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft,* I (1816), 255.
14. G. Hugo: *Lehrbuch,* 59. Párrafo 48.
15. En la *Zeitschrift für die geschichtliche Rechtswissenschaft,* IX (1838), 430.
16. Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, IV (1975), 282.
17. En los *Archives de philosophie du droit,* XII (1967), 65-89. Cita a la pág. 69.
18. Versión castellana. Madrid, Góngora, s. a., segunda edición. En I, 65-66.

ciencia de su identidad», condenando la opinión que los enfrentaba como cosas diversas y opuestas [19].

Condición de heredero del siglo XVIII en actitud mental que mereció acerbas críticas por parte de los escritores románticos de cuño revolucionario al estilo de Heinrich Heine, el cual, usando de la simplista alegre irresponsabilidad de los profesionales de la rebeldía, equipara a la escuela histórica por Savigny fundada nada menos que con policías y gendarmes, con la reacción antirrevolucionaria en suma, en aquellos versos del capítulo XXVI de su libro de poesías *Deutschland, Alemania*, de 1844, que rezan:

«Geh nicht nach Norden, und hüte dich
vor jenem König in Thule,
hüt dich vor Gendarmen und Polizei,
vor der ganzen historischen Schule» [20].

No vayas al norte, y guárdate de aquel Rey de Thule; guárdate de los gendarmes y de la policía, de la entera escuela histórica.

Aunque Von Savigny actuante en la vida pública fue más conservador que reaccionario. Sintió, sí, la angustia delante de la revolución, en las palabras con que le acusó Anton Friedrich Thibaut en el artículo *Über die sogenannte historische und nichtshistorische Schule, Sobre las llamadas escuela histórica y no histórica del derecho* [21]. Von Savigny representa la orientación liberal, a medio camino entre la impulsión revolucionaria de Heine y el totalitarismo alentante en el pensamiento hegeliano.

Pruébalo su adscripción del Derecho al pueblo, entendido como identidad cultural, según ha matizado Franz Wieacker en su *Friedrich Karl von Savigny* [22]. Franz Rosenzweig lo ha puntualizado en su *Hegel und der Staat, Hegel y el Estado* [23]. Para Von Savigny el espíritu del pueblo es la raíz del Derecho porque da en clave de la existencia nacional; por eso es más convicción común que realidad completa de la vida entera del grupo, cual señala Siegfried Brie en *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht. Eine historische-dogmatische Untersuchung, La teoría del derecho consuetudinario. Una indagación histórico-dogmática* [24]. Por eso es cala en la estima presente de los conceptos más que momento en un devenir donde la historia queda recluida a la encarnación de una razón absoluta que en los hechos se manifiesta. Con palpable torpeza en *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat, Las grandes corrientes de la filosofía del derecho y del Estado*, Albert Brimo ha confundido a la noción de pueblo sustentada por Von Savigny con la mantenida por Hegel, hasta concluir que el «espíritu del pueblo» de la escuela histórica daba en antecedente del totalitarismo hitleriano [25]; más acertado Alfred Dufour en *Droit et langage dans l'école historique du droit, Derecho y lenguaje en la escuela histórica del derecho*, ha tasado a la idea savignyana del pueblo de neohumanismo [26]. Pues en el pueblo

19. F. C. von SAVIGNY: *Sistema de Derecho romano actual*, I, 67.
20. HEINRICH HEINE: *Sämtliche Werke*, citadas, II, 258.
21. En el *Archiv für civilistischen Praxis*, XXI (1838), 296.
22. En la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*. Romanistische Abteilung, I (1815), 6.
23. F. ROSENZWEIG: *Hegel und der Staat*, I, 22-23.
24. Frankfurt, Minerva, 1968, pág. 258.
25. Paris, A. Pedone, 1967, págs. 161 y 163.
26. En *Archives de philosophie du droit*, XIX (1974), 155.

tal como lo concibiera Von Savigny no desaparece el sujeto tragado por ningún proceso dialéctico. Mantiénese, más a lo kantiano que a lo hegeliano, al individuo en la plena realidad de su condición aparte; la historia no le absorbe, sino que sencillamente le califica; es el pueblo conjunto de individuos, bien que orgánico, mas nunca realidad separada superior. El espíritu del pueblo en la escuela histórica nace de la coincidencia cultural entre hombres que conservan su condición distinta; es cuestión de cultura, no de fusión ontológica de los sujetos. La magna diferencia entre Von Savigny y Hegel es que el primero, a lo kantiano, salva al individuo, por más que lo ayunte orgánica y culturalmente con otros individuos en el pueblo; como ha escrito Alfred Ross en la *Theorie der Rechtsquellen, Teoría de las fuentes del derecho*, el nacimiento del Derecho desde el espíritu del pueblo en la escuela histórica no es una necesidad natural, pero solamente coincidencia de voluntades libres [27].

Partiendo de que el pueblo cobra en la escuela histórica dimensiones culturales y no metafísicas, de que es unión orgánica de los individuos mejor que unidad ontológica, cabe percibir la deducción savignyana del Derecho del espíritu popular manifestado en los productos de la historia. Porque semejante coincidencia de voluntades no es tampoco la pasajera coincidencia de las democráticas burguesías del 89, atenidas al presente con olvido del ayer. Savigny repudia al ontologismo hegeliano igual que rechaza al oportunismo ahistórico revolucionario. No es ni totalitario, ni es demócrata; simplemente conservador del legado jurídico del pasado. En 1815, presentando la *Revista de la ciencia histórica del derecho*, escribía al efecto como «die geschichtliche Schule nimmt an, der Stoff des Rechts sey durch die gesamte Vergangenheit der Nation gegeben, doch nicht durch Willkür, so dass er zufällig dieser oder ein enderer seyn könnte, sondern aus dem innersten Wesen der Nation selbst und ihrer Geschichte hervorgegangen» [28]. Esto es, para la escuela histórica el Derecho proviene del pasado íntegro de la nación y por ende no consiste en el arbitrio que permita casual e indiferentemente que un derecho pueda ser de cualquier modo, ya que mana de la esencia más íntima de la nación y de su historia. Si el Derecho es la convicción común del pueblo, «die gemeinsame Ueberzeugung des Volkes», como se lee en el célebre *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del derecho* [29], trátase de un saber jurídico de tipo peculiar. No es saber científico, porque el pueblo no razona con rigores de ciencia; ni es saber filosófico, porque mucho menos el pueblo indaga filosóficamente las razones de las normas; ni es saber técnico de especialistas segundones, porque el pueblo ignora, cuando no rehuye, la máquina interpretativa de las leyes; ni siquiera trátase de saber de sentido común, ya que cada comunidad ha ido forjando a lo largo del tiempo en el curso del pasado su derecho peculiar propio. El saber jurídico consta para Von Savigny de una serie de rasgos que a primera vista eluden cualquier encasillamiento posible. Tenía razón Antonio Hernández Gil en la *Metodología de la ciencia del derecho* al opinar que la originalidad de la escuela histórica estuvo, más que en cultivar la historia, en haberla diputado parte integrante del Derecho [30]; o sea, diría yo, en haber alumbrado nuevo tipo del saber jurídico, aparentemente al menos.

27. Leipzig und Wien, Franz Deutlicke, 1929, pág. 161.
28. En la *Zeitschrift für die geschichtliche Rechtswissenschaft*, I, (1815).
29. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1959, pág. 76.
30. Madrid, Gráficas Uguina, tres tomos. Cita al I (1971), 94-95.

De donde se enfrenta con el jusnaturalismo abstracto en la figura del derecho natural racionalista, que era para Von Savigny manera exclusiva del derecho natural. Más que combatirle con dureza, le ignora a secas, como matizara Rudolf Stammler en el estudio *Sobre el método de la teoría histórica del derecho* [31]. Von Savigny no entraba en la polémica porque sintió siempre instintiva repugnancia hacia los planteamientos filosóficos. Lo han hecho notar Paul Koschaker en *Europa und das römische Recht*, *Europa y el derecho romano* [32] en Alemania, Manuel Durán y Bas prologando al *Sistema del derecho romano actual* [33] entre nosotros. La condición de filosófico venía para Von Savigny de dos factores: universalidad y sistemática; habiendo de descubrirse a manera de directrices cardinales o «leitenden Grundsätze» permanentes y subyacentes a los derechos positivos, según consta en *De la vocación de nuestro tiempo* [34], de modo que memora al previsto ya por Reitemeier. De donde el saber filosófico del Derecho referiría el transfondo filosófico que es el substrato de todo derecho positivo, el «philosophische Element alles positiven Rechten» en su recensión a Nikolaus Thaddäeus Gönner en 1815 [35].

Planteamiento que culmina en la búsqueda de la filosofía sacándola de los resultados jurídicos de la historia, con tal que esos resultados sean asumidos sistemáticamente en función de notas aplicables a la totalidad de todos ellos. No se trata de una sistemática labrada sobre el derecho positivo, como opina Walter Wilhelm en su *Savignys überpositive Systematik, La sistemática suprapositiva de Savigny* [36]; más bien de una sistemática de nociones incardinadas en el hondón de las temáticas jurídicas positivas históricas. El propio Wilhelm recuerda, sin darse cuenta de que con ello no matiza del todo su análisis, aquel trecho de la *Juristische Methodenlehre*, *Teoría del método jurídico*, donde Von Savigny consignó que la exposición de un sistema netamente histórico conduce a la unidad alrededor de una idea fundadora; siendo esto precisamente la filosofía: «Die Darstellung eines bloss historischen Systems führt auf eine Einheit, auf eine Idee, worauf sie sich gründet, hin. Und dies ist Philosophie» [37].

De suerte que el saber filosófico parece constituir necesario ingrediente del saber jurídico para la escuela histórica, existiendo entre filosofía y Derecho aquel parentesco íntimo de que habla Karl Larenz en la *Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Teoría de los métodos de la ciencia jurídica* [38]. Es el residuo de la primera postura de Von Savigny cuando comenzara sus estudios acercándose al derecho penal como preparación académica a los conocimientos del derecho natural; en la carta enderezada a sus amigos Creuzer y Schwarz el 3 de enero de 1800, con ocasión de presentar en la Universidad de Marburgo su tesis doctoral acerca del concurso formal en los delitos, *De concursu delictorum formali*, había confesado la intención de consagrarse al estudio del derecho natural [39]. Apartóse del cultivo del

31. En *La escuela histórica del Derecho. Documentos para su estudio*. Madrid, 1908, pág. 255.
32. P. KOSCHAKER: *Europa und das römische Recht*, 260.
33. En F. C. von SAVIGNY: *Sistema*, I, 20.
34. F. C. von SAVIGNY: *Vom Beruf*, 84.
35. En la *Zeitschrift für die geschichtliche Rechtswissenschaft*, I, 396.
36. En el volumen *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert*. Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1969, págs. 123-136.
37. W. WILHELM: *Savignys überpositive Systematik*, 125.
38. Berlín, Springer Verlag, 1960, pág. 9.
39. Puede verse en los *Vermischte Schriften*. Berlín, Veit, 1850. Cita al IV, 74.

derecho natural asustado por la magnitud inagotable de los problemas filosóficos, según confiesa paladinamente en la *Juristische Methodenlehre*, al meditar como es impropio colocar a la filosofía cual tesoro de los saberes previo a la historia, ya que la filosofía requiere mucho más que un semestre, exige una vida entera: «ihr Studium erfordert nicht bloss ein halbes Jahr, sondern ein ganzes Leben» [40]. Siendo de este acobardamiento intelectual de donde dedujo que el derecho natural no era estudio de necesaria premisa para la intelección del Derecho, mas apenas preludio del cual era indiferente prescindir o no: «Jurisprudenz an sich kann ebenso gut ohne Naturrecht als mit solchem studiert werden», en la propia *Teoría del método jurídico* [41].

No hay, pues, clara negación del derecho natural en la jurisprudencia, como opinó Dieter Strauch en *Recht, Gesetz und Staat bei Friedrich Carl von Savigny, Derecho, ley y Estado en Federico Carlos de Savigny* [42]; hay actitud de prescindir del derecho natural, y basta, sin mezclarse en negar ni su eficacia ni su efectividad. Hans Welzel vio la postura al subrayar que jamás Von Savigny emprendió lucha contra el derecho natural en *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, Derecho natural y justicia material* [43]. Apesadumbrado en los obstáculos, Von Savigny prescinde de las problemáticas filosófico-jurídicas y de los saberes jurídicos sin combatirlos. No tuvo razón en verdad Julius von Gierke en *Grosse deutsche Juristen der Vergangenheit, Grandes juristas alemanes del pasado*, cuando le caricaturizó por enemigo del derecho natural:

> «Er war ein Grosser! Mit mächtigen Ruf
> ein neues Programm für das Recht schuf:
> «Willst du des Rechtes Gehalt erfassen,
> so musst du durchhaus das Naturrecht verlassen» [44].

Era magno. Con voz poderosa, forjó un nuevo programa para el Derecho: «Si quieres comprender al derecho, debes sin más prescindir del derecho natural.»

Por el contrario, la urgencia del saber filosófico es constante en Von Savigny. No tan solamente por la común remisión al derecho romano a fuer de razón escrita, apuntada por Paul Koschaker en *Europa y el derecho romano* [45]; no por los supuestos naturalistas tampoco, que a juicio de Mariano Hurtado en *Supuestos jusnaturalistas en el pensamiento de Savigny* empújanle a colocarle más próximo del saber filosófico que del científico [46]; sino por su concepto mismo de la jurisprudencia, siendo así que la jurisprudencia era para Von Savigny el saber propio del Derecho.

Porque en la jurisprudencia, saber savignyano del Derecho, ayúntanse en fértil camaradería el saber filosófico con el saber histórico o científico. Dícelo en la *Teoría del método jurídico* al asentar la precisión metodológica de una elaboración absoluta de la ciencia del Derecho, de una «absolute Bearbeitung der Rechtswissenschaft», aunque luego la reduzca al estudio lite-

40. Stuttgart, Kohler, 1951, pág. 50.
41. F. C. von SAVIGNY: *Methodenlehre*, 50.
42. Bonn, H. Bouvier, 1960, pág. 24.
43. Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1955, segunda edición, pág. 160.
44. Stuttgart, Ferdinand Enke, 1949, pág. 18.
45. P. KOSCHAKER: *Europa und das römische Recht*, 275.
46. En los *Anales de la universidad de Murcia*, XVII (1958-1959), 65.

rario de las fuentes jurisprudenciales [47]; y confírmalo en el *Sistema del derecho romano actual* al distinguir al elemento general del factor individual en el Derecho [48], punto en donde ve Franz Wieacker la penetración del saber filosófico en el saber científico de la jurisprudencia positiva [49].

El nuevo tipo de saber jurídico propugnado por Von Savigny no reniega del derecho natural; la gesta es mucho más sencilla: limítase a separar al derecho positivo del derecho natural siguiendo los pasos de Kant. Los influjos recontados por W. Tegethoff en su tesis doctoral *Kant und Savigny. Der Einfluss des deutschen Idealismus, insbesondere Kants, auf Friedrich Carl Von Savigny, Kant y Savigny. Influencia del idealismo alemán, especialmente de Kant, sobre Federico Carlos de Savigny* [50] y por A. Negri en *Alle origini del formalismo giuridico. Studio sul problema della forma in Kant e nei giuristi kantiani tra il 1789 e il 1802, Orígenes del formalismo jurídico. Estudio acerca del problema de la forma en Kant y en los juristas kantianos entre 1789 y 1802* [51], son patentes, por más los contradigan diversas reservas críticas formuladas por Von Savigny mismo en varias cartas recogidas por Adolf Stoll en el tomo I de su *Friedrich Carl von Savigny. Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe, Federico Carlos de Savigny. Retrato de su vida con una colección de sus cartas* [52]; él mismo confesaba en carta del 19 de marzo de 1799 al amigo Leonhard Creuzer cifraba su sueño en llegar a ser un Kant de los saberes jurídicos, «ein Kant in der Rechtsgelehrsamkeit» [53]. Y de tales influjos provenía el continuado respeto por los saberes filosóficos, jamás renegados por más que sí eludidos, amén de la aceptación de la escisión kantiana entre los saberes jurídicos filosóficos y los saberes jurídicos científicos.

Al aceptar a éstos como válidos, el problema quedó trasladado a la manera de coordinar a ese saber jurídico, prevalente, ya que no exclusivo porque en él en cierto modo iba incluido aquel saber filosófico que fuera fantasma de su constante pesadilla intelectual, con la tesis de que el Derecho arraigaba en la conciencia del pueblo. Para ello comienza por circunscribirse al derecho positivo, al único cuyo origen le interesa determinar en el *Sistema* [54], ya que el derecho positivo es el único que anida en la conciencia popular. Aunque admita la existencia de principios universales, como bien subraya José Pedro Galvão de Sousa en *La historicidad del derecho y la elaboración legislativa* [55], no cabrá para Von Savigny más derecho que el positivo, y su estudio habrá de ser científico, no filosófico, en el sentido en que vimos la diversificación de los saberes jurídicos en Kant.

El saber jurídico que más arriba vimos era imposible de calificar en la medida en que alentaba en el ánimo del pueblo, cobrará calidad de saber científico cuando lo encarnen los juristas. La explicación dada por Von Savigny de la traslación del saber jurídico desde el pueblo a los juristas peca de ingenua, pero resulta sumamente clara: estando en el pueblo el hontanar del Derecho, el pueblo resulta incapaz de regularlo; dificultad que

47. F. C. von SAVIGNY: *Methodenlehre*, 13-50.
48. F. C. von SAVIGNY: *Sistema*, I, 93.
49. F. WIEACKER: *Friedrich Carl von Savigny*, 26, nota 124.
50. Frankfurt am Main, Universität, 1952, págs. 33-47.
51. Padova, Cedam, 1962, págs. 103 y 372.
52. Berlín, Heymann, tres tomos. Cita al I (1927), 93-96, 148-149 y 161.
53. En A. STOLL: *Friedrich Carl von Savigny*, I, 54.
54. F. C. von SAVIGNY: *Sistema*, I, 69.
55. Madrid, Escelicer, 1972, pág. 36.

da lugar a un nuevo estadio en la formación del Derecho, a aquella situación en la que, al avanzar la cultura, aparece una división en las actividades por estamentos singulares, uno de los cuales asume con exclusividad la tarea de definir la conciencia jurídica popular; de suerte, concluirá Von Savigny en *La vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del derecho*, que el Derecho va perfeccionándose en lo sucesivo juntamente con el lenguaje, y así como antes vivía en la conciencia del pueblo entero, recae ahora en la conciencia de los juristas, los cuales representan a partir de entonces al pueblo en dicha función: «das Recht bilde sich nunmehr in der Sprache aus, es nimmt eine wissenschaftliche Richtung, und wie es vorher im Bewusstseyn des gesammten Volkes lebte, so fällt es jetzt dem Bewusstseyn der Juristen anheim, von welchen das Volk nunmehr in dieser Funktion repräsentiert wird» [56].

La ingenua explicación es tan absurda cuanto contradictoria. Absurda porque es inconcebible la conclusión que contrae a un grupo de hombres aquello que debe ser sentir jurídico de la comunidad popular entera creando al derecho positivo; contradictoria porque si el Derecho cuaja en la convicción de unos cuantos solamente, jamás podrá ser la convicción del pueblo todo. Pero la salida, por arbitraria e inexplicada que sea, permite aclarar el sitio donde Von Savigny sitúa los saberes jurídicos: en la ciencia y en la técnica. No en la filosofía, pues apenas si meramente se ocupa del derecho positivo, eludiendo, ya que no contradiciendo, al saber filosófico del Derecho; no en el sentido común, pues nada vale el sentido común ante los juicios de este reducido manojo de juristas especializados.

En la glosa 1.ª a la lección 4.ª díjose ya como resuelve la cuestión entre el saber jurídico científico y el saber técnico. Baste ahora con señalar como Von Savigny encierra los saberes jurídicos en la ciencia y en la técnica, dando de lado al saber común vulgar y a los saberes filosóficos.

La conclusión a que llegó implicaba en cierto modo el retorno al jusnaturalismo en la medida en que el Derecho va a ser resultado del quehacer en gabinete de estudio de unos cuantos doctos, no fruto de la totalidad del pueblo. Lo que sucede es que esos forjadores del Derecho no serán ya filósofos, sino juristas. A los pensadores de la Ilustración suceden los catedráticos de las universidades. Pero será siempre un Derecho de casta, de minorías, de especialistas; esto es, exactamente lo contrario de las premisas que la escuela histórica tomara en sus inicios como punto de partida. No habrá ya derecho natural, mas aparecerá la jurisprudencia de conceptos, primer hijo cultural jurídico de la escuela histórica del Derecho.

El hombre llamado a ejecutar tan grave mudanza fue Georg Friedrich Puchta (1798-1846), ejemplo típico del señor profesor tudesco, quien apura las consecuencias de las premisas implícitas en el pensamiento de Von Savigny. Puchta acoge al formalismo kantiano como depuración en el Derecho de todos los contenidos éticos y políticos, cual pura coordinación de conceptos, apurando así hasta las extremas consecuencias la transformación del derecho popular en un derecho científico de juristas. Depurado de influjos extralógicos, el derecho racional en sí goza de estructura lógica inmanente, es al igual que en Von Savigny un sistema por encima de todo. Por lo cual, la formación del Derecho resultará de la coordinación encadenada de las proposiciones jurídicas entre sí, influyéndose mutuamente y deduciendo unas de otras desde los primeros principios a las últimas ramificaciones.

56. F. C. von SAVIGNY: *Vom Beruf*, 78.

En *Das Gewohnheitsrecht, El derecho de la costumbre,* busca modelo comparativo en el proceso de la formación del salitre, en sus cuatro partes: la fuerza afectiva íntima o «wirkender Kraft»; los métodos para producirlo, sea en la naturaleza, sea en el laboratorio; las formas en que se presenta, y los estados específicos de amorfo o cristalizado [57]. Lo que trasladado al Derecho correspondería respectivamente: al impulso creador del espíritu popular; a las maneras de producirse los tres cambios que son las tres fuentes jurídicas de la convicción popular, de la legislación y de la ciencia: «es gibt drey Wege, auf denen das Recht entsteht, drey Quellen: die natürliche Übereinstimmung des Überzeugung, die Gesetzgebung, die Wissenschaft» [58]; la primera será la natural, las segundas las creaciones en laboratorio. A las formas en que el salitre se presenta corresponden otros tres modos de manifestación del Derecho, relacionados con las anteriores: el espíritu del pueblo con la «Sitte» o eticidad, en cuanto participación de los sujetos en la forja del Derecho; la legislación aporta la norma escrita, y la ciencia da de sí la sistemática coordinadora de los conceptos. La última caracterización de los estados del salitre proyéctase en las tres fórmulas del Derecho: el consuetudinario, el legislado o promulgado pues le denomina «promulgiertes Recht», y el de los juristas [59].

La nota nueva por Jorge Federico Puchta subrayada está en suponer que la labor de los juristas no se limita a recoger ni siquiera a representar al espíritu del pueblo, pero que además elabora Derecho por sí sola; en sus palabras, es productiva: «die Wissenschaft ist nun immer etwas Produktives» [60]. Más aún, tal actividad creadora o productiva del Derecho llevada a cabo por los juristas es la única científica por ser la única sistemática. La reducción de los saberes jurídicos a los científicos, esbozada por Von Savigny, viene a ser así llevada por Puchta hasta sus últimas consecuencias. En el *Das Gewohnheitsrecht* deja paladinamente claro que la actividad de los juristas puede ser de dos clases: como órganos del espíritu del pueblo, sus representantes, y como medio por sí mismo creador del Derecho; de suerte que el «Juristenrecht» o derecho de los juristas da en el auténtico derecho científico, «das Recht der Wissenschaft» [61].

Empresa de los juristas es la de reunificar los trozos de la ciencia dispersos. En su *Über die Perioden in der Rechtsgeschichte, Sobre las épocas en la historia del derecho,* distingue al efecto tres etapas: la de la sencillez o «Einfachheit»; la de la multiplicidad o «Mannigfaltigkeit»; y la de la unidad o verdaderamente científica. La primera es la del Derecho anterior a la compilación justinianea; la segunda, las variadas construcciones formuladas desde Justiniano hasta el siglo XIX; la tercera, la de la escuela histórica en cuanto da pie al derecho de los juristas, al derecho verdaderamente científico [62]. Esto es, la que abre la jurisprudencia de conceptos.

Pues Puchta es el más cabal portaestandarte de esta usanza metodológica. Lo que le caracteriza es su dogmatismo sistematizador, como observó Wolf Rosenbaum en *Naturrecht und positives Recht. Rechtssoziologische Untersuchungen zum Einfluss der Naturrechtslehre auf die Rechtspraxis in*

57. Erlangen, dos tomos. Cita al I (1828), 143.
58. GEORG FRIEDRICH PUCHTA: *Das Gewohnheitsrecht,* I, 144.
59. G. F. PUCHTA: *Das Gewohnheitsrecht,* I, 78.
60. G. F. PUCHTAS *Das Gewohnheitsrecht,* I, 146.
61. G. F. PUCHTA: *Das Gewohnheitsrecht,* II (1837), 19-20.
62. En R. STINTZING-E. LANDSBERG: *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft,* III, I (1910) 443-444.

Deutschland seit Beginn des 19. Jahrhunderts, Derecho natural y derecho positivo. Indagación sociológico-jurídica acerca de la influencia de la teoría del derecho natural sobre la práctica jurídica en Alemania desde comienzos del siglo XIX [63]. Ahora el derecho popular es estricto saber científico, saber de especialistas. Del espíritu del pueblo se ha pasado a la jurisprudencia de conceptos, que es saber científico a secas, saber de laboratorio universitario, saber minoritario. Al reducir a sistema al Derecho y al desligarlo de su cacareado hontanar popular Georg Friedrich Puchta ha consumado la orientación de Von Savigny. No hay ahora saberes filosófico-jurídicos, pero tampoco precipitaciones del alma popular. Hay un único saber: el de los profesores universitarios, combinando conceptos en sus cátedras. La escuela histórica es ya con Georg Friedrich Puchta pura y simple jurisprudencia de conceptos.

Mas de esa guisa alejábase desmesuradamente de la realidad popular, ahí desvanecida. Es la raíz de la censura expresada por Georg Beseler (1809-1885) en su famoso y luengo escrito polémico *Volksrecht und Juristenrecht, Derecho del pueblo y derecho de los juristas*. Para Beseler, sobre los hombros de la metodología de Puchta que concluirá en el encajado dinámico de conceptos en que consiste la denominada jurisprudencia de conceptos, los saberes jurídicos de los jurisconsultos alemanes de su tiempo permanecían apartados de la vida jurídica originaria del pueblo tudesco, de suerte que terminaban por dar en sapiencia muerta y en teoría extraña a la vida, en «todte Gelehrsamkeit und dem Leben entfremdete Theorie» [64]. De ahí la apelación beseleriana al pueblo, impregnada en gustos políticos románticos de la pasión de la libertad, para que no dejase de la mano en interés de la libertad la forja del Derecho, para que «im Interesse der Freiheit über das Recht nicht ganz aus reinen Händen geben», y para que prescindiese sin más de este estamento de juristas aislados [65]. Contra la reducción de los saberes jurídicos al estrecho reducto profesoral de los científicos profesionales, en que había naufragado merced a la orientación dogmática propugnada por Puchta el verde frescor primaveral primero de las incitaciones del alma popular, Beseler postula retornar a un método capaz de captar al derecho del pueblo en un modo «ursprüngliche und natürliche», originario y natural, directamente, prescindiendo de esta operación intermediaria de los juristas científicos en que en definitiva colocó Puchta los saberes del Derecho; «ohne eine vermittelnde Operation, und also auch ohne sich einer besonderen wissenschaftlichen Methode zu bedienen» [66].

En el fondo la postura de Beseler suponía la vuelta al saber vulgar o común por fuente suprema de los saberes jurídicos, con menospreciante menoscabo del saber científico ensalzado por la jurisprudencia de conceptos. Tanto más que en su actitud inferían gustos democratizantes, por lo cual en definitiva el saber jurídico del pasado venía a reconducirse a las decisiones del pueblo en el presente [67]. Actitud progresista y liberal que contrastaba con el cerrado conservadurismo de los doctos teóricos de la jurisprudencia de conceptos, gozosos del privilegio de su saber científico elevado a saber exclusivo del Derecho. Pruébalo como el würtenburgués August Ludwig Reyscher (1802-1880), profesor en Tubinga y ardoroso partícipe en

63. Neuwied und Darmstadt, Hermann Luchterhand, 1972, pág. 53.
64. Leipzig, 1843, pág. 351.
65. G. BESELER: *Volksrecht und Juristenrecht*, 69.
66. G. BESELER: *Volksrecht und Juristenrecht*, 305.
67. G. BESELER: *Volksrecht und Juristenrecht*, 239.

las revueltas de 1848, defendía la supremacía del saber popular del Derecho sobre los saberes de los científicos especialistas en el famoso artículo *Das Dasein und die Natur des deutschen Rechts, La existencia y la naturaleza del derecho alemán,* aparecido en la *Revista para el derecho alemán y la ciencia jurídica alemana,* destinada a promover el conocimiento de aquello que por el pueblo era entendido y vivido como derecho no petrificado en las teorías científicas de los doctos profesores encerrados en la torre de marfil de la jurisprudencia de conceptos. Es en la sana mentalidad del hombre donde el Derecho ha de ser encontrado, en la «gesunder Menschenverstand immer mehr oder weniger das Recht gefunden» en el decir paladino y polemista de Reyscher [68]. La jurisprudencia de conceptos respecto a la noción del espíritu popular era en política el contraste entre conservadores y liberales, en la práctica la pugna de los profesores eruditos contra los agitadores democráticos y en la teoría de los saberes jurídicos la contraposición del saber científico al saber común de los humanos, ahora ya separado por prurito de gustos filosóficos heredados del 89 de la asunción de la historia en el sentido del pueblo alemán jurídicamente diferente del sentido jurídico de los demás pueblos, cual había querido hacer resaltar Federico Carlos de Savigny. Con Beseler y con Reyscher no se vuelve a la teoría de los saberes jurídicos de los primeros paladines de la escuela histórica, para quienes el saber jurídico no era saber vulgar o común porque estaba circunscrito al saber particular de un pueblo determinado, dispar por tanto de lo que jurídicamente sabe todo hombre en cuanto hombre. Para Beseler y para Reyscher cuenta en el saber del Derecho más el hombre como tal que el hombre como alemán; de ahí quepa hablar en ellos una teoría de los saberes jurídicos donde reine el saber jurídico común, mientras era imposible hacerlo en Hugo o en Von Savigny, para quienes lo único que contaba era el saber jurídico del pueblo germano; Beseler y Reyscher colocan en segundo término a la historia para centrarse en la condición estricta del hombre como criatura racional enfrentada sin más con las cuestiones jurídicas. La enemiga contra el cientificismo de los saberes jurídicos mantenido por Puchta álzase en función de las ideas de la revolución francesa, no del romanticismo enamorado y restaurador consecuente del pasado. La réplica primera a la jurisprudencia puchtiana de los conceptos no es el regreso a la prístina perspectiva de la escuela histórica; es una teoría de los saberes que se avecina a la ideología de los movimientos del año 1848.

Otra réplica a semejante transformación de los criterios primeros de la escuela histórica es la que significa la aversión demostrada por el suizo Johann Jakob Bachofen (1815-1887) hacia todo cuanto alterase el inicial alcance de la escuela en sus dos caracteres de identificación del saber jurídico con el derecho positivo, excluida cualquier apreciación filosófica, y en la deducción del Derecho del hontanar del espíritu del pueblo.

La pertenencia de Bachofen a la escuela histórica corresponde a la primera etapa de su existencia intelectual, antes de despeñarse en las complicadas y no siempre admisibles investigaciones acerca de la simbólica de los mitos de la antigüedad grecorromana, en los tiempos en que se confesó savignyano al decir suyo propio en la carta autobiográfica que envió al mismo Savigny en los días 24 a 27 de septiembre de 1854 [69]. Ba-

68. En la *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft,* I (1839), 30.
69. Puede verse en el volumen *Selbstbiographie und Antrittsrede über das Naturrecht,* Halle a. Saale, Max Niemeyer, 1927, págs. 12-47. Cita a la pág. 27.

chofen mantiénese alejado de la orientación dogmatizante de Puchta; para él todo saber jurídico hay que arrancarlo de la cantera de la historia, no puede salir de los gabinetes de estudio de los jurisconsultos ni de las cátedras universitarias de Derecho. En su ataque frontal toma por diana cualquier intento que negase la reducción del Derecho a la historia, tal como la historia cuaja jurídicamente en el alma del pueblo que la vive, en la tradición secular en que se condensó el pasado; tradición que abarca al pasado íntegro, sin dar de lado a ninguna de sus facetas ni momentos; aquella tradición como totalidad que es el único criterio para conseguir cierta observación objetiva, la «objektive Betrachtung» en la que cifró su proceder de estudioso en el estudio *Italien und der Orient, Italia y el Oriente* [70]. Por ello adopta nueva actitud, no compartida por los primeros fautores de la escuela histórica; mientras éstos se limitan a ignorar al jusnaturalismo racionalista dieciochesco, Bachofen la emprendió también contra la dirección de Puchta, dado que su bandera es la de referir con exclusividad los saberes jurídicos al ánimo del pueblo.

No es que niegue el vocablo derecho natural, antes lo utiliza como suyo. Lo que declara es que no existe más derecho natural que el que corresponde a la naturaleza del hombre, hacedor de la historia; o sea, que el derecho natural es el mismo derecho histórico, no las elucubraciones de los filósofos racionalistas y ahistoricistas. En el discurso de apertura del curso de derecho romano pronunciado en la Universidad de Basilea el 7 de mayo de 1841 bajo el título de *Das Naturrecht und das geschichtliche Recht in ihren Gegensätzen, El derecho natural y el derecho histórico en sus contraposiciones*, ve en el pueblo la comunidad de los vivos con los muertos, o sea la perpetuación en el presente del pasado, así como en el Derecho el desarrollo hacia una mayor perfección, «der Entwicklung zu grösserer Vollkommenheit» [71].

Derecho natural es para Bachofen el derecho positivo originado por el pueblo en el Estado. No conoce otro. Derecho, naturaleza e historia coinciden en el único saber jurídico posible: en el derecho positivo fraguado en el alma popular por la decantación fecunda de los siglos. «Ein anderes kennen wir nicht; ein solches zumal, das sich ausser einer Volksdaseins bewegte, das ausser der Geschichteläge, das keine Verbindung, keine Berührung mit geschichtlichen Zuständen hätte, scheint uns geradezu undenkbar» [72]. O sea: no conoce otro Derecho; un derecho natural sobre todo que se mueva fuera de la existencia de un pueblo, que se coloque fuera de la historia, que no tenga ningún contacto ni relación con las coyunturas históricas, es algo impensable para Bachofen.

Bachofen ha positivizado al derecho natural, lo ha reconducido a la visión que la escuela histórica poseía del Derecho. El jusnaturalismo racionalista, cargado con pretensiones de eterna duración, de perfección absoluta y de señorío ilimitado, es la especulación huera de una cabeza ociosa, es el fantasma desvaneciente entre las manos de quien pretenda apresarlo: «ein sog. Naturrecht, das für sich eine ewige Dauer, eine absolute Vollendung, eine unumschränkte Herrschaft in Anspruch nimmt, scheint uns die

70. Incluido en las págs. 181-231 del volumen *Mutterrecht und Urreligion*. Leipzig, Alfred Kröner, s. a. Cita a la pág. 230.

71. JOHAN JAKOB BACHOFEN: *Das Naturrecht und das geschichtliche Recht in ihren Gegensätzen*, en el volumen mencionado en la nota anterior, págs. 48-66. Cita a la pág. 54.

72. J. J. BACHOFEN: *Das Naturrecht*, 55-56.

hohle Spekulation eines müssigen Kopfes, ein Gespenst, das dem, der nach ihm greift, unter den Händen zerrinnt» [73].

La actitud beligerante de Bachofen hállase emparentada con la sostenida por su paisano Carl-Ludwig von Haller en la *Restauration der Staatswissenschaft oder Theorie des natürlich-geselligen Zustands, der Chimäre des künstlich-bürgerlichen entgegengesetzt, Restauración de la ciencia política o teoría del estado social natural, contrapuesto a la artificial quimera burguesa* [74], fechada el día de la batalla de Leipzig, el 18 de octubre de 1806; así resulta del análisis comparativo de Alfred Baeumler en la *Introducción* a la edición moderna de la *Autobiografía* [75]. Es, en resumidas cuentas, la condena de la validez de los saberes filosóficos en el Derecho, al regreso a la primera actitud de la escuela histórica con anterioridad a Puchta; consiste en la afirmación de que el Derecho es derecho positivo, saber que resulta dimanado de las entrañas del alma popular. Siendo en este sentido en lo que supone postura paralela a la de Georg Beseler y a la de August Ludwig Reyscher, aunque mucho más perfilada, ya que no la enturbia la discriminación de considerar a la historia ajena a las orientaciones democratizantes de éstos. En la cuestión de los saberes jurídicos da en la repristinación de Von Savigny, por encima de las tendencias dogmatizantes del Derecho de los juristas propugnado por Georg Friedrich Puchta.

En la misma trinchera de oposición a la versión dada por Puchta a la escuela histórica hay que situar la conferencia pronunciada en 1847 en la Sociedad jurídica de Berlín por Julius Hermann von Kirchmann bajo el título de *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Rechtswissenschaft, La carencia de valor de la jurisprudencia como ciencia* [76]. Von Kirchmann es un político y un magistrado, montado sobre la ola revolucionaria de 1848 que le llevó como diputado por Berlín al parlamento de Frankfurt am Main, y por ende emparentado con la dirección dada por Georg Beseler y August Ludwig Reyscher a las concepciones de la escuela histórica, esto es, hostilidad a la estima de los saberes jurídicos como saberes de los juristas enarbolada por Puchta, al mismo tiempo que menosprecio del pasado del pueblo por factor del Derecho, factor sacrificado a las exigencias democráticas abanderadas por los revolucionarios de 1848. Unese a Bachofen en la oposición al dogmatismo que desemboca en la jurisprudencia de conceptos, pero va más allá en cuanto que en sus tesis va implícita la superación de la escuela histórica entera en alas de un democratismo que deja atrás al conservadurismo intelectual de Von Savigny y de Puchta. Vio clara su dimensión Ernst Landsberg en la *Historia de la ciencia jurídica alemana, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft,* cuando calificó a la conferencia de 1847 por el discurso funeral de la escuela histórica entera [77].

Al lado de semejante tesitura aproxímase a Bachofen en la identificación del derecho natural con el derecho popular tal como lo concebía la escuela histórica. Igual que Bachofen, piensa que el Derecho, tal como vive en el pueblo y alienta al realizarse en la esfera de cada individuo, podríamos llamarlo el derecho natural [78]. Siendo de ver en esta analogía

73. J. J. BACHOFEN: *Das Naturrecht,* 56.
74. Seis tomos en la edición de Aalen, Scientia Verlag, 1964.
75. Mencionada en la nota 70. Sobre todo en las págs. 4-11.
76. Cito por la versión castellana de ANTONIO TRUYOL Y SERRA, bajo el título de *La jurisprudencia no es ciencia.* Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1949.
77. R. STINTZING - E. LANDSBERG: *Geschichte,* III, I, 737.
78. J. H. von KIRCHMANN: *La jurisprudencia no es ciencia,* 32.

con Bachofen la nota más peculiar de su pensamiento. En la reducción del derecho natural al derecho histórico positivo ven lo más original suyo los críticos; Ernst Landsberg en la *Historia de la ciencia jurídica alemana*[79], Bruno Leoni en el segundo estudio acerca de *Il valore della giurisprudenza e il pensiero di Julius Hermann von Kirchmann, El valor de la jurisprudencia y el pensamiento de Julio Germán de Kirchmann*[80]; el mismo Antonio Truyol en el *Escrito preliminar* a su traducción castellana, cuando tacha de obscura la visión de Von Kirchmann del derecho natural desde sus entonces raigadas posiciones de jusnaturalista católico[81].

Mas la confusión no existe desde que se juzgue a Von Kirchmann desde las tiendas de la escuela histórica, como hace Karl Larenz en *Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, Acerca de la precisión de la jurisprudencia como ciencia*[82]. Porque es cierto que se levantó contra la asunción de los legados del ayer jurídico y es hostil a la escuela histórica cuando asegura que «el pasado ha muerto; sólo tiene valor en cuanto sea medio para comprender y dominar al presente»[83]; con lo cual trae el saber jurídico al derecho actual, presente en la posibilidad del instante, prescindiendo de la herencia histórica que era clave del saber del Derecho en la escuela de esta denominación; pero también es verdad que contra los fallos del saber científico y del saber técnico acaba por remitirse al saber común del pueblo con menosprecio de los saberes científico y técnico cuando escribe que «aunque un pueblo no tenga jurisprudencia, tendrá un saber acerca del derecho. Pero este saber no constituye una ciencia. Reside en las obscuras regiones del sentimiento, del tacto natural»[84].

Lo cual da en afirmar la supremacía del saber común sobre el saber científico, rechazar las pretensiones de Puchta canonizando por saber jurídico al saber científico de los juristas. Tenía razón Bruno Leoni en el primer artículo en torno a *Il valore della giurisprudenza e il pensiero di Julius Hermann von Kirchmann* cuando presenta la famosa conferencia como censura contra las hipótesis ingeniosas de la jurisprudencia de conceptos y contra los virtuosismos conceptuales de las elaboraciones de Puchta[85]. Contra la ciencia, el espíritu popular; frente a las elaboraciones científicas, lo que el pueblo sepa como derecho, un sentimiento jurídico donde se anudan el alma popular con las decisiones democráticas.

En el fondo von Kirchmann separa tres especies de saberes jurídicos: el saber popular, que para él es el derecho natural al mismo tiempo que el único derecho positivo; la norma legal, que se impone por la fuerza de las sanciones sea verdadera o sea falsa, de suerte que las leyes operan irremisiblemente con daño del saber jurídico auténtico al par natural y positivo, pues delante de ellas «el derecho natural tiene que renunciar a su verdad»[86]; y el saber científico, en la acepción establecida por Puchta, que es un saber jurídico tan falso como las leyes lo eran, ya que se apoya en ellas y no surge sobre el auténtico Derecho que el primer tipo de saberes jurídicos con exclusividad encarna.

---

79. R. Stintzing - E. Landsberg: *Geschichte*, III, I, 740.
80. En la *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XXI (1941), 64-95. Cita a la pág. 74.
81. A. Truyol y Serra: *Estudio preliminar*, 23.
82. Berlín, Walter de Gruyter, 1966, pág. 15.
83. J. H. von Kirchmann: *La jurisprudencia no es ciencia*, 44.
84. J. H. von Kirchmann: *La jurisprudencia no es ciencia*, 34.
85. En la *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XX (1940), 343-359. Cita a la pág. 357.
86. J. H. von Kirchmann: *La jurisprudencia no es ciencia*, 49.

La íntegra polémica de Von Kirchmann consiste en levantar al saber jurídico del pueblo, positivo y natural al par, por encima de las leyes positivas y sobre la ciencia de los juristas. Para él no cabe otro saber jurídico auténtico que el saber común del pueblo. Ni el positivismo legal, ni la jurisprudencia de conceptos son saberes dignos de tal apelativo. No es saber jurídico la ley, porque responde al capricho del legislador, «es mero arbitrio» que lo mismo puede servir al recto gobernante que al déspota [87]; motivo por el cual las leyes positivas se hallan en constante lucha con el verdadero Derecho, con el derecho natural que el pueblo encarna en su saber común originario [88]. No lo es tampoco el saber científico, porque se consuma en comentarios exegéticos de las leyes positivas en vez de apelar al espíritu del pueblo, del cual Puchta había disociado su derecho científico de jurisprudencia peculiar de los juristas especializados. La famosa condena está explicada como defensa del saber jurídico popular, que es el saber del derecho natural hecho positivo en el espíritu del pueblo. Unicamente así es dable entender su célebre diatriba: «¿Cuál es el contenido de tanto comentario y tanta exégesis? ¿Cuál el de tantas monografías, cuestiones y meditaciones, de tantas disertaciones y colecciones de casos prácticos? Sólo una pequeña parte tiene por objeto al derecho natural. Las nueve décimas partes, y más, se ocupan de las lagunas, los equívocos, las contradicciones de las leyes positivas; de lo que en ellas hay de falso, de anticuado, de arbitrario. Su objeto es la ignorancia, la desidia, la pasión del legislador. Ni siquiera el genio se niega a ser instrumento de la sinrazón, ofreciendo para justificarla toda su ironía, toda su erudición. Por obra de la ley positiva, los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida; desviándose de la sana, establecen su nido en la enferma. En cuanto la ciencia hace de lo contingente su objeto, ella misma se hace contingencia; tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura» [89].

Von Kirchmann niega el saber científico a la condición científica de la jurisprudencia apelando al saber popular en que la primera escuela histórica cifró los saberes del Derecho. Que luego esté más cerca de la actualización democratizante de Georg Beseler que de la evocación del pasado de Von Savigny no obsta a que su famosa conferencia de 1847, único texto por el cual es memorado hoy, sea una lanza enhiesta dentro de la escuela histórica para combatir la desviación puchteriana, enhiesta contra la dogmática profesoral de las combinaciones científicas de la jurisprudencia de conceptos. Es la teoría de los saberes jurídicos centrada en el saber jurídico común, dando de lado al saber científico y al saber técnico de una parte y de otra incluyendo forzadamente al saber filosófico en el saber vulgar del pueblo. Es el encaje de la totalidad de los saberes jurídicos en el saber del sentido común, y nada más.

En semejante tendencia, aunque con matices sobremanera diferenciados, ha de colocarse al barón Friedrich Julius von Stahl (1802-1861), judío de raza y de religión converso al protestantismo, figura prominente en los círculos schellingianos y teórico de la constitución prusiana de 1851. Pudiera ser caracterizado Stahl por el postrer representante de la escuela histórica, aunque en cierto modo signifique la elevación de los saberes juri-

87. J. H. von KIRCHMANN: *La jurisprudencia no es ciencia*, 51.
88. J. H. von KIRCHMANN: *La jurisprudencia no es ciencia*, 50.
89. J. H. von KIRCHMANN: *La jurisprudencia no es ciencia*, 54.

dicos a saberes filosóficos; por decirlo con Ernst Landsberg en la *Historia de la ciencia jurídica alemana* es aquel que merece pasar por el filósofo del Derecho de la escuela [90], bien que conciliándola con el más intransigente luteranismo continental, de quien es el portavoz para Ernst Troeltsch en *Die Soziallehren der christlichen Kirchen und Gruppen, Las doctrinas sociales de las iglesias y de los grupos cristianos* [91]; de suerte que su postura es más sincrética que propiamente historicista, en la certera visión de Enrique Gil y Robles en el *Prólogo* a la versión castellana de la *Geschichte der Rechtsphilosophie, Historia de la filosofía del derecho* [92]. Quizás la calificación más exacta sería decir la de que Von Stahl completa a la escuela histórica, en el juicio de Alfred Ross en la *Teoría de las fuentes del derecho* [93], trocándola en una teoría de los saberes filosófico-jurídicos que ya no tolerará más que aspectos parciales de la doctrina savignyana, porque su última calificación precisa es la de concluir en cierto jusnaturalismo cristiano dispar del de los racionalistas dieciochescos, que es donde lo coloca Otto Volz en *Christentum und Positivismus. Die Grundlagen der Rechts- und Staatsauffassung Friedrich Julius Stahls, Cristianismo y positivismo. Las bases de la concepción del derecho y del Estado de Federico Julio Stahl* [94].

Para Von Stahl la escuela histórica merece el aprecio de contrariar al racionalismo, ya que coloca al saber jurídico en el quehacer latente e inconsciente del genio popular, no en la elección, sino en la necesidad, «durch einen innewohnenden Sinn und Trieb» [95]. Von Stahl posee conciencia de que la especulación de la escuela histórica elimina la consideración de los saberes filosóficos en el Derecho [96]; pero advierte que la recibe en la medida en que fúndase en el cabal conocimiento de qué sea la naturaleza humana, al no recortarla a la mera razón a que la reducían los filósofos del jusnaturalismo racionalista [97]. En cuyo sentido alienta en ella un profundo principio filosófico, el de reconocer la acción de la Providencia en los acontecimientos humanos, y por ende en el Derecho. «Es ist gerade eine tiefere philosophische Wahrheit, auf welcher sie unausgesprochen, ja den meisten vielleicht unbewusst, in ihrem letzten Grunden steht, das ist die Anerkennung des lebendigen göttlichen Waltens in der Geschichte» [98]. Es ciertamente verdad filosófica profunda la de que después de todo implícitamente admita el reconocimiento de la acción continua de la Providencia en el curso de los sucesos de los hombres.

Observando este ingrediente filosófico, los saberes jurídicos suben a filosóficos desde que detrás de la inconsciente conciencia, digámoslo así, del pueblo forjando al Derecho asoma la mano de Dios rectora de la historia. Al ver a Dios debajo de los factores que labran al Derecho en la conciencia popular, Von Stahl descubre la posibilidad de unos saberes filosófico-jurídicos. Es el modo en que Von Stahl completa al par que supera la escuela de Von Savigny, teologizándola tanto como elevándola en sus tesis al plano

90. R. STINZING - E. LANDSBERG: *Geschichte*, III, I, 371.
91. Aalen, Scientia, 1961, pág. 769.
92. Madrid, La España Moderna, s. a., págs. 7 y 26-27.
93. ALF. ROSS: *Theorie der Rechtsquellen*, 161.
94. Tübingen, J .C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1951, pág. 137.
95. FRIEDRICH JULIUS STAHL: *Geschichte der Rechtsphilosophie*. Cuarta edición. Heidelberg, im Verlag der akademischen Buchhandlung von J. C. B. Mohr, 1870, pág. 572.
96. F. J. STAHL: *Geschichte der Rechtsphilosophie*, 584.
97. F. J. STAHL: *Geschichte der Rechtsphilosophie*, 586.
98. Ibídem.

de la filosofía, o, como escribiera Enrique Gil y Robles, acertando «a distinguir en la llamada escuela histórica, las luminosas verdades y los peligrosos yerros» [99].

Es el Derecho saber popular, ethos común, ethos nacional, «das Gemeinethos, das nationale Ethos», declara en la *Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Anschauung, Teoría del derecho y del Estado sobre el fundamento de la visión cristiana del mundo* [100]. Proviene su contenido filosófico de que, en el esquema de ese derecho creado por el pueblo, perdura el orden por Dios establecido. El Derecho es el orden vital del pueblo y de la comunidad de los pueblos para el mantenimiento del orden divino. Es el ordenamiento humano, mas al servicio del divino, fijado por los mandatos de Dios, fundado según la permisión divina. «Das Recht ist sonach die Lebensordnung des Volkes, und bez. der Gemeinschaft der Völker, zur Erhaltung von Gottes Weltordnung. Es ist eine menshliche Ordnung, aber zum Dienste der göttlichen, bestimmt durch Gottes Gebote, gegründet auf Gottes Ermächtigung» [101].

Con lo cual Von Stahl injerta en el saber común del pueblo al saber filosófico de las verdades inmutables contenidas en la revelación divina. Tal como Beseler o Reyscher habían procurado una orientación democrática actualizadora del legado histórico del Derecho, Von Stahl proporciona una raíz teológica. Sobre el cañamazo común del espíritu del pueblo, Puchta había construido un saber científico de juristas, Beseler una versión democrática del sentido común o vulgar y Von Stahl una raigambre de saberes filosóficos. Son flecos del manto de la escuela histórica, cada uno teñido de coloraciones diferentes; mas poseen por unidad la constante reclamación hacia el Derecho entendido como saber popular, por más que la imposibilidad de catalogar a este saber popular en ninguno de los cuatro saberes jurídicos fundamentales hace que cada cual le matice a su manera: Puchta como saber científico, Beseler como criterio político, Von Stahl con transfondo de saberes filosóficos.

De la misma escuela histórica arranca la dogmática jurídica en su más clásica expresión dentro del pensamiento alemán. Pero, si se apuran las miras, conclúyese que en ella impera cierto factor extraño a la escuela histórica: la noción positivista de los saberes del Derecho.

99. ENRIQUE GIL Y ROBLES: *Prólogo*, 26.
100. Dos tomos. Heidelberg, im Verlag des akademischen Buchhandlung von J. C. B. Mohr, 1870. Cita al I, 196.
101. F. J. STAHL: *Rechts- und Staatslehre*, I, 194.

25. *Los saberes jurídicos en el positivismo*

Tal vez el tema más dificultoso de tratar en la marcha de los saberes jurídicos sea su planteamiento en lo que suele entenderse por positivismo, a causa de motivos varios. En primer lugar por la multiplicidad de autores inscritos bajo este estandarte del pensamiento; agólpanse tantos nombres, todos relevantes y cargados de significaciones, que la imprescindible pero dolorosa cuanto arriesgada tarea de eliminar a muchos de ellos, al ser representativos de subcorrientes notoriamente importantes, deja por fuerza en el aire la impresión de arbitrariedad en las discriminaciones; cuando por otra parte resulta imposible matizar posturas menores en el seno del amplio cauce del fluir general de las ideas, bajo pena en caso contrario de alargar a dimensiones mastodónticas el tamaño de la presente glosa. En segundo lugar porque termina por dar en sobremanera embarazosa la decisión de ponerse de acuerdo acerca de qué sea el positivismo jurídico; entrecrúzanse orientaciones a mera vista inmediata calificables por contradictorias, desde el formalismo al sociologismo, desde la jurisprudencia de conceptos a la jurisprudencia de intereses, desde la canonización del legalismo estatal a la negación sociológica del Estado, que la ocupación de unificarlas según criterio que las abarque a todas antójase casi por imposible empeño. Finalmente, porque el positivismo filosófico, auge general de una cierta manera del saber que en mayor o menor grado ha teñido casi por completo la especulación del siglo XIX, no se compadece con exactitud con el positivismo jurídico; en Francia la escuela de la exégesis no depende de Augusto Comte, antes le precede; la jurisprudencia de conceptos resulta en Alemania de la dirección impuesta por Puchta a la escuela histórica, al paso que la noción de la supremacía del derecho positivo como exclusivo modo del saber jurídico remóntase a románticos cuales Adam Müller y aún no pecaría de absurdos buscarle antecedentes en diversos escritores de los siglos XVII y XVIII; la jurisprudencia de intereses ahonda sus raíces en el utilitarismo anglosajón, por más que su primera doctrina florezca en tierras germánicas. El único procedimiento válido para precisar nociones claramente inteligibles consiste en ceñirse al siglo XIX, viendo en el positivismo, pese a la existencia de precursores notorios, un dato cultural decimonónico, dando por ello de parte a la fácil erudición de señalar nombres y fechas anteriores, sea en la teoría del realismo, sea en el campo del legalismo estricto.

Más todavía. Así como el positivismo filosófico puede sin mayores reparos circunscribirse a la obra intelectual de Augusto Comte, y así en el efecto suelen proceder por lo común los tratadistas de la historia de la filosofía, en la teoría de los saberes jurídicos Comte repercute harto poco, ya que disuelve al saber del Derecho en el seno de otra rama cultural de más amplios linderos, a la que atribuye la encarnación del saber científico, único

que a él le interesara, en el terreno de la existencia humana en sociedad, a la sociología.

Según se vio en la glosa 30.ª a la lección 1.ª del presente *Tratado*, Comte exalta al saber científico por paradigma indiscutible de la totalidad de los saberes, en tanto grado que le reconoce por modo único del saber. No creyendo yo que esta actitud venga a coincidir con las posturas del Romanticismo, cual juzgó Gianni M. Pozzo en *Il problema della storia nel positivismo, El problema de la historia en el positivismo*, al ver en Comte «l'esaltazione romantica della scienza» [1]; porque cabalmente la aspiración a la unificación de los saberes fue aspiración del clasicismo iluminista de las Enciclopedias dieciochescas, siendo así que la máxima realización romántica de la unidad de las ciencias, que es la consumada por Hegel, cuaja en la historificación de la razón más que en el encadenamiento estrechamente sociológico de las ideas. Por el contrario, paréceme que la reacción unificadora de los saberes llevada a términos por Augusto Comte, aunque se atenga a los hechos, porta el sello de los afanes enciclopedistas, bien que el contenido sea distinto; los esquemas parejos rellénanse de factores diferentes, mas permanece igual el gusto por las líneas genéricas omnicomprensivas.

Como se vio en la mentada glosa 30.ª a la lección 1.ª, es la sociología la culminación de la totalidad de los conocimientos humanos, al mismo tiempo coronación lógica que análisis de las relaciones sociales entre los hombres, insertos orgánicamente en la sociedad tal como Comte la veía, abarcadora en ordenadas líneas de las actividades individuales. El Derecho intégrase en la sociología porque es una ciencia parcial y la sociología es la ciencia total de las relaciones sociales, como ha explicado Georges Gurvitch en *Tres capítulos de historia de la sociología* [2]. Tanto más que para Comte las normas eran hechos sociales, ya que jamás confundió a los hechos sociales con las cosas, cual refiere Pierre Arnaud en *Sociología de Comte* [3]; siendo las normas hechos aceptados para la elaboración sociológica, sobre tales hechos era hacedero levantar una construcción sociológica; de suerte que el Derecho traslade su problemática a la sociología. La realidad social comprendida como sociológica absorbe a la temática jurídica; desde que para Augusto Comte, como señala el propio Pierre Arnaud en *Pour connaître la pensée de A. Comte, Para conocer el pensamiento de A. Comte*, las únicas leyes admisibles son las sociológicas [4], las normas jurídicas tendrán un solo destino al advenir el triunfo del positivismo: tornarse sociológicas; el saber jurídico deja de ser propiamente tal para ornarse con las notas científicas de las cerradas leyes sociológicas, con su cortejo de previsiones pertinentes. En el tercer estadio, el positivo, el Derecho y los saberes jurídicos carecen de razón de ser.

En el primer estadio los saberes eran teológicos y provenían de la voluntad suprema de Dios. En el segundo estadio o metafísico los saberes jurídicos penden del arbitrio de los individuos, ilusionados con deducirlos de la contemplación de la naturaleza humana; es la edad del Derecho y de los saberes jurídicos tal como usualmente se les entiende, una edad en la que los juristas ocupan el sitio que anteriormente tenían los teólogos, en la feliz expresión de Gioele Solari en *Positivismo giuridico e politico di A. Comte, El*

1. Segunda edición. Padova, Cedam, 1972, pág. 26.
2. Versión castellana. Buenos Aires, Ediciones Nueva Misión, 1970, pág. 27.
3. Barcelona, Ediciones Península, 1971, pág. 91.
4. Paris, Bordas, 1969, pág. 143.

positivismo jurídico y político de A. Comte[5]. Es el derecho legalista, porque metafísica es en el lenguaje de Comte liberalismo y es democracia, cual subraya Gaston Richard en *Le positivisme juridique et la loi des trois états, El positivismo jurídico y la ley de los tres estados*[6]; es el reinado leguleyo de aquel «fetichisme de la loi» por Comte condenado en su carta al secuaz genovés Benedetto di Profumo del 26 de diciembre de 1851, aplaudiendo al golpe de estado de Napoleón, luego Napoleón III, por estimar acabaría con situación para Comte tan antipática.

En el tercer estadio, el positivo, cambiaráse el Derecho en sociología y las vaciedades metafísicas en científicos saberes sociológicos. Ni subjetiva ni objetivamente cabrá hablar de Derecho; al derecho subjetivo sucederá la noción del deber, que es el solo modo de que la política acoja los contenidos legítimos y necesarios de la ética; al derecho objetivo sucederán las leyes sociológicas, únicas verdaderamente científicas. «Cette régération décisive consiste surtout à sustituer toujours les devoirs aux droits, pour mieux subordonner la personnalité à la sociabilité. Le mot *droit* doit être autant écarté du vrai langage politique que la mot *cause* du vrai langage philosophique. De ceux deux notions théologico-métaphysiques l'une est désormais immorale et anarchique comme l'autre irrationnelle et sophistique»[7].

Había nacido el saber jurídico para suplantar al saber teológico, colocando al hombre en el lugar de Dios como fuente última de las relaciones sociales. Pero es saber inútil, porque carece de rigor científico, porque se mueve dentro del marco de las vaciedades por Comte llamadas metafísicas. «Pour lutter contre ces autorités théocratiques, la métaphysique des cinq derniers siècles introduisit de prétendus droits humains, qui ne comportaient qu'un office négatif. Quand on a tenté de leur donner una destination vraiment organique, ils ont bientôt manifesté leur nature anti-sociale, en tendant toujours à consacrer l'individualité. Dans l'état positif, qui n'admet plus de titres celestes, l'idée du *droit* disparait irrevocablement. Chacun a ses devoirs, et envers tous; mais personne n'a aucun droit proprement dit. Les justes garanties individuelles résultent seulement de cette universelle réciprocité d'obligations, qui reproduit l'équivalent moral des droits antérieurs, sans offrir leurs graves dangers politiques. En d'autres termes, nul ne possède plus d'autre droit que celui de toujours faire son devoir»[8].

Comte rechaza todo saber teológico del Derecho, porque repudia cualquier explicación del mundo que no salga de su metodología experimentalista. Comte niega todo derecho natural, porque a sus ojos el mismo concepto de naturaleza ha de ser negado, dado no es más que la degeneración metafísica de un principio teológico[9]; el único «droit naturel» admisible y el único que pasará a la sociología del estadio positivo es el del respeto a la personalidad y el reconocimiento de la capacidad de cada hombre para desenvolver sus propias aptitudes[10]; y ello precisamente porque acarrea la repulsa hacia el igualitarismo democrático y burgués dominante en el estadio metafísico. No cabe en Comte ningún saber filosófico del Derecho, porque en Comte no es concebible ningún tipo de saberes filosóficos.

5. En los citados *Studi storici di filosofia del diritto*, págs. 383-403. Cita a la pág. 387.
6. En los *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, núm. 3-4 de 1931, páginas 311-340. Cita a la pág. 332.
7. AUGUSTE COMTE: *Système de politique positive ou Traité de sociologie*. En *Oeuvres*. Paris, Anthropos, VII (1969), 361.
8. Ibídem.
9. A. COMTE: *Cours de philosophie positive*. En *Oeuvres*, IV (1969), 245.
10. A. COMTE: *Cours*, IV, 50.

Unicamente tolera los saberes científicos del Derecho; pero los tolera en la medida en que se tornan científicos al transformarse en saberes sociológicos. El saber del Derecho no ocupa lugar aparte siquiera en la clasificación comtiana de las ciencias, porque adquiere rigor científico en la misma medida en que es negado como tal saber jurídico y en que sube a saber sociológico. No solamente niega los saberes del Derecho como pretensiones subjetivas, sino además como reglas imperadas. Comte desconoció el valor normativo del Derecho, concluye V. Veniamin su balance de *La philosophie du droit d'Auguste Comte, La filosofía del derecho de Augusto Comte* [11]. Comte no acepta ningún saber jurídico; porque no admite más que saberes científicos y el solo saber científico posible del Derecho es la eliminación del Derecho, es sustituirlo por la sociología.

Si el máximo paladín del positivismo, patriarca e indiscutido fundador del positivismo filosófico, niega la misma posibilidad de un positivismo jurídico, parecerá extraño el hecho, por lo demás indiscutible, de que éste exista; y no sólo no quepa dudar de su existencia, pero además reconocer se trata de la más extendida de las corrientes del pensamiento jurídico en el siglo XIX, fautora de un tipo especial de los saberes del Derecho unánimemente estimado como tal, prototipo de uno de los más característicos modos modernos de la especulación jurídica. De ahí que la determinación de qué sea el positivismo jurídico, negado por Augusto Comte en nombre del positivismo filosófico y pese a esa negación existente con evidencia incontrastable, debe fijarse acudiendo precisamente al punto objeto del tomo II del presente *Tratado*: a las notas específicas del saber jurídico en esta corriente.

Lo que sucede es que la magnitud del campo a considerar arredra a la hora de aquilatar los criterios fijadores. Como ha escrito con certeras brillantes palabras Juan Manuel Pascual Quintana en su *Breve ensayo sobre las directrices del pensamiento filosófico-jurídico del racionalismo, idealismo y positivismo para la formación del concepto del derecho* «con su anchuroso horizonte nos muestra, unas veces oscuras nebulosas, y en otras, tormentosas dificultades» [12]. El sendero más sencillo será el de detallar la marcha histórica de las corrientes agrupadas bajo tal signo, refiriendo las rasgos que las unifican o por lo menos las aproximan, junto con aquellas otras características que a cada una son respectivamente peculiares; mas ello ofrecería dos dificultades: la de la extensión, con la imposibilidad de agotar la materia, de un lado; y de otro que esa serie de referencias no resolvería nada. Estamos delante de una cuestión teórica más que histórica, como apunta Giacomo Gavazzi en *Le buone ragioni del positivismo giuridico, Las buenas razones del positivismo jurídico* [13]; cualquier actitud científica ha de ser valorativa y no simplemente descriptiva. Ha de buscarse decir qué sea el positivismo jurídico, no contentándose con reseñar las variopintas manifestaciones bajo las cuales se presenta.

Con justeza ha indicado Felipe González Vicén en *Sobre el positivismo jurídico* el estado de la cuestión al apuntar trátase de hecho histórico mejor que de manojo de teorías; de suerte que las teorías agrupadas bajo este estandarte intelectual no son ramificaciones ni variaciones de un cuerpo unitario de doctrina, que no existe, sino más bien construcciones ideológicas des-

11. En los *Archives de philosophie du droit*. Paris, Sirey, 1952, págs. 181-196. Cita a la pág. 196.
12. En la *Revista de la Facultad de Derecho* de la Universidad de Oviedo, XVII (1956), 23-82. Cita a la pág. 62.
13. En *Il foro italiano*, IV (1961), 305-312.

de un punto de vista acerca del Derecho, aunadas en contemplarle como orden individualizado que efectivamente conforma las relaciones humanas en una comunidad concreta en el lugar y en el tiempo [14]. Mas si González Vicén tiene razón en la exposición del positivismo jurídico como perspectiva, resulta discutible sea dado definirle con arreglo a esa simple perspectiva en la consideración del Derecho. Tentado se está casi por definirle según aquello que no es, dejándole claro cuando se detalle que ni es jusnaturalismo, ni jusracionalismo, ni historismo, ni historificación de la razón; ni Santo Tomás, ni Grocio, ni Kant, ni Von Savigny, ni Hegel.

Algunas de las caracterizaciones apenas si reflejan una tendencia particular, no el giro entero del positivismo jurídico. En 1952 el judío americanizado Morris Stockhamer redujo a diez puntos el que denomina programa axiomático del positivismo jurídico, *Das axiomatische Program des Rechtspositivismus* [15]; pero las diez puntos parecen más recoger el positivismo legalista de Hans Kelsen que el resto de las tendencias; pudiéndose decir lo mismo de la opinión de Theodor Viehweg en *¿Qué quiere decirse por positivismo jurídico?, Que veut-on dire par positivisme juridique?*, cuando contempla en el positivismo la renuncia a cualquier otro planteamiento del Derecho suscitado por la filosofía, la historia o la sociología [16]. Para Hans Welzel en *Naturrecht und Rechtspositivismus, Derecho natural y positivismo jurídico* [17], igual que para el suizo O. A. Germann en *Probleme und Methode der Rechtsfindung, Problema y método del hallazgo jurídico* [18], lo propio del positivismo es la omnipotencia del legislador; que viene a ser también más o menos la opinión de Helmut Coing en las *Líneas fundamentales de la filosofía del derecho, Grundzüge der Rechtsphilosophie*, al reservar como nota del positivismo jurídico la de la subordinación del juez a la ley, en manera que el juez da en mero ejecutor de la norma legislada, el «Vollstrecker des Gesetzes» que mecánicamente aplica [19]; y viene a ser la consideración de la norma como mandato o puro acto de voluntad» «nur ein Willensakt oder Befehl» en el juicio a que Karl Larenz reduce en dos palabras el positivismo jurídico en la *Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Teoría del método de la ciencia jurídica* [20]. Tesis que recuerda la del inglés John Austin y desde la cual es fácil pasar a señalar por rasgo definidor del positivismo jurídico a la canonización de la voluntad del Estado, al «mero volontarismo statistico» de que habla R. Ago en *Diritto positivo e diritto internazionale, Derecho positivo y derecho internacional* [21]; o a la idea de que positivismo jurídico equivale a la del Estado legislador, del «Stato di legislazione» a que alude Giacomo Gavazzi en sus *Elementos de teoría del derecho, Elementi di teoria del diritto* [22].

Otros autores han visto la raíz del positivismo jurídico en la depuración del menor ingrediente moral, en la reducción del saber jurídico a técnica de aplicación del Derecho. Así Marcel Waline en su *Défense du positivisme*

14. En el *Homenaje al profesor Giménez Fernández*. Sevilla, Universidad, dos tomos. Cita al II (1967), 7.
15. En el *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, XL (1952), 243-244.
16. En los *Archives de philosophie du droit*, X (1965), 181-190. Sobre todo a la pág. 190.
17. En el *Festschrift für Hans Niemeyer zum 70. Geburtstag*. Göttingen, Otto Schwartz, 1953, página 290.
18. Bern, Verlag Stämpfli und C., 1967, segunda edición, pág. 310.
19. Berlín, Walter de Gruyter, 1950, pág. 246.
20. Berlín, Springer Verlag, 1960, pág. 240.
21. En los *Scritti in onore di T. Perassi*. Milano, Giuffré, I (1957), 3-65. Cita a las págs. 46-47.
22. Torino, G. Giappichelli, 1970, pág. 107.

juridique, Defensa del positivismo jurídico, reducción a la técnica argumentada en la imposibilidad de establecer de manera contundente e indiscutible la noción del bien común, imperada por el derecho natural [23]; lo que recae en apología del positivismo formalista, cual la que hace suya Pietro Piovani en *Giusnaturalismo ed etica moderna, Jusnaturalismo y ética moderna* [24]; o en la negativa a acudir a argumentos éticos para quedarse en los preceptos del derecho positivo por sola fuente da las obligaciones jurídicas, con exclusión de remisiones al derecho natural, que es lo que despiertan las sentencias de los procesos de Nuremberg contra los jerarcas hitlerianos para Widar Cesarini Sforza en su *Difesa del positivismo giuridico, Defensa del positivismo jurídico* [25]. Actitud según la cual la nota definitoria del positivismo jurídico sería la de prescindir de la ética, la de ver en el Derecho mera norma positiva carente de contenidos morales, la de que el saber jurídico es la letra de la ley. No de otro modo tampoco nada menos que Francesco Carnelutti ha identificado al positivismo jurídico con lo que llamó codicismo en *Bilancio del positivismo giuridico, Balance del positivisimo jurídico* [26], entendiendo por codicismo la afirmación de que no existe más Derecho que aquél que se palpa y se ve, esto es las leyes tal como pueden ser leídas en los códigos o en los demás documentos en que constan escritas [27].

Por este manojo de opiniones, cogidas al vuelo del azar entre la inmensa bibliografía sobre el tema, podrá colegirse que positivismo jurídico es la reducción del saber jurídico a la norma escrita, lo que apareja de una parte la consagración del voluntarismo estatal por la sola fuente de tales saberes y de otra cierto relativismo axiológico lindante con el antropocentrismo proclamado por Protágoras y con rechazo de cualquier saber teológico o filosófico; esto es, el agnosticismo de que le censuraba Lenin en *Materialism i empiriokriticism, Materialismo y empiriocriticismo* [28].

Algunos han buscado, ante la imposibilidad de recurrir a un solo criterio para la definición del positivismo jurídico, establecer una serie de puntos que permitan abarcar tendencias tan dispares. Así Herbert L. A. Hart en el estudio *El positivismo y la separación del derecho y la moral, Positivism and the separation of law and morals* [29], tras poner de relieve la confusión resultante de que el vocablo ha sido utilizado equívocamente o «ambiguosly» [30], resume los cinco extremos siguientes, dentro de los cuales se dará positivismo jurídico: *a*) que el Derecho está constituido por mandatos dados por hombres; *b*) que «that there is no necessary conection between law and morals», que no hay conexión necesaria entre Derecho y moral [31]; *c*) el análisis o estudio de la significación de los conceptos jurídicos es diferente de las indagaciones históricas acerca de la causa o del origen del Derecho, de las averiguaciones sociológicas en torno a las relaciones del Derecho con otros fenómenos sociales y de la valoración del Derecho con arreglo a pre-

23. En los *Archives de philosophie du droit et sociologie juridique* de 1939, núms. 1-2, páginas 83-96. Sobre todo en las págs. 86-87.
24. Bari, Laterza, 1961, págs. 112-113.
25. En la *Rivista internazionale di filosofia del diritto,* XLII (1965), 323-324.
26. En la *Rivista trimestrale di diritto pubblico,* I (1951), 255.
27. F. CARNELUTTI: *Bilancio del positivismo giuridico,* 288.
28. Ogiz, Gospolitisdat, 1946, pág. 118.
29. Publicado en la *Harvard Law review,* LXXXI (1958), 593-630.
30. A. L. H. HART: *Positivism and the separation of law and morals,* 595.
31. Inserto este punto en el original inglés porque la versión dada por nuestros juristas es errada, ya que la suelen tomar del extracto dado por NORBERTO BOBBIO, en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico,* pág. 103, nota 5, en donde se coloca la relación, no entre derecho y moral, sino entre justicia y norma.

ceptos éticos o a finalidades sociales; *d*) un sistema jurídico es un sistema cerrado dentro del cual se pueden conseguir soluciones apropiadas empleando puros medios lógicos, partiendo de normas previas y sin necesidad de referencias a fines sociales, orientaciones políticas o principios morales; y *e*) los juicios morales no pueden ser tratados ni defendidos racionalmente como juicios de hecho.

En *Giusnaturalismo e positivismo giuridico, Jusnaturalismo y positivismo jurídico,* Norberto Bobbio lo ha caracterizado asimismo por cinco puntos: en lo que concierne a la definición del Derecho, la identificación de todo saber jurídico con la voluntad estatal; por lo que toca a la teoría de la norma jurídica, la estima de que son puros mandatos; en lo que afecta a las fuentes del Derecho, no tomar como tal más que la ley o, en todo caso, si se toma a la costumbre o a la práctica técnica judicial, acogerlas muy secundaria o subordinadamente; en lo que respecta al ordenamiento jurídico, darlo por lógicamente cerrado, sin tolerar puedan aparecer ni lagunas ni antinomias; y, finalmente, en lo que roza a la ciencia jurídica, entenderla como saber lógico en el cual la tarea del jurista se limita a interpretar al saber preexistente, nunca en indagar saberes nuevos [32]. Con más loable precisión Umberto Scarpelli en *Cos'è il positivismo giuridico, Qué es el positivismo jurídico,* ha concretado en dos tales rasgos: voluntarismo y exclusión de valoraciones; o sea, la concepción del Derecho y del saber jurídicos como lo que consta en normas puestas por la voluntad de seres humanos con independencia de su adecuación o no a preceptos morales o a ideologías [33].

Trabajo inagotable fuera relacionar más opiniones. A mi ver puede reducirse a una nota primordial: la de admitir por saberes jurídicos únicamente al saber científico, dando de lado tajantemente a los saberes filosóficos. El positivismo comtiano general consistió en fundir a la ciencia con el saber verdadero, en repudiar todo criterio que proviniese de alguien situado por encima de los hombres o deducido de los hombres mismos, aquellos dos puntos de mira por Comte situados en el estadio filosófico y en el estadio metafísico, por seguir su vocabulario; de igual manera el positivismo jurídico es aquella visión o tendencia en el Derecho que no tolera saber más que el saber jurídico científico.

No es, por tanto, positivismo jurídico ni el saber abstracto ni el saber empírico del Derecho. No será jamás saber abstracto porque la ciencia jurídica positivista está atada a lo concreto, parte de la norma diputada por hontanar del saber jurídico tal como se la topa aquí y ahora, en lugar y tiempo precisos. Para el positivista jurídico no hay ningún derecho universal, porque no concibe saberes jurídicos deducidos de un Dios ni ninguna contemplación filosófica de la humana naturaleza; no cabe ningún derecho natural, fundaméntese en Dios o arraíguese en la estricta razón humana; es el Derecho realidad concreta, es una norma vigente en una sociedad bien señalada; ni existen saberes jurídicos a priori; las normas son hechos y en cuanto tales hechos son los elementos de los que hay que arrancar para la elaboración de la ciencia. Para el positivismo jurídico tan inadmisible es un saber abstracto del Derecho como un saber filosófico del Derecho. Solamente puede entrar en consideración un saber jurídico científico, con arreglo a lo que por ciencia entiende el positivismo: partiendo de los datos

32. N. Bobbio: *Giusnaturalismo e positivismo giuridico,* 153-154.
33. Milano, Edizioni di Comunità, 1965, pág. 34.

fácticos, datos fácticos que en la ciencia del Derecho son las normas vigentes en una situación determinada.

Pero tampoco es saber empírico deducible de la escueta comparación de las normas. Porque las normas concretas de que se sube a la elaboración de la ciencia son datos de carácter especial, no equiparables a los que sirven de cimiento a las ciencias naturales. La astronomía, la física, la química o la biología poseen reglas invariables, su base es sólidamente fija; el sol o el crecimiento, las leyes de la gravedad o de las combinaciones químicas de los elementos aportan datos exactos e inmutables; su material es de precisión inconmovible. En cambio, la materia de donde parte la ciencia positivista del Derecho es mudadiza y es variable, porque son normas que dependen de la continuidad o del cambio de las voluntades de los seres humanos que las dictan. Una ley física no se altera jamás, una ley jurídica puede ser diversa a cada instante. No se trata, en consecuencia, de conseguir un saber explicativo cerrado, sino de lograr un saber orientador abierto. Por lo cual los juristas científicos han de manejar conceptos y palabras ignorados por los científicos naturalistas de la misma línea del positivismo: deber, validez, ordenamiento, conducta, arbitrio, compromiso en contratos, decisión cara a la sanción penal, libertad en el cumplimiento de las normas, sanción punitiva de conductas antilegales, pretensiones, intereses, y tantos otros. Es que la norma, hecho básico para el jurista positivista, está sujeta a la alteración de los criterios de los hombres que las establecen, es un material relativizado, una oscilante fundamentación. No se trata de construir unos saberes empíricamente con valor absoluto, sino de regular conductas, por su misma esencia variaderas.

La peculiaridad del saber jurídico en el positivismo es la oscilación forzada entre las aspiraciones de la ciencia a advenir a construcciones permanentes y la situación de tener que llegar a esas conclusiones permanentes utilizando material siempre cambiante. La unidad sistemática de saberes en que la ciencia consiste está instalada en este circuito contradictorio, meciéndose entre las exigencias de la objetividad inalterable y la imposible permanencia de sus datos fundadores. Igual que un castillo de ciclópeos peñascos edificado sobre arena movediza, a cada instante pueden fallarle los apoyos y derrumbarse sus almenas; bastará cambien las normas vigentes en un país en un momento determinado para que se desplomen cuantos muros se levantaron, por muy sólida y bien entramada que fuese la mampostería.

De donde la salida formalista, primera de las grandes líneas en que se proyectó el positivismo jurídico y a cuya consideración va consagrada la glosa 26.ª que a ésta sigue. Ante la imposibilidad de establecer contenidos permanentes, puesto que el saber científico exige por su propia condición concluir sistemáticas invariables, buscóse el factor de permanencia requerido por la ciencia para ser tal ciencia en lo único que perduraba por encima de la madurez de los contenidos: en la lógica interna del sistema, en la estructura con que se coordinan los conceptos, en la forma en que eran encuadrados los saberes. Por ello el positivismo jurídico cuajó en un formalismo, porque lo único a que podían asirse los positivistas para forjar una ciencia del Derecho era a lo único que no cambiaba: a los esquemas lógicos, dado que el contenido con que se les llenaba y la savia nutricia de la ciencia jurídica era algo tan variable como que dependía de la dudosa firmeza de las voluntades humanas estableciendo las normas que son los datos fácticos del Derecho, siempre carentes de firmeza. Desde el Jhering de la dogmática constructiva hasta Hans Kelsen o Ernest Roguin ése es el camino andado por

el positivismo jurídico formalista, atenido a saberes científicos formales porque solamente sobre la forma resultaba asequible edificar sólidamente la sistemática que la ciencia necesita. Cuando con esta línea fúndase la jurisprudencia de conceptos heredera de la escuela histórica en Alemania y en Francia los estilos mentales de los comentaristas de la letra del *Código* de Napoleón Bonaparte, el río caudal del formalismo, acrecentado con los afluentes poderosos de los seguidores de Puchta y de los exégetas franceses, correrá por la geografía cultural jurídica del siglo XIX con tamaña majestad y tal riqueza de caudales que apenas si muy ligeramente será posible en la glosa que sigue delinear los detalles que matizan los márgenes por donde discurre la ancha corriente del positivismo formalista.

Aunque la reacción había de producirse por fuerza, dado que el hecho jurídico que es la norma, bien que en principio se procurase dejarlo desasido del más mínimo contacto con la realidad social, en su singularidad contradecía la unidad de los saberes cerrada y tenazmente postulada por el positivismo. Por encima de aquellos intentos depuradores, de aquel aislacionismo procurado en la ciencia del Derecho, planeaba el fantasma de la sociología concebida como saber supremo y unificador, colocada en el extremo más señero de la temática de los saberes. Sin llegar a los excesos de Augusto Comte, esto es, a recortar el saber jurídico al saber sociológico, pareció imposible contentarse con un saber jurídico adelgazado a mera forma. Es la insatisfacción que acomete a Rudolf Jhering en la cumbre de su carrera de estudioso y era exigencia además patente en los países anglosajones, pesadamente influidos por los criterios del utilitarismo personificado por Jeremías Bentham, pero de tantas repercusiones entre las gentes de habla inglesa. La tendencia a llenar de contenidos a la forma lógica a que había quedado reducida la ciencia del Derecho en la línea de la jurisprudencia de conceptos y demás corrientes con ella emparentadas, no podía en verdad satisfacerse encerrándose en los hechos normativos, en las leyes, puesto que éstos eran cambiantes por su misma condición de depender de la variable decisión de los hombres que las constituyen. La salida estaba en la misma fórmula del utilitarismo, trasladada a la determinación del fin a que tiende el Derecho, en el conocimiento del fin como base de los saberes jurídicos todos. Desde el segundo momento del pensamiento de Rudolf von Jehring va a correr, paralelo y no inferior en caudales a la jurisprudencia de conceptos, el otro río de la jurisprudencia de intereses. Desde el psicologismo de Rudolf Bierling al programa de Adolf Merkl, desde las reservas de François Gény a la demoledora arremetida de Léon Duguit, por citar apenas dos países representativos, el positivismo de contenidos aflora en una problemática que no puede confundirse con la del positivismo jurídico formalista, mas que no obstante es tan positivista como aquélla. En la glosa 26.ª de esta lección apúntanse sus rasgos principales, a fin de que pueda comprenderse la vitalidad robusta del positivismo decimonónico en sus dos factores cardinales: la formalista y la finalista, ambas dentro de sus particularidades respectivas, encarnadoras del mismo tipo del saber jurídico; de aquel modo de pensar que solamente admite el saber jurídico científico según lo que en el tomo I del presente *Tratado* vimos entendía por ciencia el positivismo. O sea, con exclusión del saber jurídico filosófico.

Porque, en último término, insisto, lo que caracteriza al positivismo jurídico es negar todo saber jurídico que no sea científico y en primer término al saber jurídico filosófico.

26. *El positivismo jurídico formalista en Alemania*

Lo postura negadora de los saberes jurídicos de Augusto Comte muestra que el positivismo filosófico no fue el padre del positivismo jurídico. Más bien meció su cuna la escuela histórica, si no es que en la práctica tecnicista, de creer a Gerhard Schneider en *Der Ursprung des Positivismus in der Gestalt des Historismus, El origen del positivismo en la hechura del historismo* [1]. Como veremos enseguida, es en la hegemonía de la lógica respecto a la consideración histórica en el seno de la escuela histórica del Derecho, donde apuntan los más sazonados frutos del huerto positivista en las materias nuestras.

Pero si por Positivismo se entiende, como es lícito, la pura y simple negación de los saberes filosóficos aliada al primado de los científicos, o sea a los que proceden del derecho positivo, aun dentro de los linderos del 1800 delimitados por motivos de comodidad expositiva hay pensadores dignos del apelativo de positivistas en los primeros decenios del siglo XIX. Por tales están tasados en la *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Historia de la ciencia del derecho alemán,* por Ernst Landsberg, Anton Friedrich Thibaut (1772-1840), Georg Arnold Heise (1778-1851) y Friedrich Cropp († 1832) [2]. Pues es cierto que cuando Thibaut, por ejemplo, en su incisivo escrito *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, Sobre la necesidad de un derecho civil común para Alemania,* repudia al derecho romano por haber caído a sus ojos en ineficaz fuego fatuo, en un «Irrlicht» [3], lo que reprocha es la inexistencia de un derecho positivo claro y terminante; su pretensión de un vigoroso código autóctono, plasmado con energía tudesca y con espíritu alemán, «mit deutscher Kraft im deutscher Geist gearbeitet» [4], verifica la apología del derecho positivo como base para todo saber jurídico, ya que en su *Lehrbuch der Pandekten, Manual de las Pandectas,* solía adoctrinar que el legislador de la norma positiva puede muy bien prescindir del derecho natural, que «des positive Gesetzgeber kann das natürliche Recht aufheben»; texto traído para demostrar el primado del derecho positivo y que trueca a Thibaut en flagrante positivista a juicio de Hans Kiefner en su *A. J. F. Thibaut* [5]. A los que pudieran añadirse otros nombres, como el hannoveriano August Wilhelm Rehberg (1757-1836), cuyo escrito de 1813 *Über den Code Napoléon und dessen Einführung in Deutsch-*

1. En el *Archiv für Recht- und Sozialphilosophie,* LVIII (1972), 267.
2. R. STINTZING - E. LANDSBERG: *Geschichte,* III, I, 69-98.
3. En el volumen citado, *Thibaut und Savigny.* Darmstadt, Wissenschafttliche Buchgesellschaft, 1959, págs. 35-68. Cita a la pág. 45.
4. A. F. THIBAUT: *Über die Nothwendigkeit,* 48.
5. En la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte.* Romanistische Abteilung, LXXVII (1960), 304-344. Cita a la pág. 340.

land, Sobre el Código Napoleón y su introducción en Alemania, más puede valer por positivista como juzga Ernst Landsberg [6], que por el precursor de la escuela histórica a que le reconduce Singer en el artículo que le dedicó en la revista de Grünhut [7]. Y sobre todos ellos, ya en plena eclosión romántica, Adam Müller (1779-1829), quien en la tercera lección de sus *Elemente der Staatskunst, Elementos de arte político*, dictada el 26 de noviembre de 1808, niega todo saber filosófico de derecho natural, sosteniendo no existe más derecho natural que el que reside en el derecho positivo, apoyándose en la postura de Gustavo Hugo para concluir que todo saber del Derecho, aunque se titule filosófico, es de filosofía del derecho positivo [8].

No de otra guisa tampoco Nikolaus Falck (1784-1850), el schlewingés cuya *Juristische Encyklopädie, Enciclopedia jurídica*, alcanzó cinco ediciones desde la de Kiel de 1821, hasta llegar a ser el texto más utilizado en la casi totalidad de las universidades alemanas, en el parágrafo 8 habla de la jurisprudencia como de una ciencia positiva, tildándola de «positive Wissenschaft» afirmando que el derecho positivo es el único derecho natural y solo derecho auténtico, con lo cual relega al derecho natural racionalista al papel de derecho artificial, de «künstlich Recht» [9]; derecho positivo cuyo saber se conoce apenas por la experiencia [10], por tratarse de una existencia de hecho, de una «factysche Dasein» en la que nada cuentan las lucubraciones filosóficas [11]. Motivos por los cuales con sobrada razón júzgale por positivista Klaus Volk en *Die Juristische Encyklopädie des Nikolaus Falck. Rechtsdenken im frühen 19. Jahrhundert, La Enciclopedia jurídica de Nicolás Falk. El pensamiento jurídico a comienzos del siglo XIX* [12].

Mas esta corriente, no novedosa ni exclusiva, arrastraba una tendencia coincidente con la orientación lógica impresa por Puchta a la escuela histórica y que culminó con el joven Rudolf von Jhering (1818-1892), merced al colosal talento jurídico de este jurista auténticamente genial. A partir de Puchta y bajo su magisterio la escuela histórica toma rumbos navegando con alas desplegadas hacia la dogmática sistematizadora, más que a la detallada puntualización de los hechos y de las instituciones del pasado. Empieza a valer el Derecho como derecho de juristas mejor que como expresión del espíritu del pueblo, ya que aquéllos habían asumido la tarea de definir el contenido de la conciencia popular. La sistemática del derecho natural operada por los filósofos del jusnaturalismo racionalista va a ser copiada por los estamentos de los jurisconsultos, herederos en la función científica sistematizadora de la misión sistematizadora que habían llevado a cabo los filósofos jusnaturalistas. Con lo cual otorgábase suprema prestancia a la fijación de la estructura lógica del Derecho, con independencia de sus contenidos políticos o éticos. No faltaron protestas, como la erguida por Johann Friedrich Martin Kielruff (1806-1870) en su *Theorie des gemeinen Zivilrechts, Teoría del derecho civil común*, según la cual el único derecho vivo, y por ende digno de consideración, era el derecho práctico, «nur das Recht ist welches lebendig ist, und nur das praktische Recht, das geltende» [13]:

6. R. STINTZING - E. LANDSBERG: *Geschichte*, III, 78-80.
7. En la *Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, XVI (1889), 294, nota 27.
8. Jena, Gustav Fischer, dos tomos. Cita al I (1922), 53.
9. Cito por la primera edición de 1821, pág. 15.
10. N. FALCK: *Juristische Encyklopädie*, 36. En el parágrafo 20.
11. N. FALCK: *Juristische Encyklopädie*, 97. En el parágrafo 55.
12. Berlín, Dunker und Humblot, 1970, pág. 35.
13. Altona I (1839), 5.

mas los secuaces de la escuela histórica aciertan a ordenar las fuentes en jerarquía opuesta a la que propuso Von Savigny: el primer lugar lo ocupará la ciencia, seguido de la ley sobre la que la ciencia opera y dejando relegada a tercer y casi invisible puesto a la costumbre. La aplicación del Derecho prevalece por encima de la cuestión de sus orígenes, la razón de existir una costumbre prima sobre los modos del largo período del pasado en que cuajó. Viene a ser sujeta a la criba de los razonamientos lógicos, puesto que el quehacer de los jurisconsultos parece más decisivo que la práctica centenaria de los usos. Los del Derecho serán conceptos jurídicos; leyes y costumbres pasarán a la ciencia en la medida en que sean reducidos a conceptos. No es que se reniegue de la historia cual campo donde nacen los hechos concretos en que el saber científico del Derecho ha de apoyarse. Como ha señalado Giuseppe Maggiore en *La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica, La doctrina del método jurídico y su revisión crítica*, al Logos abstracto del jusnaturalismo contrapónese el Logos histórico concreto, lo que deviene a lo que está [14].

Puesto que el saber jurídico es elaborado por los juristas y es saber lógico de conceptos, bien que estos conceptos salgan del logos histórico que muda, la dogmática creada por Puchta será una ciencia de conceptos y en esa calidad de ciencia de conceptos cobrará rigores de calidad científica. Aunque provenientes de la experiencia jurídica, de las leyes y de las costumbres, los dogmas manejados en la dogmática jurídica son conceptos, y por ello aspiran a ser saberes absolutos y permanentes, pese a lo frágil de su cuna oscilante y variadora. Precisan ser necesarios, esto es universales y fijos. Es la dogmática lógica de conceptos, no tasación de hechos, porque se trata de saber de ciencia no construida establemente y no de repertorio de descripciones de la realidad inconexas entre sí. Con harta razón Antonio Hernández Gil identifica en su *Metodología de la ciencia del derecho* a la construcción jurídica positivista con la construcción dogmática, viendo en la dogmática la ciencia del Derecho estimada como lógica jurídica [15]. La dogmática es ciencia de conceptos, saber jurídico por conceptos, porque la realidad no entra en la ciencia sino cuando se transfigura en los conceptos.

Por lo cual aparece siendo constante hipótesis en su contenido, según ha subrayado Antonio Pagano en *I criteri differenziali della filosofia del diritto e della dommatica giuridica, Los criterios diferenciales de la filosofía del derecho y de la dogmática jurídica* [16]. Lo sólido, lo que de veras cuenta para la exactitud absoluta a que toda ciencia aspira por el mero hecho de ser ciencia, es la estructura lógica. El positivismo jurídico vacía el principio de legalidad y adopta actitud neutral delante de las realidades, apunta Alessandro Baratta en *Rechtspositivismus und Gesetzpositivismus, Positivismo jurídico y positivismo legal* [17]. El saber jurídico dará en saber lógico a secas, de una ciencia formal ayuna de contenidos.

Tal era el estado de ánimo que maduraba en el ambiente cuando Rudolf von Jhering inició sus actividades de tratadista al graduarse en la Universidad de Berlín en 1842 con la tesis romanista *El posesor de la herencia, De hereditate possidente*. La carrera intelectual de Jhering divídese en dos períodos, separados por una cisura que podría fijarse sin grave yerro en el

14. En la *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, VI (1926), 364-386. Cita a la pág. 378.
15. Madrid, Gráficas Uguina, tres tomos. Cita al I (1971), 130-131.
16. En la *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, VI (1926), 535-549. Cita a la pág. 335.
17. En el *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, LIV (1968), 325-349. Cita a la pág. 335.

año 1862, esto es, en la culminación de aquella etapa fecunda de su profesorado en Giessen entre 1852 y 1868; el primero constituye la superación de la escuela histórica partiendo desde ella misma, con arreglo a aquel lema de «por el derecho romano, más allá del derecho romano», «durch das römische Recht, aber über desselbe hinaus», por él proclamada en abril de 1856 al redactar el artículo de presentación del *Anuario para la dogmática del derecho privado alemán y romano actual, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht* [18]; el segundo señala el alejamiento de la dogmática jurídica paralelo a la apertura de otra magna línea del positivismo jurídico, la jurisprudencia de intereses. Segunda etapa a considerar en la glosa 26.ª, refiriéndome ahora únicamente al primer Jhering, supremo paladín y expositor de la dogmática jurídica.

El primer Jhering parte del magisterio de Puchta, según él reconoce en una nota a *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, Broma y seriedad en la jurisprudencia*, aunque recalque no asistió jamás a sus lecciones [19]. De Puchta tomó la disposición a ver en la escuela histórica la cara dogmática con preferencia a la histórica; lo que era recaer en el estilo clásico, dejando atrás el torbellino del Romanticismo. La pulcra consideración con que Puchta sellara los problemas con arreglo a una preocupación sistemática enhebrada en la fijación de las grandes directrices lógicas era la forja de un pensamiento abierto a la exactitud programática en pugna con el desbordamiento desmelenado propio de los gustos del Romanticismo. Es la nota que desde sus comienzos de estudioso señaló a Von Jhering tan profundo conocedor de su obra como el discípulo Adolf Merkel en la necrología que bajo el título *Rudolf von Jhering* publicó en el *Anuario para la dogmática*, al presentarlo desde los inicios como amigo de la clara luz del día y como enemigo de las obscuridades del Romanticismo en la poesía y en la vida, «als ein Freund des hellen Taglichs und als Feind der Helldunkels und der Romantik in Poesie und Leben» [20].

Radicó la originalidad de Von Jhering en que superó al Romanticismo y en el cuidadoso cultivo de la reconstrucción de los detalles, no solamente en las dimensiones de la lógica propugnada por Puchta, sino en el hondón de la substancia misma de la escuela histórica, en la valoración del pueblo como hontanar nacional, y por ende particular, del Derecho. Von Jhering pudo fundar la dogmática jurídica, cual opinan Giuseppe Maggiore [21] o Rafael Bielsa en la *Metodología jurídica* [22], porque acertó a conseguir abrir horizontes mucho más amplios que los detalles en que se perdían los reconstructores de las instituciones del derecho de Roma.

Pues la novedad jheringiana estuvo en no ver en el derecho romano un saber limitado, pero universal. La justificación de la recepción del derecho romano, magistralmente descrita por Federico Carlos de Savigny, antojábasele imposible, dado que en definitiva tratábase de un derecho vigente en los pueblos germánicos, mas asaz diverso del derecho germano propiamente tal, si se le miraba desde el ángulo de la reducción del derecho al espíritu del pueblo. Von Jhering comprendió que la vitalidad del derecho romano procedía de su universalidad, de que el derecho romano era uno de los tres fac-

18. El artículo titúlase *Unsere Aufgabe* y ocupa las págs. 1-52 del tomo I (1857). Cita a la página 52, cerrando el artículo.
19. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1964, pág. 18, nota 1.
20. En el *Jahrbuch für die Dogmatik*, XXXII (1893), 9.
21. G. MAGGIORE: *La dottrina del metodo giuridico*, 367.
22. Santa Fe, Castellví, 1961, pág. 75.

tores causantes de la unidad cultural del Occidente más allá de los diversos pueblos que lo forman. Roma seguía perdurando en su Derecho precisamente porque labró un Derecho con repercusiones universas. Desde la primera página del *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Espíritu del derecho romano según los diversos grados de su desarrollo*, aletea esta concepción innovadora, capaz de suscitar un nuevo modo de entender los saberes del Derecho anidados en la obra jurídica que era el legado de Roma, «Die welthistorische Bedeutung und Mission Roms in ein Wort zusammengefasst ist die Überwindung des Nationalitätsprinzip durch den Gedanken der Universalität» [23]; esto es, la importancia histórica universal y la misión de Roma dicha en una palabra consiste en la superación del principio de la nacionalidad mediante el pensamiento de la universalidad.

Es que para Von Jhering el derecho romano fue, junto con el cristianismo, uno de los dos ingredientes unificadores del mundo occidental [24]. Gracias al derecho romano existe un Derecho común del Occidente, siendo así que entre las gentes orientales y en el mundo antiguo sólo hubo una serie de Derechos, porque la universalidad es patrimonio exclusivo del derecho de Roma [25]; el cual, por lo tanto, da en la única posibilidad de un estudio completo del Derecho. Así se justifica la recepción en Germania, no como un hecho casual, sino por la necesidad de encontrar un Derecho con caracteres universales [26]. O sea que para Rudolf von Jhering el saber jurídico auténtico, el único saber jurídico digno de semejante nombre, es el saber del derecho romano.

Pero saber científico, no filosófico, pues responde a la realidad jurídica de Roma, en cuanto fue una realidad concreta con dimensiones de universalidad. Von Jhering rechaza, al igual que ya la escuela histórica de donde viene y que el positivismo hacia donde va, los saberes filosóficos del Derecho. Ni siquiera lo fue para él el derecho natural en la totalidad de sus facetas; porque a su vez el derecho natural dio en la idealización de la universalidad jurídica, fuera de las circunstancias concretas en las que forzosamente existe. «Das Naturrecht war, weit entfernt ausserhalb der Zeit zu stehen und die gegebenen Zustände zu ignorieren, in der Tat nur eine Idealisierung der vorhandenen Zustände» [27].

Mirado de esta guisa el saber jurídico como universalidad atenida a las realidades históricas, la tarea que Von Jhering se trazó por meta en el *Espíritu del derecho romano* fue la de emprender su crítica histórica y filosófica [28], a fin de discernir en el legado jurídico de Roma lo permanente de lo pasajero, lo general de lo particular, lo que vale por saber jurídico y lo que desaparece entre las nimiedades de la historia detallada de las instituciones y de las leyes [29]. Su intento no se conforma con mirarlo al microscopio desde cerca, sino con telescopio desde la lejanía que proporciona la conveniente perspectiva [30]. Esto es, procurará trazar una historia natural

23. Cito por la sexta edición. Leipzig, Breitkopf and Härtel, cuatro volúmenes. Cita al I (1907), 1.
24. R. von JHERING: *Geist des römischen Rechts*, I, 3.
25. R. von JHERING: *Geist des römischen Rechts*, I, 9-10.
26. R. von JHERING: *Geist des römischen Rechts*, I, 12.
27. R. von JHERING: *Geist des römischen Rechts*, I, 11.
28. R. von JHERING: *Geist des römischen Rechts*, I, 15.
29. R. von JHERING: *Geist des römischen Rechts*, I, 16.
30. R. von JHERING: *Geist des römischen Rechts*, I, 22-23.

del derecho romano, un saber nada filosófico; saber científico en la medida de lo que era la regla de las ciencias en su tiempo, con arreglo a los cánones de las ciencias naturales.

Von Jhering se aproxima a las ciencias naturales precisamente porque no cree en los saberes filosóficos del Derecho y porque, encerrado en los saberes científicos, las solas ciencias aceptables son las que se acompasaban con las biológicas, en aquella hora paradigmas de cualquier saber científico admisible. Bajo testimonio de su hijo Hermann von Jhering ha sido Max Rümelin en su *Rudolf von Jhering* quien ha recordado el interés que el maestro sintió por los adelantos de la época, su preocupación curiosa por la teoría darwiniana de la evolución y como su apego por las ciencias naturales fue lo que le curó de las inclinaciones hegelianas que en los albores de su vida intelectual tanto le sedujeran [31]. Durante los dieciséis fecundos años del profesorado en Giessen trató íntimamente a los naturalistas que enseñaban en la universidad, sobre todo a Rudolf Lanckart y a Hermann Kopp, como ha espigado de su correspondencia Dino Pasini en el *Saggio sul Jhering, Ensayo sobre Jhering* [32]. Siendo archiconocida su admiración por el químico Justus Liebig, por más que íntimamente no le trató.

Von Jhering fue un científico, transido de repugnancias hacia la filosofía en todas las maneras de ésta, sea la jusnaturalista, sea la hegeliana. Apreció el modelo de las ciencias naturales, porque para él el Derecho era algo tan natural como los cuerpos físicos, un «Naturprodukt» [33] que había de ser considerado exactamente igual a como los físicos trataban a los cuerpos de la naturaleza, a los elementos y a los objetos materiales. Igual que había una tabla atómica, porque faltando ella resulta imposible formular la ciencia de la química, Von Jhering postula para empezar la definición de una tabla jurídica, que sea un alfabeto del Derecho [34]. Y, por mirarlo como un cuerpo orgánico, se aproximará a los saberes jurídicos parcelándolos en anatómicos y fisiológicos, o sea, las partes que le componen primero, su funcionamiento luego. Pues así como existe una química de la naturaleza, para Von Jhering habrá también una química jurídica.

Tal como las ciencias naturales operan conjuntando materiales individualizados, Von Jhering querrá edificar al Derecho ligando los datos concretos en sistemáticas que denominó construcciones jurídicas. No voy a describir semejante proceso, tanto porque entra en la ontología jurídica a estudiar en el volumen III del *Tratado*, cuanto porque ya lo ha hecho entre nosotros con magistral claridad Antonio Hernández Gil en la *Metodología de la ciencia del derecho* [35]. Baste señalar dos cabos: primero, que la construcción jurídica solamente tiene lugar tomando como partida al derecho positivo, lo cual excluye el menor aprecio ni la mínima referencia a los saberes filosóficos; segundo, que la construcción conduce al sistema, porque la ciencia es sistema o nada es.

Puesto que el Derecho es organismo lógico [36], la ciencia jurídica consta de instituciones y de conceptos jurídicos, reunidos en conjuntos complejos de normas. Esto es, de realidades y de los conceptos en los cuales aquellas

31. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1922, págs. 16 y 38.
32. Milano, A. Giuffré, 1959, pág. 12.
33. R. von JHERING: *Geist des römischen Rechts*, I, 26.
34. R. von JHERING: *Geist des römischen Rechts*, I, 41.
35. A. HERNÁNDEZ GIL: *Metodología*, I, 134-143.
36. R. von JHERING: *Geist des römischen Rechts*, I, 42.

realidades se transfiguran y que son los que en definitiva cuentan, ya que, por decirlo con sus palabras mismas, «wie die Wärme oder Elektricität die Körper, so durchdringt heutzutage das Recht die Wirklichkeit»; tal cual el calor o la electricidad penetran en los cuerpos, así penetra hoy en día el Derecho en la realidad [37]. Porque las normas jurídicas entran bajo consideración científica cuando son trasladadas a conceptos, igual que los precipitados que resultan de las combinaciones químicas, como dice Von Jhering con su pintoresco lenguaje neonaturalista [38]; es que solamente en los conceptos es posible al científico descubrir la interna substancia lógica del organismo lógico que el Derecho es [39].

Para Rudolf von Jhering el saber del Derecho es un saber científico, con las alusiones a la técnica que anoté en la glosa 1.ª a la lección 4.ª de este *Tratado;* o sea sujetando lo técnico a lo científico como un grado inferior en la escala de los saberes del Derecho. El saber filosófico no cuenta en absoluto y mentira parece que varón tan avezado a la agudeza de las críticas como Wilhelm Dilthey haya podido asentar en *Über das Studium der Geschichte der Wissenschaften vom Menschen, der Gesellschaft und dem Staat, Acerca del estudio de la historia de las ciencias del hombre, de la sociedad y del Estado,* que en el *Espíritu del derecho romano* anidaba una profunda filosofía del Derecho, «eine tiefere Rechtsphilosophie» [40]. Aunque quizás esté la explicación en la data de este escrito, redactado en 1875, cuando el plano de los saberes filosóficos estaba hundido en la más honda degradación por mor cabalmente del apogeo del positivismo.

Porque el Von Jhering de la primera época fue el lógico agarrado al empeño de la construcción jurídica, única «wissenschaftliche Aufgabe», el único tema científico merecedor de tal nombre, según su carta al amigo y conmílite Karl Friedrich Wilhelm Gerber de 1854, transcrita por Wilhelm Wertenbruch en el *Ensayo de un análisis crítico de la teoría del derecho de Rudolf von Jhering, Versuch einer krytischen Analyse der Rechtslehre Rudolf von Jherings* [41]. A todo lo más que cabe aproximársele es a la idea de un saber antropológico cultural, como opina Helmut Schelsky en *Das Jhering-Modell der sozialen Wandels durch Recht, El modelo jheringiano de un cambio social por el derecho* [42], semejante el sustentado por Wilhelm Heinrich Riehl (1823-1897) en su *Naturgeschichte des Volkes, Historia natural del pueblo,* de 1851 [43]; mas en todo caso nunca de manera directa, sino porque ambos recogían ambiente entonces harto difuso en el orbe cultural tudesco, el de apropiar para el Derecho y para los temas humanos los criterios y los modos de las hegemónicas ciencias de la naturaleza.

De esta guisa Von Jhering es el primer establecedor de los cánones del formalismo jurídico tal como los recibirá después la jurisprudencia de conceptos en su estrechamiento lógico de los saberes del Derecho. Tránsito entre la escuela histórica y el positivismo, es el primero, y quizás el más señero, de los positivistas alemanes por su genialidad avasallante, por su brío de

37. R. von JHERING: *Geist des römischen Rechts,* II (1907), 8.
38. R. von JHERING: *Geist des römischen Rechts,* I, 39.
39. R. von JHERING: *Geist des römischen Rechts,* I, 43.
40. En *Gesammelte Schriften.* Stuttgart-Göttingen, B. G. Teubner - Van den Hoeck und Ruprecht V (1957), 65.
41. Berlín, Walter de Gruyter, 1955, pág. 6.
42. En el volumen *Zur Effektivität des Rechts.* Düsseldorf, Bertelsmann Universitäts verlag, 1972, págs. 47-86. Cita a la pág. 50.
43. Stuttgart, Alfred Kröner, 1939.

pensador, por su gracia literaria y por lo inmenso de su personalidad. De Von Jhering arranca la continuación de la problemática formalista, que sigue bajo su influjo incluso cuando él cambió de campo y se orientó hacia la jurisprudencia de intereses. Su conexión con Adolf Merkel y con Bernard Windscheid, el discípulo y el amigo, dicen lo bastante a este respecto.

El renano Bernhard Windscheid (1817-1892) signa con su *Lehrbuch des Pandektenrechts, Manual del derecho de las Pandectas,* cuya primera edición coincidió con el tiempo de la mudanza de Von Jhering hacia la jurisprudencia de intereses, la personificación del positivismo en Alemania. De temperamento nada extremista, amigo de las conciliaciones en la vida como en el pensamiento, mantuvo un patente eclecticismo filosófico que le empujó a un formalismo donde los saberes filosóficos del Derecho no tenían cabida. En el discurso pronunciado en la Universidad de Greifswarld en 1854, titulado *Recht und Rechtswissenschaft, Derecho y ciencia del derecho,* excluye la consideración filosófica de lo jurídico para quedarse en el terreno de la ciencia. No es mi intención ni puede serlo, decía, plantear aquí indagaciones filosóficas; y por ello debo hablar de lo que el Derecho es; «es ist nicht meine Absicht und kann nicht meine Absicht sein, hier philosophiesche Untersuchungen anzustellen. Und doch will ich davon reden, was das Recht ist» [44]. Para Windscheid fue la ciencia jurídica manejo ordenado de conceptos, usados con la misma precisión con la que los filólogos tasan las conexiones del lenguaje. Su meta es establecer la construcción jurídica mediante una conexión de conceptos entre sí, sea la que se da entre los presupuestos de hecho de los derechos, como un contrato o un testamento; sea la que tiene lugar entre los derechos mismos, como la propiedad o la obligación; o entre los caracteres de tales derechos, como su divisibilidad; o entre los fenómenos de la vida misma, como el nacimiento o la extinción. Con razón Antonio Hernández Gil le retrató en la frase gráfica de artífice de la jurisprudencia conceptual [45] y Karl Larenz por cifra del positivismo legal racional [46]. Windscheid pasa de la ciencia del Derecho a la ciencia de las leyes y acaba en un saber jurídico estrechado a la ley, que abre camino a la ciencia desde que se le toma en función de la voluntad razonable del legislador más que a tono de la voluntad de hecho en la ley recogida.

La ciencia del Derecho es un sistema equiparable a una construcción arquitectónica, cual fue la perspectiva del derecho romano en la que comenzara sus afanes de estudioso. En el *Discurso* rectoral pronunciado en la Universidad de Munich en 1867 la conclusión es que esa arquitectura jurídica fundada en los conceptos da en juego lógico que no permite arribar jamás a ningún saber absoluto del Derecho. No hay para nosotros Derecho alguno absoluto, «es gibt für uns kein absolutes Recht» [47], quería significar su repulsa a los saberes jurídicos filosóficos y enclaustrarse en un saber del Derecho puramente científico, formal, vacío de contenidos, productor de conceptos engendrados sobre conceptos, lo que fue la jurisprudencia conceptual por Windscheid elevada a la más grande elaboración posible.

Puesto que aquí no se trata ahora de señalar la proyección del positivismo logicista en las diversas ramas del Derecho, me abstengo de referir cuanto repercute en las varias disciplinas. Paul Laband (1838-1918), Georg Jelli-

44. Apud ERIK WOLF: *Grosse Rechtsdenker,* 597, nota 7.
45. A. HERNÁNDEZ GIL: *Metodología de la ciencia del Derecho,* I, 157.
46. K. LARENZ: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft,* 25.
47. Apud ERIK WOLF: *Grosse Rechtsdenker,* 604, nota 23.

nek (1851-1911) y Otto Mayer (1846-1924) en el derecho público; Adolf Merkel (1836-1896), August Thon (1839-1912) o Ernst Zittelmann (1852-1923) en el derecho privado; o Karl Binding (1841-1920) en el penal, señalan los hitos del florecer de esta línea de los saberes jurídicos, cada uno según sus respectivas particulares. Con ellos brilla la Teoría general del Derecho, que es el sustituto con que el positivismo buscó rellenar el hueco que la exigencia de saberes filosóficos requiere siempre en el jurista, por muy positivamente empecinado que fuere. Aunque las teorías generales del Derecho no satisfaciesen lo bastante como para impedir el retorno a los saberes filosóficos, cual se verá en la glosa 29.ª.

Entre tantos nombres relevantes ha quedado obscurecido el de Ludwig Knapp, cuyo *System der Rechtsphilosophie* merece ser sacado del olvido, por cuanto ha de diputársele el primer expositor de la teoría pura del Derecho, según apunta Walter Schönfeld en el *Fundamento de la ciencia del derecho, Grundlegung der Rechtswissenschaft* [48] y calificado por Luigi Secco en *Luigi Knapp e la sua filosofia del diritto, Luis Knapp y su filosofía del derecho* entre los autores más agudos y originales de la época [49]. Su *Sistema*, fechado en Heidelberg a 20 de febrero de 1857, divide al círculo de los saberes jurídicos en tres partes: la ciencia del Derecho, saber de la forma de la expresión o fijación del mismo a través de la reducción y de la interpretación, «Fassung des Rechts, d. h. der Feststellung desselben durch Reduktion und Interpretation»; la política, que determina el contenido del Derecho; y la filosofía del Derecho, cuyo objeto es el conocimiento de la esencia de lo jurídico, mediante la eliminación aclaratoria de los fantasmas jurídicos, por la «erklärende Tilgung der Rechtsphantasmen» [50]. Lo cual trae consigo que la filosofía del Derecho no existe, puesto que los saberes jurídicos son fantasmas a expulsar de cualquier meditación jurídica; que la política es el contenido, también extraño al saber jurídico científico; y que la ciencia del Derecho consiste en mera forma. La cáscara del Derecho es su substancia, «die Schale des Rechts ist der Kern der Jurisprudenz» en sus palabras mismas [51]. Los juristas no han de meditar ni han de interesarse por los contenidos del Derecho apartado de la política, «der Rechtsinhalt bildet nicht den Stoff, den der Jurist bearbeitet» [52]; son los saberes jurídicos forma pura y la primera tarea del científico del Derecho es espulgar cualquier referencia al contenido, materia de la política. Por lo demás Ludwig Knapp campea en el materialismo más completo, pues los saberes del Derecho consisten en subordinar los hombres a la «Sittichkeit», que es la sumisión del individuo a la especie, en la sujeción de los impulsos y de los afectos originados por las impulsiones de los músculos, por «die Muskelerregungen»; si la sujeción tiene lugar por sí mismo según sus afectos, nace la moral; si la sujeción viene por coacción en las relaciones de los individuos entre sí, es el Derecho [53]. Porque aquí trato únicamente de los saberes jurídicos, no es necesario detallar el modo por el cual llégase a la transformación de los impulsos musculares en la conciencia, ni como brotan moral y Derecho en el dominio de los impulsos. Baste indicar como con Ludwig Knapp, y aun cuando no pa-

48. Stuttgart und Köln, W. Kohlhammer, 1951, pág. 510.
49. Padova, R. Zannoni, 1936, pág. 49.
50. Ludwig Knapp: *System der Rechtsphilosophie*. Aalen, Scientia Verlag, 1963, pág. 215. En el parágrafo 147.
51. L. Knapp: *System der Rechtsphilosophie*, 239. En el parágrafo 162.
52. Ibídem.
53. L. Knapp: *System der Rechtsphilosophie*, 155. Al parágrafo 105.

reciera esperarse del contexto de su obra, surge la ciencia del Derecho pura, ni más ni menos que después será formulada por Hans Kelsen.

Por la vastedad de sus influjos y por la claridad mental de su autor, la teoría kelseniana cuenta entre las más relevantes de las del último siglo. Nacido en 1881 de origen hebreo, Hans Kelsen ha sido diputado como positivista extremado, por prototipo del positivista para Julius Moór en *Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus, Teoría pura del derecho, derecho natural y positivismo jurídico* [54], por el «frío maestro del positivismo jurídico» en el rotundo decir del colombiano Cayetano Betancur en *Kelsen y lo absoluto de la verdad* [55], sin alargar citas asaz fáciles. Y, en efecto, ha de ser clasificado entre los portaestandartes del formalismo jurídico positivista, con tal sean matizadas las opiniones para reducirlas a su auténtica dimensión. Pues la novedad de Kelsen está precisamente en las tonalidades que imprime a su positivismo formalista. Sin subir a aceptar los excesos elogiosos por los que algún discípulo entusiasta define a las novedades de sus aportaciones por iguales a las de Kant, cual Luis Legaz y Lacambra en *Kelsen, Estudio crítico de la teoría pura del derecho y del Estado de la escuela de Viena* [56], dado que hay que reconocer que Kelsen en resumidas cuentas prolonga al positivismo formalista del siglo XIX en numerosos aspectos; parece asimismo exagerado aquel juicio de otro fervoroso discípulo, como Josef L. Kunz en *Hans Kelsen, septuagenario,* de que él solo destruyó aquello que en el siglo XIX era considerado como positivismo [57].

Dado que muchas de las tesis que parecen novedosas en el pensamiento kelseniano provienen de los positivistas formalistas anteriores, sobre todo de Paul Laband, quien le precedió en el intento de construir una jurisprudencia logicista depurada de contenidos éticos y políticos, que es la noción fundamental de la teoría pura kelseniana del Derecho; tan evidente que Gerhard Leibholz ha podido escribir en *Zur Begriffsbildung im öffentlichen Recht, Para la formación del concepto en derecho público,* no pasó Kelsen de ejecutor testamentario del gran teórico jurídico del imperio bismarckiano [58]; en juicio compartido por Fritz Sander en *Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?, ¿Dogmática jurídica o teoría de la experiencia jurídica?* [59] y por Hermann Heller en *Die Krisis der Staatslehre, La crisis de la teoría política* [60].

Porque es ardorosa empresa inventar sistemas nuevos, alínease Kelsen en las filas del positivismo formalista, bien que renovando sus concepciones merced a la aportación de otros influjos. Conocedor tan profundo del sistema como Josef L. Kunz apuntó en *La teoría pura del derecho* que la depuración metodológica kelseniana fue el ensayo de aplicar el método trascendental kantiano a la ciencia del Derecho [61]. Mas no el Kant usualmente recibido por sus epígonos, sino del Kant interpretado por Hermann Cohen sustituyendo en la teoría del conocimiento el concepto kantiano de la síntesis por la noción de que el conocer resulta de la actividad pura del entendi-

54. En el volumen *Gesellschaft, Staat und Rechts. Untersuchungen zur reinen Rechtslehre.* Wien, Julius Sprigner, 1931, págs. 58-105. Cita a la pág. 59.
55. En el volumen *Law, State and International Legal order.* Knoxville, The University of Tennessee pres, 1964, págs. 43-50. Cita a la pág. 45.
56. Barcelona. Bosch, 1933, pág. 15.
57. Separata de la *Revista forense.* Río de Janeiro, XCLI (1952), 4 a.
58. En *Blätter für deutsche Philosophie,* V (1931), 175-189. Cita a la pág. 176.
59. En al *Zeitschrift für öffentliche Rechts,* de 1921, pág. 525.
60. En el *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik,* LV (1926), 301.
61. México, Imprenta universitaria, 1948, pág. 20.

miento que conoce en plena espontaneidad, sin estar atado por ningún lazo sensible exterior al entendimiento mismo; esto es, excluyendo la aportación de datos de los sentidos, actuante en virtud de la fecundidad de un entendimiento que piensa por principio de sí propio, sin ningún contacto con las sensaciones ni con las representaciones de lo sensible; dinamismo creador que es el que Kelsen aplicará a los saberes jurídicos al arrancar del concepto estricto del deber en su depuración de los factores sociológicos y en la adscripción a la pureza normativa del Derecho; Renato Treves en *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Kelsen, El fundamento filosófico de la doctrina pura del derecho de Kelsen* [62] y Tommaso Antonio Castiglia en *Stato e diritto in Hans Kelsen, Estado y derecho en Hans Kelsen* [63], han escrito páginas terminantes al respecto. Otro tanto cabría decir de los ecos de John Austin, por Kelsen expresamente reconocidos en varios de sus escritos, sobre todo en la *Teoría general del derecho y del Estado* [64], aunque aquí bien dentro de la línea positivista, ya que lo que Kelsen subraya haber recibido de Austin es la coincidencia en apreciar que el método científico consiste en limitarse a la consideración analítica del derecho positivo.

El positivismo de Kelsen no es por ventura el empirismo cerrado dominante en el siglo XIX, atenido a los hechos fácticos; pues que Kelsen toma por punto de partida a la norma, más que como mero hecho, en la peculiaridad de su ser especial, esto es en cuanto implica una obligatoriedad jurídica; el ser kelseniano del Derecho reside en el deber ser del Derecho, es un ser que se presenta como deber ser respecto a los sujetos, perteneciendo a la esfera del espíritu más que a la de las realidades fácticas, de suerte que es real en su idealidad según vio Tomoo Otaka en *Künftige Aufgaben der reinen Rechtslehre, Temas venideros de la teoría pura del derecho* [65]; es un ser cuya condición está en aparecer como deber ser, por ende asaz dispar del ser fáctico de los positivistas decimonónicos. La teoría kelseniana de los saberes jurídicos fúndase así en una visión renovadora de los «hechos jurídicos», si es que aquí vale este vocablo.

Mas permanece positivista por su constante negación de los saberes filosóficos, o por lo menos por su constante negativa a admitirlos dentro del círculo de los saberes jurídicos, ecos del positivismo decimonónico, como indica Jan-Magnus Jansson en *Hans Kelsen statsteori mot bakgrunden av hans rättsfilosofiska askadning, La teoría del Estado de Hans Kelsen con el transfondo de su concepción filosófico-jurídica*: «den paverkan tar sig uttryck i en klar antimetafysik inställning och ett starkt framhävande av de metodiska, formella momenten inom vetenskapen»; su influencia muéstrase expresivamente en una clara actitud antimetafísica y en una fuerte afirmación de los momentos metódicos formales en las ciencias [66].

Es una constante kelseniana que permanece a lo largo de su obra. Kelsen ha evolucionado en numerosos aspectos de su sistema, pudiendo señalarse varias etapas. La primera, cifrada en su primer grande libro de 1911 *Hauptprobleme der Staatslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Problemas capitales de la teoría del Estado desenvuelta desde la teoría de la*

62. Torino, R. Accademia delle Scienze, 1934-XII, págs. 21-22.
63. Sassari, G. Gallizzi, 1932, págs. 51-55.
64. Milano, Edizioni di Comunità, 1952, págs. X, 157-158 y 163-171.
65. En *Gesellschaft, Staat und Recht*, 112.
66. Helsingfors, Centraltryckeriet, 1950, pág. 5.

norma jurídica [67]; extendida por ecos de Alfred Verdross al derecho inter? nacional en 1919 en *Das Problem der Souveranität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional. Aportación para una teoría pura del derecho* [68]. El segundo período supone acusar el impacto del pensamiento americano, en especial del diálogo con el pragmatismo, patente en su *Society and nature* de 1943 [69], completado con la *General theory of Law and State, Teoría general del derecho y del Estado*, de 1945 [70]. La formulación definitiva consta en la edición segunda, revisada en alto grado con actuaciones decisivas de la *Reine Rechtslehre, Teoría pura del derecho*, en 1960 [71]; cuyas puntualizaciones, modificaciones y ampliaciones son tan importantes que Josef L. Kunz ha podido hablar de este libro como de la formulación definitiva del pensamiento kelseniano en un trabajo bajo este título: *Die definitive Formulierung der reinen Rechtslehre, La formulación definitiva de la teoría pura del derecho* [72].

La doctrina de los saberes jurídicos va alterándose en cada una de esas etapas, como ha puesto de relieve Antonio de Gennaro en *Scienza normativa del diritto e sociologia del diritto in Hans Kelsen, Ciencia normativa del derecho y sociología jurídica en Hans Kelsen* [73]; mas en lo sustancial permanece a través de las distintas mudanzas en lo que toca a los puntos básicos, por más que poco a poco haya ido limando las rígidas aristas de las primeras expresiones del sistema.

Desde el primer instante Kelsen trata de clarificar los saberes del Derecho sin apartarse de la pauta de los teóricos del formalismo positivista decimonónicos, procurando aclarar los perfiles mediante el hallazgo de un criterio en la apelación a la distinción kantiana entre el ser o «Sein» y el deber ser o «Sollen», con la esperanza de poder, gracias a esta distinción, marcar la peculiar calidad de la norma respecto al hecho. Ya en los *Problemas capitales de la teoría del Estado*, la distinción sirve para separar a las normas de la naturaleza de las normas jurídicas, en cuanto aquéllas operan según la causalidad, mientras éstas utilizan la referencia a las conductas, lo que Kelsen define como la imputación o «Zurechnung» [74]. Los saberes jurídicos son de esta suerte saberes en los cuales se da la atribución por una voluntad de una relación entre hechos en los cuales unos influyen bajo condición sobre otros; mientras que en los saberes de las leyes naturales la función observadora limítase a la apreciación de relaciones de causa a efecto en las que apenas si cabe la comprobación, sin intervención ninguna de la voluntad humana. La imputación es la consecuencia según condiciones, la conexión natural es consecuencia forzosa; entre las normas jurídicas vige la hipótesis, en la naturaleza lo absoluto.

Referidos los saberes jurídicos a las normas, las únicas a considerar son las del derecho positivo con independencia de su contenido. Y como las

67. Cito por la edición de Aalen, Scientia, 1960.
68. Cito por la edición de Aalen, Scientia, 1960.
69. Chicago, University of Chicago press, 1943. Cito por la versión castellana, impresa en Buenos Aires, Editorial Palma, 1945.
70. New York, Harvard University press, 1945. Cito por la traducción italiana indicada en la nota 64.
71. Wien, Franz Deuticke, 1960.
72. En la *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, XI (1961), 365-394.
73. En la *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XLII (1965), 741-749. En las págs. 742-744.
74. HANS KELSEN: *Hauptprobleme der Staatslehre*, 3-9.

normas del derecho positivo se caracterizan por venir impuestas por la coacción ejercida por el poder del Estado, lo que importa es apenas la forma como forma, sin más requisito que el estar respaldadas por la fuerza que el Estado encarna. «Die Quelle der verbindlichen Rechtsgesetze ist —für die formal juristische Betrachtung des modernen Rechts— ausschliesslich und allein der Wille des Staates, der natürlich für die Normen der Moral niemals als Autorität in Betracht kommen kann» [75]. Lo específico del Derecho es el «wie», el como, no el «was», el qué, de las normas [76].

La ciencia que se ocupa de estos saberes jurídicos, atenta a las normas del derecho positivo, será ciencia normativa y no natural, tal como las normas son; o sea, su núcleo de saberes corresponde al del ser del deber ser, no al del ser de las ciencias de la naturaleza; y las relaciones que analiza serán las de la imputación entre conductas sujetas a condición, nunca las conexiones causales cerradas en las que los efectos siguen forzosamente a las causas [77]. Ciñéndose solamente a esos requisitos para certificar el saber científico del Derecho, Kelsen excluirá los contenidos, quedándose en las formas. Para la validez que es nota diferenciadora del Derecho nada importan los fines ni la realización de los fines; «für die spezifische «Soll»-Geltung der Norm bleibt die Realisierung ihres Zweckes bedeutungslos» [78]. Los saberes científicos del Derecho son saberes formales, no de contenido [79], a consecuencia de prescindir de la consideración de los fines; «die Elimination des Zwecksmomentes aus der juristischen Begriffsbildung lässt die Rechtsbegriffe nur als Formale Kategorien bestehen» [80].

La teoría pura del Derecho es, por tanto, ciencia y no filosofía del Derecho. Los contenidos entran en otras ramas científicas, no en la ciencia del Derecho: en la sociología jurídica, en la ética, en el derecho natural, en la política. El llamado derecho natural es para Kelsen ideología que todo lo más sirve para legitimar al derecho positivo, mas nunca será Derecho, advierte en *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtlehre und des Rechtspositivismus, Los fundamentos filosóficos de la teoría del derecho natural y del positivismo jurídico* [81]; tendrá contenido político [82]; son nociones con pretensiones de valer absolutamente, no hipotética expresión de conexiones de conductas como lo es el derecho positivo [83]; que así resulta mucho más objetivo que el derecho natural, porque no se despeña en el anarquismo ideal de tantas teorías contrapuestas, todas ellas con pretensiones de imposición absoluta [84]. Kelsen excluye a los saberes filosóficos de la ciencia del Derecho, porque pese a sus aspiraciones a la objetividad incontrastable caen en manojo de aspiraciones contradictorias, por lo tanto no reducibles a objetividad permanente. La contemplación de los saberes filosóficos del Derecho toca a la política o a la filosofía del Derecho, no a la ciencia jurídica, remacha en la *Allgemeine Staatslehre, Teoría general del Estado* [85].

75. H. KELSEN: *Hauptprobleme der Staatslehre*, 56.
76. H. KELSEN: *Hauptprobleme der Staatslehre*, 69.
77. H. KELSEN: *Hauptprobleme der Staatslehre*, 6.
78. H. KELSEN: *Hauptprobleme der Staatslehre*, 14.
79. H. KELSEN: *Hauptprobleme der Staatslehre*, 70.
80. H. KELSEN: *Hauptprobleme der Staatslehre*, 92.
81. Charlottenburg 2, Pan-Verlag Rudolf Heise, 1928, pág. 34.
82. H. KELSEN: *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und Rechtsposttivismus*, 27.
83. H. KELSEN: *Die philosophischen Grundlagen*, 11.
84. H. KELSEN: *Die philosophischen Grundlagen*, 10.
85. Berlín, Julius Springer, 1925, págs. 14-15.

Con lo cual Hans Kelsen declara su positivismo convencido. Ya en 1911, en *Über Grenzen zwischen juristicher und soziologischer Methode, Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico*, había proclamado esta expulsión de los saberes filosóficos del derecho natural fuera de la ciencia del Derecho como uno de los máximos servicios prestados por el positivismo [86]. Y en la primera edición de la *Reine Rechtslehre, Teoría pura del derecho*, en 1952, había mantenido que la ciencia del Derecho ha de orientarse en sentido positivista; más aún, que es la teoría misma del positivismo jurídico [87].

Confírmalo la típica equiparación kelseniana entre Estado y Derecho. El Estado es el orden jurídico en la *Teoría general del Estado* [88], en *Der soziologische und juristische Staatsbegriff, Los conceptos sociológico y jurídico del Estado*, en 1928 [89]. La reducción del Derecho a un orden estrictamente normativo, que para Kelsen constituía el eje de la teoría pura del Derecho en *Der Staat als Integration, El Estado como integración*, en 1930 [90], era el resultado lógico de la purificación científica de los saberes jurídicos, de haber arrojado fuera de la ciencia del Derecho a todos los factores sociológicos y filosóficos.

La secuela es identificar a la soberanía del Estado con la positividad del Derecho, como expresamente declara en *Das Problem der Souveränität, El problema de la soberanía* [91]. Con el colofón de que la norma, si bien no incide en la realidad en lo que a su validez se refiere, puesto que no pertenece al ámbito del ser sino al del deber-ser [92], viene a constituir la expresión de la voluntad del Estado. De donde el más burdo positivismo, recaer en el positivismo que quisiera evitar con su cuidada depuración de los elementos extranormativos en los saberes del Derecho; porque el Estado, orden normativo, impone su voluntad por la fuerza, el Derecho será sin más una ordenación u organización específica del poder estatal; «il diritto, secondo la teoria qui esposta, è un ordinamento o una organizzazione specifica del potere» [93]; «nel senso della teoria qui sviluppata il diritto è un determinato ordinamento (od organizzazione) della forza» [94].

La reducción del Estado al ordenamiento jurídico trae consigo la jerarquización de las instituciones, que son paralelas a las normas en una escala de grados cuya estructura fue ideada por Adolf Merkl, recogida por Kelsen y reelaborada en esquemas gráficos por Benjamín Akzin en *Analisys of State and Law structure, Análisis de la estructura del derecho y del Estado* [95]. La jerarquía de las normas pende de una fundamental en la que se fundan todas las demás del resto del ordenamiento jurídico, denominada por Kelsen «Grudnorm» o norma básica; presupuesto necesario para el entero derecho positivo, «notwendige Voraussetzung jeder positivistischen Erfassung der Rechtsmaterials» en el decir contundente de la *Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie?, ¿La historia del derecho contra la ciencia del de-*

86. Cito por la edición de Aalen, Scientia, 1970, pág. 18.
87. Cito por la versión italiana de RENATO TREVES, publicada bajo el título de *La dottrina pura del diritto*. Torino, Giulio Einaudi, 1952, pág. 53.
88. H. KELSEN: *Allgemeine Staatslehre*, 16-17.
89. Tübingen, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1928, págs. 86-88.
90. Wien, Julius Springer, 1930, pág. 60.
91. H. KELSEN: *Das Problem der Souveranität*, 86.
92. H. KELSEN: *Teoría generale del diritto e dello Stato*, 111.
93. H. KELSEN: *Teoría generale del diritto e dello Stato*, 123.
94. H. KELSEN: *La dottrina pura del diritto*, 77.
95. En el volumen *Law, State and International Legal order*, 1-20.

recho? [96]. Tal norma básica es la constitución, documento del cual depende el entero ordenamiento jurídico [97].

La quiebra del formalismo en el positivismo kelseniano aparece en dos maneras de la consideración de estos saberes científicos del Derecho, que él quiso depurar del menor contenido ajeno, sea jusnaturalista, sea sociológico. Pues la constitución nace de algo metajurídico, raíz de los saberes jurídicos desde fuera del Derecho; en modo que el ordenamiento jurídico jerarquizado que para Kelsen es el Estado, procede de un hecho sociológico. «La norma fondamentale non è creata mediante un procedimento giuridico da un organo che crei il diritto» [98]; es un hecho. Todo el depurado formalismo de la teoría pura del Derecho asiéntase encima de un hecho: la norma fundamental, cuya fijación es extraña al sistema jurídico de normas al que proporciona fundamento. Tan ajeno al Derecho que el mismo Kelsen recalca ser derecho solamente aquello que deriva de la constitución en el modo formal prescrito en ella para la creación del Derecho, y no otra cosa [99]. Porque la jerarquía de las normas es dinámica, en guisa que van naciendo por el escalonamiento de una encadenación productiva a partir de la norma fundamental [100].

Claro es que semejante norma fundamental puede consistir en preceptos éticos, en criterios de ideología política o en simple acto de fuerza; mas en todo caso cae fuera del ordenamiento jurídico, fuera del Derecho; con lo cual la depuración normativista se recorta al interior del ordenamiento, pero se rompe en la raíz del ordenamiento. Bien lo prueba, además, que no tenga carácter absoluto, sino hipotético; con lo cual carece de objetividad, informa valores relativos, es «siempre subjetiva» en la certera observación de José Puente Egido en *La teoría pura del derecho y la ciencia del derecho internacional* [101]. Con la norma fundamental Kelsen salta del deber ser al ser, del «Sollen» al «Sein», del Derecho a la canonización de la fuerza, concluye Albert Vonlanthen en *Zu Hans Kelsen Anschauung über die Rechtsnorm, Para la visión kelseniana acerca de la norma jurídica* [102]. Es levantar norma del hecho, precisa Julius Moór en su penetrante estudio ya mencionado *Teoría pura del derecho, derecho natural y positivismo jurídico* [103]. O, si se quiere mirar desde otro ángulo y no darle una referencia sociológica, se va a acudir a una fundamentación ontológica, no formalista siempre, en el mismo derecho natural del que se pretendía huir, en la apreciación del poco sospechoso René Marcic en *Reine Rechtslehre und klassische Rechtsontologie, Teoría pura del derecho y ontología jurídica clásica* [104]. Kelsen jamás superó el reproche argumentado por Wilhelm Jöckel ya en 1930 en *Hans Kelsens rechtstheoretische Methode, El método teorético jurídico de Kelsen,* de confundir la cuestión de la fundamentación con la de la validez del ordenamiento jurídico [105]. Los saberes científicos del Derecho, que son los únicos admitidos por Hans Kelsen, no son

96. Wien, Julius Springer, 1928, pág. 24.
97. H. KELSEN: *Teoria generale del diritto e dello Stato,* 116 y 126-127.
98. H. KELSEN: *Teoria generale del diritto e dello Stato,* 117.
99. H. KELSEN: *Teoria generale del diritto e dello Stato,* 124.
100. H. KELSEN: *La dottrina pura del diritto,* 72.
101. Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1962, pág. 32.
102. Berlín, Duncker und Humblot, 1965, págs. 22 y 32-33.
103. J. MOÓR: *Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus,* 57.
104. En la *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht,* XI (1961), 395-413. Sobre todo en la pág. 413.
105. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1930, pág. 96.

estrictamente jurídicos; en su veta se amalgaman factores jusnaturalistas o éticos e ingredientes fácticos o sociológicos. Por admirable que sea el talento de su autor en la cristalización perfecta de una visión normativa del Derecho, fracasa en la pretensión de aislar lo jurídico de los demás elementos distintos de la norma. Los saberes filosóficos o los hechos vuelven a penetrar y vuelven a penetrar precisamente por la puerta principal: por la de la fundamentación del entero ordenamiento jurídico.

En 1943 da en notable mudanza la admisión del principio de la causalidad en *Sociedad y naturaleza,* antes achacado con exclusividad a las ciencias naturales; con lo cual abre la posibilidad para una concepción monista de los saberes, en contraste con el dualismo en que hasta entonces había orientado sus construcciones doctrinales. La investigación sociológica acaba en concebir a los saberes jurídicos como una parcela de los saberes naturales. El proceso de la humanidad sería pasar de entender a la naturaleza con arreglo a lo que era en el primer Kelsen la característica de la norma, cual sucedía entre los pueblos primitivos, a la situación presente, en la que son las ciencias normativas las que pasan a ser analizadas según las leyes de la causalidad natural. «En la especulación religiosa la naturaleza era una parte de la sociedad regida según la ley de la retribución. Después de la completa emancipación que de la retribución ha logrado la causalidad en la noción moderna de la ley, la sociedad es —desde el punto de vista de la ciencia— una parte de la naturaleza» [106].

El resultado fue la inversión de la pureza metodológica. No porque admita deliberadamente factores sociológicos en la normatividad, sino por algo mucho más grave: porque la norma pierde su condición peculiar para transformarse en regla igual a las de las leyes naturales. No es que los saberes jurídicos se tiñan de sociología, es que han pasado a ser lisa y llanamente saberes sociológicos, con olvido de aquella distinción entre causalidad o imputación que fue meollo y punto de arranque de la anterior teoría pura del Derecho. El saber científico del Derecho no será ahora el de una lógica atada al hecho en el punto inicial de la norma fundamental, donde lo lógico enlaza con lo fáctico; será sin más saber de las fuerzas, de unas fuerzas idénticas a las naturales. Harto lo demuestra la confesión del propio Kelsen, transmitida por Josef L. Kunz en la segunda de las conferencias mejicanas de 1948. Al preguntarle el discípulo, alucinado ante mudanza tan radical, cuál iba a ser ahora el destino de aquella teoría pura del Derecho cifrada en el dualismo central entre ser natural y ser del deber ser normativo, la respuesta del maestro fue al pie de la letra la de que «en tal caso el derecho volvería a ser la ideología del poder y la teoría pura del derecho sería, a su vez, una exposición sistemática de la ideología del poder» [107]. El giro ha sido de 180 grados. En 1943 Kelsen cambia desde el positivismo formal al positivismo sociológico, echando por la borda siete lustros de brillante trabajo de estudioso.

Consecuencia del ambiente americano. La primera teoría pura del Derecho nació en gran parte de la circunstancia austríaca en la que Kelsen se crió. Antes de pensador teorizante del derecho positivo había dado sobradas muestras de conocer al derecho positivo del imperio austro-húngaro, actuando por asesor directo del ministro de la Guerra durante la contienda bélica, concurriendo a conferencias de altísimo nivel y despachando con el emperador

106. H. KELSEN: *Sociedad y naturaleza,* 410-411.
107. JOSEF L. KUNZ: *La teoría pura del Derecho,* 49.

en persona; con la proclamación de la república prosiguió sus tareas de jurista práctico, siendo el principal redactor de la Constitución del 1 de octubre de 1920 y el consejero más escuchado de la Corte constitucional entre 1921 y 1929, con actividad socorrida de numerosos escritos, aludidos por Hans Aufricht en *The theory of pure law in historical perspective, La teoría pura del derecho en su perspectiva histórica* [108]. La primera teoría pura del Derecho reflejaba la situación legal del imperio austro-húngaro con la equiparación del Estado a un orden legal común para la totalidad de los pueblos del imperio; la segunda concepción de 1943 recoge el impacto del sociologismo americano. Pese a las apariencias, Hans Kelsen parece sumamente permeable a las coyunturas que le iban rodeando.

Dijérase que Kelsen caía en el neopositivismo de la otra escuela de Viene, en el neopositivismo lógico de Rudolf Carnap; así lo entendió Jerome Hall en *Reason and reality in jurisprudence, Razón y realidad en la jurisprudencia* [109]. El mismo dióse cuenta y en la tercera y última etapa procura restablecer las líneas definitorias de la teoría pura del Derecho, contestando a las críticas y revisando los perfiles.

En la *Teoría pura del derecho* de 1960 Kelsen insiste en asegurar la vigencia de la separación entre ser y deber ser, dato que se da en nuestra conciencia de manera inmediata [110], tomándolo de nuevo por presupuesto indiscutible de los saberes jurídicos. Lo que acontece es que ser y deber ser hállanse relacionados entre sí. La norma no es un hecho, como ocurría con la jurisprudencia sociológica; ni es tampoco el objeto de una legislación de conductas, cara a la teoría egológica del argentino Carlos Cossio; ni menos el imperativo psicológico a que la reducía John Austin. La norma puede ser considerada como acto de voluntad o como pensamiento; en el segundo caso no será derecho positivo, sino presupuesto para el derecho positivo, que se apoya siempre en actos de voluntad. No es norma la que no esté establecida por un acto de voluntad, «ist sie keine gesetzte, keine positive Norm» [111]. Los saberes sociológicos del Derecho son una vez más los saberes del derecho positivo.

Lo cual lleva aparejado que la coercitividad sea elemento del Derecho, aunque Kelsen advierte que ello no supone reducirla a imposición de fuerza física. Porque para él el Derecho es orden normativo de conductas humanas, la objetividad viene de la adecuación de los hechos y las normas a criterios fijos y no subjetivos, criterios que resultan de la conformidad lógica con la norma fundamental. Es lo que para Kelsen separa a la objetividad del saber jurídico positivo de la amenaza subjetiva de unos bandoleros [112]. Con lo que al par Kelsen evita cualquier resabio de neokantismo; desde que la norma es un acto de voluntad, contra las tesis kantianas de la razón práctica expresamente repelidas [113], el saber jurídico colócase del lado de los hechos, de unos hechos cuya justificación es la objetividad que recoge criterios estables.

Criterios estables que, por supuesto, no son para Kelsen los saberes filosóficos del derecho natural. En la *Teoría pura del derecho* de su tercer

108. En el volumen *Law, State and International Legal order*, 33-34 y 40.
109. En la *Buffalo Law review*, VII (1958), 350.
110. H. KELSEN: *Reine Rechtslehre*, 5.
111. H. KELSEN: *Reine Rechtslehre*, 9.
112. H. KELSEN: *Reine Rechtslehre*, 45-51.
113. H. KELSEN: *Reine Rechtslehre*, 420-425.

período sigue negando los saberes filosófico-jurídicos. El conocimiento de qué sea lo justo sigue cayendo fronteras afuera de la ciencia del Derecho; «der Begriff der Gerechtigkeit muss von dem des Rechts unterscheiden werden» [114], porque sólo existe un derecho, el derecho positivo estatuido por los hombres; «nur ein Recht, das von Menschen gesetzte, positive Recht» [115]. El saber filosófico del derecho natural es repudiado de nuevo porque el derecho natural se apoya en la naturaleza humana, tanto si se ve en ella el cumplimiendo de la voluntad de Dios, cual en la Escolástica desde San Isidoro a Santo Tomás de Aquino, cuanto si se confunde a Dios con la naturaleza, cual quiso Grocio. Mas en ambos casos las normas del derecho natural son para Kelsen las «Naturgesetze», las leyes de la naturaleza; con lo cual la admisión de los saberes filosóficos del derecho natural supondría la aplicación de las leyes naturales del ser al orden normativo del Derecho, que se basa en el deber ser; salto que simplemente es una ilusión imposible. «Wenn die Naturrechtslehre aus der Natur unwandelbare Normen gerechten Verhaltens deduziert, so transponiert sie Seins-Regeln zu Soll-Regeln und erzeugt so die Illusion eines der Wirklichkeit immanenten Wertes» [116]. La cacareada pureza metodológica excluye los saberes filosóficos del Derecho.

Por lo cual la teoría pura del Derecho es teoría jurídica general; ni es la de un sistema particular, porque entonces general no sería, ni es tampoco filosofía del Derecho. Es una teoría del derecho positivo, «ist eine Theorie des positiven Rechts» [117], en cuyo seno no tienen cabida ni la ética, ni la sociología, ni la política, nada que pueda abastecer de contenidos a la escueta consideración lógica de las normas.

Lo que se contradice con el dato de que tampoco en la *Teoría pura del derecho* de 1960 Kelsen logra resolver el equívoco de la norma fundamental en la que el entero sistema jurídico se basa. Y no lo resuelve en ninguno de los dos aspectos dificultosos. Ni en cuanto la norma jurídica fundamental sigue fundando al orden jurídico sobre el cimiento de un hecho extrajurídico; ni en aclarar si esa norma fundamental es una de estas dos cosas: o el principio fundador del orden jurídico como orden jurídico vigente, o la fuente para el conocimiento lógico de las jerarquías de que el sistema consta. Objecciones tan evidentes que el apasionado discípulo que fuera Josef L. Kunz ha de reconocer la aureola de duda y de incertidumbre en que Kelsen dejó envuelta la cuestión; «Aura des Zweifels un der Unklarheit» [118] que supone el fracaso de una teoría de los saberes jurídicos empeñada en reducirlos a un cientificismo lógico y formalista, pero donde restan como testimonios insalvables ingredientes extraños, entre otros los saberes filosóficos del Derecho, que Kelsen puso tanto cuidado en eliminar de la tabla de los jurídicos saberes. De suerte que esta tentativa, sin duda la más grandiosa y espectacular de nuestro siglo, acaba en una teoría del Estado sin Estado y en un positivismo sin positividad, por reiterar el duro, pero exacto calificativo de Walter Schönfeld en *Fundamentación de la ciencia del derecho* [119].

114. H. KELSEN: *Reine Rechtslehre*, 402.
115. H. KELSEN: *Reine Rechtslehre*, 403.
116. H. KELSEN: *Reine Rechtslehre*, 405. Insiste en el mismo argumento en la pág. 409.
117. H. KELSEN: *Reine Rechtslehre*, 1.
118. J. L. KUNZ: *Die definitive Formulierung der reinen Rechtslehre*, 390.
119. W. SCHÖNFELD: *Grundlegung der Rechtswissenschaft*, 535-536.

27. *Alusión al positivismo jurídico formalista en el mundo de lengua francesa.*

Aun dentro de la brevedad de estas glosas es ineludible consagrar rápida referencia a las corrientes del positivismo jurídico formalista en los países de habla francesa, siquiera para poner de relieve las divergencias entre el positivismo en el Derecho y el positivismo en la general filosofía. Pues el positivismo jurídico francés fue, tal vez más que en parte alguna, positivismo legalista, ceñido a la ley, en contraste con el positivismo filosófico de Augusto Comte, enderezado a suprimir al derecho positivo y a las normas legales en aras de las reglas sociológicas, según se vio en la glosa 25.ª.

Pues el positivismo legalista en la Francia del siglo XIX cífrase en la escuela de la exégesis, nacida cuando aún Augusto Comte balbuceaba sueños infantiles, ya que su punto de arranque es el *Código* promulgado por Napoleón Bonaparte el 30 de ventoso del año XII, o sea, el 21 de marzo de 1804.

Apareció este Código en momentos henchidos de ardientes entusiasmos, en ocasión en que la adulación del clero y de los políticos profesionales circundaba al emperador de aura de elogios inconmensurables. En la *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870, Historia constitucional de Francia desde 1789 a 1870,* relató Maurice Deslandres como la promulgación del *Código* napoleónico sirvió de ocasión para que los diputados, como el apellidado Marcorelle, le aclamaran por legislador incomparable [1]. No es de extrañar, en consecuencia, de que el propio Napoleón llegara a convencerse de las bondades inmensas de su obra ni de que la estimase tan perfecta que hasta quiso impedir fuere objeto de comentarios que la enturbiarían; al publicarse el primero de ellos dicen, al efecto, fue su lamentación desconfiada la de exclamar que el *Código* estaba perdido: «Mon Code est perdu».

La euforia suscitada por la promulgación del *Código* transmitióse desde el Emperador y desde sus redactores a los estudiosos del Derecho. Fue puesto en verso, que yo sepa al menos en dos oportunidades; por Decomberousse, uno de los antiguos legisladores, en 1811, bajo dedicatoria a la emperatriz María Luisa, donde tratábale de «ouvrage immortel»; por Pont-Euzières en 1886. La veneración hizo del *Código* el Derecho por excelencia, el exclusivo Derecho. Fue objeto de verdadero culto, celebrado por Jean Joseph Bugnet (1794-1866) en la frase que le salvó de la mediocridad tornándole famoso: «Je ne connais pas le droit civil; je n'enseigne que le Code Napoleon»; yo no conozca al derecho civil, no enseño más que el Código Napoleón [2]. La escuela de la exégesis es la proclamación de esta tendencia exal-

1. Paris, Librairie du Recueil Sirey, tres tomos. Cita al I (1933), 553.
2. JULIEN BONNECASE: *L'école de l'exégèse en droit civil.* Paris, Boccard, 1924, pág. 30.

tadora del *Código* de 1804 elevado a encarnación precisa del Derecho todo; es el positivismo legal atenido a los límites de la norma napoleónica.

En realidad lo novedoso no era radical, porque el método continuaba siendo el viejísimo estilo de los glosadores, con los escolios y los comentarios a las leyes justinianeas, ahora sustituidas por los artículos del *Código* napoleónico. Por otra parte la letra del Código era admirada en la medida en que constituía la traducción a normas de principios legales de las ideas del jusnaturalismo racionalista que había sido motor de la magna revolución burguesa del 1789; la necesidad de un código fue ya exigencia pedida por Manuel Joseph Sièyes (1748-1836) en abril de 1790 por cifra revolucionaria; había sido aspiración unánimemente aclamada por la Asamblea constituyente en 2 de septiembre de 1791, aspiración transcrita en el título I de la Constitución del 3-14 de septiembre de este mismo año; había motivado en el siguiente 16 de octubre la solicitud de pedir la aportación de iniciativas privadas que pudieran contribuir a tal objetivo. Una vez más Napoleón al dictar el *Código* realiza uno de los ideales revolucionarios, dando vida a los sueños animadores de los fracasados proyectos elaborados por Jacques Régis de Cambacères (1753-1824) y sometidos a la Asamblea en 9 de agosto de 1793 y en 23 de fructidor del año II, y al Directorio el 24 de prairial del año IV, seguidos por el enderezado por Jacquiminot el 30 de frimario del año VIII a la comisión legislativa del Consejo de los Quinientos. Es decir, que la escuela de la exégesis deriva su positivismo legalista del método de los glosadores escoliastas y de la convicción de que la codificación era la misma razón trasladada a normas escritas.

Sin embargo, la ciega exclusiva adscripción a la letra de la ley era ejemplo típico de positivismo jurídico; por tal le define Alessandro Baratta al matizar las conexiones del positivismo del Derecho con el positivismo de la ley en *Rechtspositivismus und Gesetzpositivismus, Positivismo jurídico y positivismo legal* [3]; así le tacha por su escueta atención a la ley el maestro Felice Battaglia en *L'interpretazione giuridica nella moderna letteratura francese, La interpretación jurídica en la moderna literatura francesa* [4]; y es la opinión de Julien Bonnecase en *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente, El pensamiento jurídico francés desde 1804 a nuestros días* [5].

Aunque tal vez no fuese su espíritu el del *Código* napoleónico mismo, al fin y al cabo encarnación del racionalismo abstracto revolucionario, la escuela de la exégesis coincidió con el ánimo del positivismo jurídico tal como dominaba en la vecina Alemania. Coinciden en no tolerar más saber jurídico que el saber científico del derecho positivo, en no aceptar más norma jurídica que la emanada de la voluntad del Estado, en proclamar la infalibilidad del legislador, en identificar al Derecho con el respaldo de la sanción impuesta por el aparato estatal, en renegar en suma de los saberes filosóficos del Derecho. Claude Etienne Mourlon (1811-1866) expresó concisamente la postura de la escuela entera de la exégesis al escribir que «pour le jurisconsulte, pour l'avocat, pour le juge, un seul droit existe, le droit positif.... On le définit: l'ensemble des lois que le législateur a promulguées pour régler les rapports des hommes entre eux. Les lois naturelles ou morales ne sont, en effet, obligations qu'autant qu'elles ont été sanctionnées par la loi écrite. Les autres ne sont pas matière du droit» [6].

3. En el *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, LIV (1968), 335.
4. En la *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IX (1929), 192.
5. Bordeaux, Delmas, dos tomos. Cita al II (1933), 200.
6. Apud J. BONNECASE: *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente*, I (1933), 531.

La escuela de la exégesis

Cristalización de la razón escrita, heredera del espíritu abstracto del jusnaturalismo diociochesco, clásica en cuanto razón hecha leyes en la apreciación, por lo demás discutible, de Julien Bonnecase en *Science du droit et romantisme, Ciencia del derecho y romanticismo* [7], la escuela de la exégesis no tiene nada que ver con el positivismo filosófico enarbolado por Augusto Comte, ya que es la exaltación de la ley mientras Comte rechaza a la ley sustituyendo a la norma legal por la regla sociológica; corresponde característicamente a lo que Comte designó por etapa metafísica del pensamiento humano; es obra de los juristas, por Comte menospreciados en tacha de metafísicos científicos; da en la antítesis cabal de lo que para Comte el positivismo era.

Y, no obstante, es la encarnación del positivismo jurídico francés, porque supuso la construcción de saberes científicos con repudio tajante de los saberes filosóficos del Derecho. Contradicción sin duda con el afán del racionalismo jusnaturalista que la escuela prolongaba, como muy bien han apuntado Julien Bonnecase en *L'école de la exégèse en droit civil, La escuela de la exégesis en el derecho civil* [8], y Antonio Hernández Gil en la *Metodología de la ciencia del derecho* [9]; contradicción sólo explicable en la medida en que la razón omnipotente y ahistórica había cuajado en un texto perfecto precisamente por ser resultado de la razón omnipotente; texto que bastaba por sí mismo para definir la totalidad de los saberes del Derecho. Con el *Code* napoleónico los saberes filosóficos de los teorizantes jusnaturalistas del XVIII se habían trocado en saberes científicos, de suerte que bastaba con estos saberes científicos, dando de lado a los ya superados saberes filosóficos.

Tuvo su preparación la escuela de la exégesis entre 1804 y 1830, apenas si contrabalanceada por la dirección conocida bajo el nombre de la revista *Themis*, fundada por Athanase Jourdan (1791-1831) y ampliamente estudiada por Julien Bonnecase en *La science du droit privé en France au début du XIX siècle. La «Themis» (1819-1831). Son fondateur Athanase Jourdan, La ciencia del derecho privado en Francia a comienzos del siglo XIX. La «Themis» (1819-1831). Su fundador Atanasio Jourdan* [10], tocado de influencias de la escuela histórica, aunque sin apartarse de la línea de la escuela de la exégesis en extremos tan importantes como admitir las ventajas de la codificación. Fue el primer período, dicho por Bonnecase, la fase de la instauración de la escuela [11]. El apogeo llega en los cincuenta años que median entre 1830 y 1880, durante los cuales la exégesis obtiene en Francia hegemonía pareja a la de la jurisprudencia de conceptos en Alemania. Fréderic Charles Rau (1803-1877) y Charles Aubry (1803-1883), jefes de la escuela de Estrasburgo, estudiada por Julien Bonnecase en otra monografía suya, *La Faculté du droit de Strasbourg, La Facultad de derecho de Estrasburgo* [12], cuyo famoso *Cours de droit civil français, Curso de derecho civil francés*, puede ser tenido por la expresión suprema de la exégesis; Jean Charles Florent Demolombe (1804-1877), príncipe indiscutido en la aplicación de los métodos exegéticos en su conocidísimo *Cours du Code Napoleon, Curso del Código Napoleón;* Raymond Theodor Troplong (1795-1869), Víctor Napoleón

7. Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1928, págs. 13, 21 y 33-34.
8. J. BONNECASE: *L'école de l'exégèse en droit civil*, 158.
9. A. HERNÁNDEZ GIL: *Metodología*, I, 87-88.
10. Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1914. Segunda edición.
11. J. BONNECASE: *L'école de l'exégèse en droit civil*, 17-26.
12. Toulouse, Privat, 1916.

Marcadé (1810-1854), Fr. Taulier (1806-1881), signan el apogeo del positivismo jurídico en Francia, pese a los orígenes y a que los planteamientos discorden altamente del positivismo filosófico capitaneado por Augusto Comte. La escuela de la exégesis es en Francia el positivismo jurídico formalista, mientras que los secuaces de Comte representan en Francia lo más parecido, bien que no exactamente equiparable, a la jurisprudencia de intereses o sociológica para usar vocablo más preciso. La escuela de la exégesis es la culminación de los saberes científicos formalistas del Derecho en la Francia del siglo XIX.

Por su positivismo formalista ofrece analogías con lo que luego será el kelsenismo en el orbe germánico; lo observó ya Julien Bonnecase en *El pensamiento jurídico francés desde 1804 hasta nuestros días* [13]. A mi ver, sin embargo, quien brinda palpable precedente del kelsenismo dentro del horizonte de los escritores de lengua francesa es el suizo Ernest Roguin, catedrático en la Universidad de Lausana, al publicar en 1888 *Las reglas jurídicas. Estudio de ciencia jurídica pura* [14].

Porque Roguin es positivista al grado de haber sido colocado como la máxima figura del positivismo suizo por O. A. Germann en *Zur Überwindung des Positivismus im schweizerischen Recht, Superación del positivismo en el derecho suizo* [15], y por positivista de relieve tiénele François Gény en *Méthode d'interpretation et sources en droit privé positif, Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo* [16]. Mas de cierto positivismo que prejuzga las directrices del pensamiento de Kelsen en sus rasgos primordiales. Curioso es que Roguin enlaza con la dogmática alemana, ofreciendo su libro por novedad en el mundo francés [17], con olvido de sus concomitancias con la escuela de la exégesis, respecto a la cual postula purificación metodológica semejante, bien que no tan extremada, como la que propuso Kelsen en relación a la jurisprudencia de conceptos. Lo mismo que Kelsen tuvo muy en cuenta a John Austin, tanto que Guido Fassó en su *Historia de la filosofía del derecho* sitúale entre los secuaces de la orientación analítica austiniana [18]. E igual que Kelsen emplea el término de ciencia pura del Derecho.

Bien que no con idéntico alcance. Para Roguin ciencia pura del Derecho es saber jurídico que conoce las ineludibles consecuencias de las relaciones jurídicas posibles [19]; las cuales, a diferencia de lo que acontece en la doctrina kelseniana de los saberes jurídicos, pueden llegar tanto de la realidad histórica del derecho positivo como de la mente del estudioso, esto es, pueden tener o no existencia real. Su modelo es la matemática, buscando plantear problemas cuyos resultados recojan las soluciones jurídicas; mas está avisado de la imposibilidad de reducir los problemas jurídicos a fórmulas matemáticas, dado que las cuestiones del Derecho adolecen de inexactitud numérica [20]. No comprende saberes históricos, porque limítase a

13. J. BONNECASE: *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente*, II, 201.
14. Cito por la traducción castellana de JOSÉ MARÍA NAVARRO DE PALENCIA. Madrid, La España Moderna, s. a.
15. En el volumen *Hundert Jahre schweizerisches Recht*. Basel, Verlag Helbig und Lichtenhann, 1952, págs. 99-140. Cita a la pág. 102.
16. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, dos tomos. Cita al I (1954), 59.
17. ERNEST ROGUIN: *Las reglas jurídicas*, 4.
18. GUIDO FASSÓ: *Storia della filosofia del diritto*, III, 48, nota 52.
19. E. ROGUIN: *Las reglas jurídicas*, 22.
20. E. ROGUIN: *Las reglas jurídicas*, 41.

cosechar datos sacados de la historia aunque no necesariamente de ella, ni cuando los acoge tampoco intenta el aquilatamiento preciso de los hechos; pues conténtase con esclarecer las relaciones entre supuestos y resultados, con independencia de que sean o no realidades históricas. Pero al mismo tiempo no opera con fantasías, porque las quimeras no corresponden a la realidad y los temas de esta ciencia pura del Derecho han de corresponderse con lo que en la realidad sucede, en atención a que no operando con datos por lo menos posibles la fatiga intelectual daría en empresa inútil; es improcedente manejar noticias que no estén en la naturaleza de las cosas, de la cual procede la positividad de las normas y de las instituciones. «Nuestro trabajo no tiene carácter crítico ni histórico; es simplemente un ensayo de ciencia pura, que procede estableciendo supuestos que toma de la historia o elabora la imaginación con la sola condición de que estén conformes con la naturaleza de las cosas; analiza y clasifica las relaciones constituidas artificialmente y deduce después sus obligadas consecuencias» [21]. Acudiendo a las comparaciones con las ciencias naturales tan en boga en el siglo XIX, una vez recusado el empleo de procedimientos matemáticos, apela a la botánica para describirla a modo de un herbario donde, sin tomar en cuenta las épocas ni los sitios donde se cultivan, figuran a la vera de las plantas que hayan existido otras imaginarias, con tal de que sean imaginadas con arreglo a las inexcusables leyes de la botánica [22].

Trátase, pues, de saberes jurídicos intermedios entre la escuela de la exégesis y la jurisprudencia de conceptos de una parte, del kelsenismo ulterior por otra. Igual que la jurisprudencia de conceptos opera con nociones sacadas de la realidad, pero a diferencia de ella acepta la aportación de ingredientes no necesariamente producidos por los conceptos deducidos del derecho positivo. Igual que Kelsen luego, está ya empeñado en depurar los datos de la historia de cualquier concreción que manche la limpia consideración lógica de ellos, mas al par esa depuración no elimina la realidad de la naturaleza de las cosas, o sea es una depuración logicista menos excluyente que el pulcro estricto logicismo kelseniano.

De su positivismo no caben dudas. Para Roguin el Derecho carente de apoyo de sanción no es Derecho, es moral tan sólo [23]. A causa de la menor depuración de esta su ciencia definida como pura, recoge ingredientes sociológicos al definir a la regla del Derecho como expresión de la causalidad que enlaza a un hecho social con otro de modo necesario [24], tesis que Kelsen hubiera rechazado, por lo menos antes de 1943. No existe más derecho que el derecho positivo impuesto coercitivamente por el poder estatal [25], secuela evidente de que no hay Derecho sin respaldo de fuerza detrás.

Los saberes filosóficos quedan fuera de la ciencia jurídica pura de Ernesto Roguin. Dado que no gozan de la protección del poder estatal, los saberes filosóficos del derecho natural caen a meros preceptos morales. No es que confunda a la moral con el derecho natural con menosprecio de la función que el derecho natural pueda tener como inspirador del derecho positivo [26]; es que mientras los jusnaturalistas no logren que en la natu-

21. E. ROGUIN: *Las reglas jurídicas*, 48.
22. E. ROGUIN: *Las reglas jurídicas*, 49.
23. E. ROGUIN: *Las reglas jurídicas*, 78 y 119.
24. E. ROGUIN: *Las reglas jurídicas*, 85.
25. E. ROGUIN: *Las reglas jurídicas*, 86.
26. E. ROGUIN: *Las reglas jurídicas*, 124.

raleza de las cosas los saberes filosóficos vengan impuestos coactivamente no serán nunca Derecho propiamente tal, serán consejos orientadores de conductas [27]. Por lo demás, a diferencia de Kelsen, no relega entre los saberes filosóficos a la política, que se atiene a reglas de utilidad, pudiendo entrar en la ciencia pura del Derecho si se la toma como arte legal facultativo [28].

La ciencia pura del Derecho de Roguin es formalista, pues «el derecho carece de materia especial que regir o estudiar, como sucede con otras ciencias», dado «es un aspecto de las relaciones sociales posibles» [29]. Formalismo positivista que coincide con el posterior de Kelsen; de quien lo separa la menor minuciosidad en el alcance de la depuración sociológica, el logicismo atento a la realidad de la naturaleza de las cosas, la rara manera de enfocar los saberes filosóficos del derecho natural y la anticipación como escueta posibilidad de unas premisas con valor hipotético. En todo caso no sería exagerado concluir que la ciencia pura de Ernest Roguin representa dentro del ámbito francés y salvadas todas las salvedades convenientes, lo que Hans Kelsen supondrá dentro de la marcha del positivismo formalista en Alemania.

27. E. ROGUIN: *Las reglas jurídicas*, 125-126. También en la pág. 78.
28. E. ROGUIN: *Las reglas jurídicas*, 128.
29. E. ROGUIN: *Las reglas jurídicas*, 132.

28. *El positivismo jurídico sociológico*

En contraste con las líneas del positivismo contempladas en las dos glosas anteriores, dadas a reducir los saberes jurídicos a cadena de conceptos desasida de una realidad inscrita en la vida social, en la política o en la ética, otra grande rama del positivismo incluye la consideración de los saberes jurídicos en su contenido, mirando más que en la forma en el fin del Derecho los criterios que sirven para elaborar la ciencia jurídica. Usando de la simplificación en que me vengo manteniendo y limitando el campo de observación al siglo XIX, cabría presentar como tipo de esta manera del positivismo jurídico a la jurisprudencia de intereses, tal como arranca de las formulaciones de Rudolf von Jhering en la segunda etapa de su pensamiento, o sea con posterioridad a 1862. Pero por grave que sea el afán de amojonar zonas visuales en beneficio de la claridad que al lector se debe, parece imposible dar de lado al utilitarismo inglés, habida cuenta de dos extremos: su vigencia en el siglo XIX y sus analogías con lo que en el Continente supuso el finalismo jheringiano con su colofón la jurisprudencia de intereses.

Analogías más que coincidencias, porque el utilitarismo es fenómeno típicamente inglés, a situar en la conocida reiterada tendencia anglosajona hacia el empirismo y el nominalismo, que en más o menos confusa urdimbre mantiene desde Roger Bacon y Guillermo de Occam en el medievo lo que será prurito experimental del canciller Bacon y realismo de Hobbes en el siglo XVII, así como en las posteriores posturas de John Locke y de David Hume. En cuya corriente va inserto el utilitarismo, del cual fue fundador Jeremías Bentham (1748-1832), perpetuador de muchas de las directrices de sus antecesores compatriotas.

Verdad es que el utilitarismo ofrece también notables analogías con la escuela histórica aludida en la glosa 24.ª en lo que a la doctrina de los saberes jurídicos se refiere: el interés por el derecho vigente, los antagonismos contra toda suerte de actitudes jusnaturalistas, el desprecio hacia las fórmulas abstractas, separar con pulcritud las causas materiales del Derecho de las formales o fuentes bajo las que se presenta, y otras parejas. En las *Lectures on Jurisprudence, Lecciones sobre jurisprudencia,* John Austin pudo llegar a escribir a causa de las analogías, y sobre todo de lo que ambas tendencias, la capitaneada por Von Savigny y la inaugurada por Bentham, operaban en la admisión de pensar que el Derecho ha de ser fundado sobre una visión experimental de los sujetos y objetos de la ley, «in thinking that law should be founded on an experimental view of the subjects and objects of law», que el nombre apropiado para la escuela histórica debería ser el de escuela inductiva y utilitarista, que «a fitter

name for them would be the inductive and utilitarian school» [1]. Pero las distancias son todavía mayores, porque no coinciden ni en el fin reformista propuesto, patente en la dispar actitud ante el asunto de la codificación; ni en las bases filosóficas, porque la escuela histórica no acepta que la felicidad de la mayoría sea la meta del Derecho, antes separa a los saberes jurídicos del contenido, en especial desde que la orienta Puchta hacia el dogmatismo lógico; ni tolera el individualismo utilitarista del bienestar personal como criterio, antes subraya sin cesar el primado del espíritu del pueblo en términos de organismo romántico incompatibles con el individualismo de los utilitaristas.

Con lo que sí puede hermanarse el utilitarismo es con el positivismo finalista. Pese a algunos pasajes, sobre todo de John Austin, en los cuales asoma cierta predisposición a un cierto logicismo ajeno a las realidades sociales, la tendencia general fue impulsar vigorosamente la función del Derecho hacia la realidad social, junto con una actividad reformadora que no fue más que la secuela política de aquella perspectiva de los saberes jurídicos como saberes entrañados en la acción y orientados con miras a fines bien marcados. Por lo cual me parece acertado el intento que aquí se hace de presentar al utilitarismo inglés como el contrapié del positivismo sociológico, al cual por lo demás antecede en el tiempo y respecto al cual está matizado de las características irrenunciables del genio anglosajón.

Pues las ideas cardinales del utilitarismo no nacen con su fundador Jeremías Bentham, sino que poseen larguísima trayectoria en el pensamiento occidental. Guido Fassó en la *Storia della filosofia del diritto, Historia de la filosofía del derecho* [2], Elie Halévy en *The growth of philosophical radicalism, El desarrollo del radicalismo filosófico* [3], William L. Davidson en *Political thought in England. The utilitarians, El pensamiento político en Inglaterra. Los utilitaristas* [4], Mohamed el Shakanhiri en *La philosophie juridique de Jeremy Bentham, La filosofía jurídica de Jeremías Bentham* [5], Alan Love en *Die Rechtsphilosophie Jeremy Bentham, La filosofía jurídica de Jeremías Bentham* [6], entre otros, han puesto de relieve que el utilitarismo benthamita repercute ecos que resonaron ya en el hedonismo de Epicuro, en Lucrecio en Roma, en Tomás Hobbes, en Richard Cumberland, en John Locke, en John Gay, en Joseph Priestley, en David Hume y en Helvetius, por mencionar algunos de los más llamativos. El gran fautor del utilitarismo que fue John Stuart Mill (1806-1873), confesó ya el parentesco con Epicuro en el conocido libro *Utilitarianism, Utilitarismo* [7]; y sabido es que en *Dei delitti e delle pene, De los delitos y de las penas*, al napolitano marqués de Beccaría acuñó la máxima que es lema de la especulación utilitaria: la máxima felicidad para el mayor número, «la massima felicità divisa nel maggior numero» [8]. La novedad de Bentham estuvo en que en tiempos modernos fundó entera escuela bajo semejante estandarte; tal vez porque su incansable actividad de escritor, a quien se atribuyen más de cien mil páginas autógrafas en legendario paradigma; sea porque esa actividad le

1. Quinta edición. London, Robert Campbell, 1885, pág. 679.
2. Bologna, Il Mulino, tres tomos. Cita al III (1970), 34.
3. London, Faber and Faber, 1928, págs. 11-16.
4. London, Williams and Norgate, 1915, pág. 8.
5. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1970, págs. 209-216.
6. En la *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, XI (1961), 201-235. Cita a la pág. 205
7. London, George Routledge and sons, s. a., pág. 12.
8. A este respecto el volumen *Beccaria e i diritti dell'uomo*, por G. DE MENASCE, G. LEONE y F. VALSECCHI. Roma, Editrice Stadium, 1964, pág. 73.

hacía valer por un ejército, porque él solo ya «was more than an individual: he become a school of thought», era más que un individuo, llegó a ser una escuela, por decirlo con palabras de Graveson en *The restless spirit of English law*[9]; sea por la fama que alcanzó y la proyección que obtuvo en algunos países como España; lo cierto es que Bentham capitanea la tendencia a proyectar las nociones jurídicas en las realidades prácticas, propugnando reformas legislativas en todos los campos del Derecho, desde el modo procesal a la reforma de las prisiones, desde la constitución de la cámara de los lores a la intangibilidad de las leyes favorecedoras de la usura, señalando rumbos novedosos en alas de orientar la actividad de los juristas a fines concretos, anticipo inglés de lo que en el Continente será más tarde la jurisprudencia de intereses.

No sería exagerado calificar a Bentham por positivista. Quien lea sus escritos convéncese de que el fin primordial que se asignó para meta de su vida intelectual fueron menos las especulaciones filosóficas que levantar sistema nuevo en cuyo seno cupiesen la totalidad de las disciplinas jurídicas, dado que los problemas filosóficos quedaron siempre subordinados a permitirle la justificación de aquel grande principio de la acción práctica que fue para Bentham la tesis de la utilidad. Los variados puntos que abordó con mayor o menor intención filosófica, sus vistas sobre la antropología, la lógica e incluso la semántica, conducían a tal proyecto pragmático. En sus manos fue la filosofía instrumento preparador de la acción.

Por eso delante del Derecho colocóse más en situación de científico que de filósofo. En realidad Bentham deliberadamente no quiso cultivar los saberes filosóficos del Derecho, ni lo son de veras aquéllos que él mismo calificó alguna vez como tales en concesión a la terminología de su siglo. Fue más jurista filósofo que filósofo jurista. Como apuntaba ya en 1843 Michoud en la *Biographie universelle, Biografía universal*, Bentham tocó la totalidad de los problemas, pero para fraguar una legislación universal[10]; que no es precisamente una filosofía, sino la reducción a ordenado sistema de reglas de una ciencia del Derecho.

Bentham fue materialista en la más rigurosa acepción del vocablo, proyectando dicho materialismo sobre la cuestión de los saberes jurídicos. Su mentalidad práctica, en el decir de John Stuart Mill en su *Bentham*, su «essentially practical mind»[11], impulsábale a ver en el hombre mera materia y a estimar las actividades espirituales resultados de la trama material que el ser humano es. De suerte que, saliendo desde esta antropología materialista, las ciencias del saber que pudiéramos llamar saber filosófico, cuales la metafísica o la lógica, aparecen como conocimientos de la voluntad más que de la inteligencia, como las secuelas de una fisiología que es al par psicología, ciencias de hechos fisiológicos o todo lo más de conexiones entre hechos fisiológicos; o sea, ciencias que tratan del funcionamiento de las facultades humanas consideradas como emanaciones de la materia constitutiva del cuerpo y del intelecto de los hombres. En la sección 5.ª del capítulo II de su *Logic* dícelo claramente Bentham al asentar que «the faculties which it may occasionally belong to logic to call forth into exer-

9. En el volumen *Jeremy Bentham and the Law*. London, Stevens, 1948, pág. 103.
10. Paris, A. Thoissier-Desplaces, III (1843), 666-667.
11. Artículo en la *London and Westminster Review* de agosto de 1838, recogido en las páginas 270-321 de *Dissertations and discusions*. London, George Rouledge and sons, s. a. Cita a la pág. 275.

cise... are neither more fewer the whole number of the faculties distinghisable in the human frame» [12].

El saber metafísico prolonga para Bentham los conocimientos de la física. No se puede llegar a ella más que por esta vía, «until it have touched upon that which is called physics», según advirtió en la *Logic, Lógica,* capítulo I, sección 3.ª [13]. Mary P. Mack en *J. Bentham: an Odissey of ideas, Jeremías Bentham: una Odisea de ideas,* reprodujo cierto trecho inédito en el cual reduce la metafísica a la valoración de los nombres de la física, al conocimiento de la puntualización del valor de los vocablos atribuidos a los fenómenos por la física estudiados: «metaphysics, is that science which teacheth the signification of words, and the ideas which they signify» [14]. Pierde la metafísica su radical contenido ontológico para pasar a ser ciencia de los términos, o sea una parte de la lógica, «neither more nor less than a sprig, and that but a small one of the branche termed logic», en el capítulo I, sección 3.ª de la *Lógica* [15]. Esto es, el modo de usar adecuadamente las facultades de la naturaleza pensante partiendo de la naturaleza mecánica a que el hombre se reduce. La huella de Guillermo de Occam adviértese enseguida, fidelidad al gusto del pensar anglosajón. La metafísica es lógica y la lógica acaba en la semántica. La ciencia cuenta en la medida en que establezca un lenguaje conveniente, claro, exacto y conciso. Los *Fragments on universal grammar, Fragmentos de una gramática universal* [16], el *Essay on lenguaje, Ensayo sobre el lenguaje* [17] y el *Essay on logics, Ensayo sobre la lógica* [18], son tres obras enderezadas a ese objeto, signo de la tenaz laboriosidad con que Bentham martilleó sin cesar sobre el mismo hierro del pensamiento.

De cuyas premisas resulta que Bentham unificó en un bloque los saberes. Primero, equipara los de las ciencias humanas a los de las ciencias físicas, cual paladinamente establece en el capítulo VII, sección 2.ª, de la *Lógica.* Segundo, funde a los saberes filosóficos con los científicos, porque se concretan a una sola realidad, la realidad física percibida en sus manifestaciones individuales, de manera que consisten en un solo problema: distinguir las expresiones de las entidades reales de los nombres de las entidades ficticias, como declara en el apéndice 4.º, sección 2.ª, párrafo 18, de la *Chrestomatia* [19].

De lo que resulta que el saber científico del Derecho será un saber de raíz materialista y que el tema central de la ciencia del Derecho será el de separar las realidades en sus nombres propios de las ficciones del lenguaje jurídico. En el primer punto el saber del Derecho se fundamenta en que la conducta humana se rige por la nota de lograr el placer y evitar al dolor. En el segundo extremo las nociones jurídicas son depuradas hasta sus raíces últimas para apartar las apariencias de las ficciones y dejar la realidad desnuda del placer como base exclusiva del Derecho. Veámoslo separadamente.

---

12. Cito por la edición en once tomos, cuidada por JOHN BROWNING entre 1838 y 1843, reproducida en New York, Russel and Russel, 1962. Cita al VIII, 279.
13. JEREMY BENTHAM: *Works,* VIII, 220.
14. London, Heinman Educational books limited, 1962, pág. 152.
15. J. BENTHAM: *Works,* VIII, 221.
16. J. BENTHAM: *Works,* VIII, 339 ss.
17. J. BENTHAM: *Works,* VIII, 320 ss.
18. J. BENTHAM: *Works,* VIII, 242 ss.
19. J. BENTHAM: *Works,* VIII, 119.

El saber científico del Derecho nace de la convicción antropológica de que conseguir el placer y evitar el dolor constituye el móvil de la conducta humana. En el capítulo I de los *Principes de législation, Principios de legislación,* díjolo Jeremías Bentham en pasaje famoso: «La nature a placé l'homme sous l'empire du plaisir et de la douleur. Nous leur devons toutes nos idées; nous leur rapportons tous nos jugements, toutes les déterminations de notre vie. Celui qui prétend se soustraire à cet assujetissement ne sait ce qu'il dit; il a pour unique objet de chercher le plaisir, d'éviter la douleur, dans le moment même où il se refuse aux plus grands plaisirs, et où il embrasse les plus vives douleurs. Ces sentiments éternels et irrésistibles doivent être la grande étude du moraliste et du législateur. Le principe de l'utilité subordonne tout à ces deux mobiles» [20]. Lo que corresponde a lo que está escrito en un manuscrito de 1776 conservado en el University College londinense y recogido por David Baumgardt en *Bentham and the ethic of today, Bentham y la ética de hoy*: «Happiness is the end of every human action, of every human thought, how cat it, or why ought (*sic*) to be otherwise» [21].

El materialismo y el pragmatismo de Bentham asoman al certificar las bases de los saberes científicos del Derecho en el placer y en el dolor, porque termina por ser una calibración de los placeres y una defensa de las utilidades, un cálculo hedonista en el juicio de Ulrich Klug en *Zur Kritik der rechtsphilosophischen Utilitarismus, Para la crítica del utilitarismo filosófico-jurídico* [22], y de Nobert Hoerster en *Utilitarische Ethik und Verallgemeinerung, Etica utilitaria y generalización* [23]. Lo dice Bentham mismo en los *Principios de legislación,* capítulo VI, sección 2.ª: «Tout le système de la morale, tout le système de la législation portent sur cette base unique, la connaissance des peines et des plaisirs. C'est le principe de toutes les idées claires. Quand on parle de vices et de vertus, d'actions innocentes ou criminelles, de système rémunératorie en pénal, de quoi s'agit-il? de peines et de plaisirs, et pas outre chose. Un raisonnement en morale ou en législation, qui ne peut pas se traduire par ces mots simples peine et plaisir, est un raisonnement obscur et sophistique, dont on ne peut rien tirer» [24]. El saber científico del Derecho es para Bentham una matemática materialista de los placeres.

Si ha de actuar con arreglo a los cánones de la ciencia del Derecho, la misión del legislador estará en proporcionar la mayor cantidad de placer posible al mayor número de individuos. No a la sociedad, porque el superindividualista Bentham no ve en la sociedad más que un montón de individuos, o mejor todavía un amasijo de relaciones puramente biológicas y mecánicas, de «relations purely physical» en *The limits of Jurisprudence defined, Definición de los linderos de la jurisprudencia* [25]. Y entre los placeres de los individuos estimándolos por la cantidad, no por la calidad, en el más grosero de los materialismos. Por más que en el capítulo VII del *Tratado de legislación* [26] y en la *Déontologie ou science de la morale, Deontología o ciencia de la moral* [27], estatuya una diversificación cualitativa entre las diversas

20. J. BENTHAM: *Oeuvres. Bruxelles, Societé belge de libraire,* I (1840), 11.
21. Princeton, New Jersey, Princeton University press, 1952, pág. 571.
22. En el *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie,* XXXVIII (1949), 222-234. Cita a la pág. 222.
23. Freiburg-München, Verlag Karl Alber, 1971, pág. 17.
24. J. BENTHAM: *Oeuvres,* I, 22.
25. Cito por la edición de C. W. EVERETT. New York, Columbia University press, 1945, pág. 85.
26. J. BENTHAM: *Oeuvres,* I, 20-22.
27. J. BENTHAM: *Oeuvres,* III (1840), 369-370.

especie de placeres, cuando el científico del Derecho haya de tomarlos en cuenta se atendrá a la cantidad en exclusiva, valorándolos sólo por el número. En otro manuscrito inédito conservado en el University College de Londres, fechado en 1782, y reproducido por David Baumgardt como apéndice a su libro arriba mencionado, asienta tajantemente que «the quality of a pleasure independent of its quantity is of no account» [28].

Más todavía, con su alma mediocre de mercader anglosajón, Jeremías Bentham contabiliza en libras, guineas y chelines el saber científico del Derecho, dado que la regla suprema para contar los placeres en que el saber jurídico que para él consiste, está en el dinero, estricta y estrechamente en el dinero: «the only common measure the nature of things affords is money» [29]; «money the only current instrument of pleasure» [30]; «money therefore is the only current possession, the only way (method) he has of doing it, ordinarily speaking is by giving money» [31]. Es el único saber jurídico real, los demás son ficticios y por ende recusables. Ni el poder, ni la honra cuentan para el Derecho; sólo el dinero puede servir de fundamento a los saberes jurídicos, porque sólo el dinero es el placer auténtico en esta matemática materialista de los placeres. «I mean money —recalcará—. Possessions that are fictitious entities, are (either) power (condition) (or) reputation. Money is also, directly or indirectly a means of acquiring even these» [32].

Nunca pudo ser concebida noción más rastrera de los saberes del Derecho. La ilusión de Bentham se elevó a formular un código universal para todos los tiempos y gentes con arreglo a estos módulos de sus saberes jurídicos. Será el «regulateur» de la ciencia del Derecho de que habló en carta al Conde de Toreno en 11 de septiembre de 1821, la primera en fecha de las *Lettres au Comte de Toreno sur le Code pénal proposé par le comité de législation des Cortes espagnoles* [33]. Ciertamente que jamás cayó tan bajo el degradante papanatismo hispánico que cuando tomó al anglosajón Jeremías Bentham por oráculo para las leyes de la patria de Francisco de Suárez o de Francisco de Vitoria. ¡Méritos de nuestros liberalitos extranjerizados, cuya sola disculpa es la estupidez de la ignorancia!

Ni que decir tiene que la asunción del postulado del placer cuantitativo y crematístico por criterio para los saberes del Derecho en su grosera ciencia jurídica excluye cualquier admisión de los saberes filosóficos, ni la más mínima traza del derecho natural. En esta burda expresión del que W. Friedman en *Legal theory, Teoría jurídica,* denominó liberalismo utilitario [34], cualquier tipo de derecho natural, incluido el racionalista dieciochesco encarnado en las Declaraciones francesas de 1789 es por lo menos «proposition extravagante», uno de los «sofismas anárquicos» que combate en sus *Sophismes anarchiques* [35], palabras hueras encubridoras de inconfesables por contrapuestos, y por ende anticientíficamente obscuros, intereses [36]. Porque en

28. Apud DAVID BAUMGARDT: *Bentham and the ethic of today*, 554-555.
29. En D. BAUMGARDT: *Bentham and the ethic of today*, 561.
30. En D. BAUMGARDT: *Bentham and the ethic of today*, 558.
31. Ibídem.
32. Ibídem.
33. Recogidas en *Oeuvres*, III, 141-183. Cita a la pág. 141.
34. London, Stevens and sons, 1947, pág. 197.
35. J. BENTHAM: *Oeuvres*, I, 510.
36. J. BENTHAM: *Works*, I, 287.

su acepción de los saberes científicos el Derecho termina por coincidir con la fuerza material [37].

Con lo que enlaza la segunda parte antes referida: la depuración de las ficciones como tema de la ciencia del Derecho, en cuya empresa Bentham desenvolvió su gusto reformador del lenguaje que llegó a degenerar en palpable manía y sobre la cual ha apuntado rasgos tan curiosos Joseph Hamburger en *Intellectuals and politics. John Stuart Mill and the philosophic radicals, John Stuart Mill y los radicales filosóficos* [38], como característica común de las innovaciones que la corriente utilitaria trajo. Sirvan de ejemplo de su manera de proceder científico al servicio de su realismo desgarrado las páginas de la *Ontology, Ontología*, capítulo II, sección 8.ª [39] y de la *Lógica*, capítulo VII, sección 7.ª [40], en que describe como la noción de obligación jurídica no es más que un falso concepto ficticio debajo del cual está el concepto real, único aceptable por tanto, de la sanción; o su defensa de la libertad de fijación del interés en los préstamos que con cínico acento de buen burgués anglosajón osó titular *Defense de l'usure, ou lettres sur les inconvénients des lois qui fixent le taux de l'interêt de l'argent, Defensa de la usura o cartas sobre los inconvenientes de las leyes que fijan la tasa del interés del dinero* [41], en donde lo ficticio es la tasa según una ética que para Bentham no existía y lo real es que la usura permite el crecimiento de la industria y del comercio.

De la breve referencia que antecede puede colegirse como Jeremías Bentham presenta ya dos notas propias del positivismo jurídico. La primera, la de la negación del saber filosófico del Derecho, negación por él extremada a tono con su materialismo antropológico, con su nominalismo metafísico y con la identificación del Derecho con la norma dictada por el poder político. La segunda, la de enfocar al Derecho en dirección de fines concretos, concibiendo a la ciencia jurídica como actividad reformadora con vistas a hacer efectivo el postulado utilitario de lograr la mayor felicidad para el mayor número de individuos.

La corriente utilitaria, de acuerdo con el nombre con que Bentham mismo la bautizó en 1780 en otro manuscrito inédito del University College de Londres dado a luz por David Baumgardt [42], tuvo por portavoz para la ciencia del Derecho el frío y meticuloso John Austin (1790-1859), otra típica encarnación del genio de Inglaterra; bien sea de advertir que su nombradía es póstuma y poco o nada influyó en el pensamiento británico durante los días en que vivió, tal vez porque delante de los contemporáneos apareció, en inmerecido juicio que contrasta con la sustancia de sus doctrinas, por pensador abstracto, mero lógico ignaro de los datos de la realidad jurídica, según tal como todavía se presentaba ante la mirada de James Bryce a principios de nuestro siglo en *The nature of sovereingty, La naturaleza de la soberanía* [43].

John Austin es en Inglaterra la réplica a la escuela histórica alemana, in-

37. A este respecto las observaciones de MOHAMMED EL SHAKANHIRI en *J. Bentham. Critique des droits de l'homme*. En los *Archives de philosophie du droit*, IX (1964), 131.
38. New Haven and London. Yale University press, 1965, pág. 24, nota 57.
39. J. BENTHAM: *Works*, VIII, 206.
40. J. BENTHAM: *Works*, VIII, 247.
41. J. BENTHAM: *Oeuvres*, III, 241-282.
42. Apud D. BAUMGARDT: *Bentham and the ethic of today*, 549.
43. En *Studies in history and Jurisprudence*. Oxford, at the Clarendon press, dos tomos. Cita al II (1901), 96.

troducida en las islas británicas por John Reddie, discípulo y secuaz de Gustav Hugo, en las *Historical notices of the Roman law and of the recent progress of its study in Germany, Noticias históricas del derecho romano y de los recientes progresos de su estudio en Alemania,* impreso en Edinburgo en 1826; pero, como se verá enseguida, el remoto ejemplo del derecho romano clásico jamás fue perdido de vista.

John Austin es positivista en la más rotunda extremosa de las posturas que el positivismo puede adoptar, la del empirismo. Lo ha anotado H. L. A. Hart al prologar la edición del libro clásico de Austin *The province of Jurisprudence determined, La determinación del ámbito de la jurisprudencia* [44], W. L. Morison en *Some myths about positivism, Algunos mitos en torno al positivismo* [45] y F. S. C. Northrop en *Law, language and morals, Derecho, lenguaje y éticas* [46], entre otros. El propio Austin en el ensayo *On the uses of the study of Jurisprudence, Sobre los modos del estudio de la jurisprudencia,* asentó que los conocimientos jurídicos han de ser conseguidos empíricamente, deben «to acquire it empirically» [47].

Aunque para Rafael Bielsa en la *Metodología jurídica* Austin es el filósofo del derecho inglés del siglo XIX [48], solamente puede ser diputado por filósofo del Derecho dentro de la manera en que se es filósofo del Derecho en Inglaterra, no con arreglo a los criterios continentales. Porque Austin niega rotundamente cualquier tipo de saberes jurídicos filosóficos, no tolerando más derecho que el derecho positivo, e incluso entendiendo por derecho positivo cierta relación de imperatividad por virtud de la cual un hombre manda y otro le obedece, sin la menor atención a factores éticos ni a estimativas ajenas a esta cruda desnuda realidad del mando con la obediencia. En *Politischer Utilitarismus und bürgerliches Rechtsdenken, Utilitarismo político y pensamiento jurídico burgués,* Wilfried Löwenhaupt lo ha demostrado con nutrido acopio de textos, entre ellos el archiconocido de la definición del Derecho en la teoría imperativista austiniana: una ley es un mandato que obliga a una persona o personas a una conducta determinada: «a law is a command which obliges a person or persons to a course of conduct» [49]. O sea que niega Austin los saberes filosóficos del Derecho para quedarse en positivista a secas, en el más estrecho de los positivismos. Pues Austin busca lo que la ley es, no lo que debiera ser, subraya lord Lloyd of Hamstead en *Introduction to Jurisprudence, Introducción a la jursprudencia* [50].

Tan descarnadamente positivista es Austin, tan apegado está a cerrarse en el reducto del Derecho como efectivamente es, en la relación de quien manda con quien obedece, que sir John Salmond pudo caracterizarle por el pensador positivista más diametralmente opuesto al derecho natural [51] y por tal le sitúan en el centro del moderno positivismo anglosajón Arduino Agnelli en *John Austin alle origini del positivismo giuridico, John Austin en los comienzos del positivismo jurídico* [52] y Mario A. Cattaneo en *Il positivismo*

44. London, 1954, págs. VII-XVIII. Cita a la pág. XI.
45. En *The Yale Journal,* LXVIII (1958-1959), 219-225 y 229.
46. En *The Yale Journal,* LXX (1962), 1017.
47. En las págs. 1072-1091 de las *Lectures on Jurisprudence.* Quinta edición. London, Robert Campbell, 1885. Cita a la pág. 1083.
48. Santa Fe, Castellví, 1961, pág. 261.
49. Berlín, Duncker und Humblot, 1972, pág. 123.
50. London, Stevens and sons, 1972, pág. 159.
51. London, Sweet and Maxwell, 1966. Duodécima edición, pág. 25.
52. Torino, Istituto di scienze politiche dell'Universitá, 1919, pág. 15.

giuridico inglese. Hobbes, Bentham, Austin, El positivismo jurídico inglés. Hobbes, Bentham, Austin [53].

Claro es que su empirismo no le obscurece la visión hasta el punto de negar la existencia de saberes jurídicos universales. Su preocupación máxima estuvo en formular un sistema racional del Derecho, bien que no racional en cuanto a la ordenación formal de los conceptos jurídicos. Frente al jusnaturalismo abstracto procura una ciencia salida de la realidad empírica, a la que asigna valor de universalidad; tal es la jurisprudencia analítica, «general Jurisprudence» o filosofía del derecho positivo, que mira al Derecho tal como es en la relación del mando con la obediencia, independizado de la ética, a la que achaca analizar lo que el Derecho debe ser, según anota en las *Lectures on Jurisprudence* [54].

La jurisprudencia general austiniana trata de averiguar analíticamente los conceptos jurídicos que anidan en el hondón de los varios sistemas jurídicos positivos; es una tabla de saberes científicos por lo que de generales tienen. Su contrapié es la ciencia de la legislación, colocada fuera del Derecho porque se ocupa del deber ser que corresponde a la ética. No la formula como un catálogo de coincidencias, sino aquilatando la esencia del conjunto de las instituciones jurídicas; no se queda en la piel de los sistemas, sino que ahonda en la entraña lógica de cada uno de ellos, para captar lo que de común en ellos haya.

Al limitar sus intentos a los esquemas generales no pretende construir un sistema eternamente válido de contenidos racionales objetivos, que eran los saberes jurídicos filosóficos entre los jusnaturalistas; concrétase a la fijación de los factores genéricos existentes en todos ellos, de suerte que la jurisprudencia general austiniana queda a medio camino entre la universalidad descubierta por la razón y la catalogación de los datos; penetra la sustancia mostrada por los hechos, para ordenarlos según unos principios nacidos de ellos mismos y no de la mera especulación de la razón. En la jurisprudencia universal razónanse los hechos, no se sustituye lo que los hechos delatan con criterios racionales formulados con independencia de ellos.

Trátase, en consecuencia, de saberes científicos desde los que Austin rechaza los saberes filosóficos del Derecho. Es un equilibrio en el cual, de una parte rechaza la existencia de leyes universales afirmando que «hardly a rule of to-day but may be matched by its opposite of yesterday» [55]; de otra parte aspira a encontrar, ya que no leyes absolutas y universales, sí los principios generales contenidos en las diversas legislaciones tal como los datos empíricos nos las presentan. Cuando habla de jurisprudencia general el adjetivo sobra, como ya puntualizó sir Thomas Erskine Holland en *The elements of Jurisprudence, Los elementos de la jurisprudencia,* dado que la posible jurisprudencia particular tocante a un pueblo determinado es manojo de conocimientos empíricos indignos de merecer el calificativo de científicos [56]. La jurisprudencia general es el saber científico del Derecho para este John Austin que solamente admite en el Derecho saberes secamente científicos, a tenor de su postura inglesa y positivista.

53. Milano, Facoltà di Giurisprudenza, 1962, pág. 241.
54. J. AUSTIN: *Lectures on Jurisprudence,* 32.
55. J. AUSTIN: *Lectures on Jurisprudence,* 1073.
56. Decimotercera edición. Oxford, at the Clarendon press, 1924, pág. 11.

Lo que sucede es que, al no analizar la cuestión con agudeza, como le reprocha George Whitecross Paton en *A text-book of Jurisprudence, Manual de jurisprudencia* [57], la jurisprudencia general deriva a una trama de presupuestos para la acción de la renovación de las instituciones en un proceso semejante al que tuvo lugar en Jeremías Bentham. La jurisprudencia general ha sido comparada por su transfondo positivista con la que luego fue la teoría general del Derecho en el Continente por Carl J. Friedrich en *Die Philosophie des Rechts in historischen Perspektive, La filosofía del derecho en perspectiva histórica* [58] y por Horst Eckmann en *Rechtspositivimus und sprachanalytische Philosophie, Positivismo jurídico y filosofía analítica del lenguaje* [59]; pero a mi ver puede emparejarse la jurisprudencia general de Austin con las teorías generales del Derecho continentales en la medida en que sirva de anticipo a la jurisprudencia de intereses. Para mí quien con más acierto ha visto la cuestión es el australiano Julius Stone en *The province and function of law, El ámbito y la función del derecho,* al subrayar que la actitud aparentemente logicista de Austin da pie necesariamente a un planteamiento sociológico del Derecho [60].

Pues el sentido finalista que Austin imprime a la jurisprudencia general únicamente tiene contrapié en las ulteriores perspectivas de Rudolf von Jhering. En la definición de qué sea esta doctrina de los saberes científicos del Derecho el fin ocupa puesto preeminente al referirla por la descripción del contenido y de los fines, «a description of such subjects and ends of law» [61]. Amén de que dada su identificación a la positivista del Derecho con las normas positivas, la utilidad de la ley, por él referida expresamente como criterio para la utilidad del gobierno en la lección II de las *Lectures on Jurisprudence* [62], conducía inevitablemente a plantear los saberes jurídicos en atención a los fines sobre los que han de proyectarse en la realidad social. De donde sea un precedente de la jurisprudencia de intereses, ni más ni menos que lo había sido Jeremías Bentham, a quien sigue en las líneas generales de su exposición, como ha sido demostrado entre otros por Mohammed el Shakandiri en *Analyse du langage et droit chez quelques juristes anglo-américains de Bentham à Hart, Análisis del lenguaje y derecho en algunos juristas anglo-americanos desde Bentham a Hart* [63]. Igual que en Bentham, el positivismo jurídico de Austin, amén de señalar una constante secular del pensamiento anglosajón, marca un hito del positivismo de cuño sociológico en el Derecho.

Otro tanto cabe decir del más conspicuo de la tendencia utilitarista en el siglo XIX, de John Stuart Mill (1806-1873), calificado por Walter Schönfeld en *Grundlegung der Rechtswissenschat, Fundamento de la ciencia del derecho,* como parejo a Augusto Comte en la historia del pensamiento positivista [64]; aunque tal vez sería más acertado colocarle en el tránsito del utilitarismo al positivismo, ya que si es verdad que continúa a Bentham también lo es hácese eco de sugestiones comtianas y rechaza el burdo hedonismo benthamista cifrado en el cálculo matemático de la cantidad de los placeres

57. Oxford, at the Clarendon press, 1946, pág. 7.
58. Berlín-Göttingen-Heidelberg, Springer Verlag, 1955, pág. 57.
59. Berlín, Duncker und Humblot, 1969, pág. 22.
60. Sidney, Maitland Publications, 1950, pág. 65.
61. J. AUSTIN: *Lectures,* 1077.
62. J. AUSTIN: *Lectures,* 108.
63. En los *Archives de philosophie du droit,* XV (1970), 129.
64. W. SCHÖNFELD: *Grundlegung der Rechtswissenschaft,* 72.

por otra visión más elevada en la que prevalece la consideración de la calidad de ellos sobre la mezquina contabilidad de sus cantidades.

En lo que concierne a los saberes jurídicos, John Stuart Mill insiste en la apreciación logicista de los saberes científicos, distinguiendo a la ética del Derecho en que en la primera o «art» de la legislación los saberes generales preceden a los especiales, a fuer de disciplina ética, mientras que en el Derecho lo particular es previo a lo general; así en el capítulo I de *Utilitarianism, Utilitarismo* [65]. Con actitud en la cual una vez más la línea utilitarista se opone a la de la escuela histórica alemana. Mill ve la ciencia en el análisis de las estructuras de las instituciones y no en la marcha histórica de ellas, según expresamente certifica en el estudio *Austin on Jurisprudence, Austin sobre la jurisprudencia* [66]. Pisando las huellas de Austin busca el saber jurídico en una generalización científica, no universal ni preexistente como en los saberes filosóficos del derecho natural, sino deducido de averiguar la raíz de los hechos y de los datos de los sistemas jurídicos vigentes [67]; lo que la reduce a un planteamiento logicista, a una «application of logic to law», dejando a la ética el contenido de los saberes del Derecho [68].

Con lo cual repudia los saberes filosóficos del derecho natural, según han puesto de relieve Carlo Tricerri en *Il sistema filosofico-giuridico di John Stuart Mill, El sistema filosófico-jurídico de John Stuart Mill* [69], V. G. Vidari en *L'individualismo nelle dottrine morali del secolo XIX, El individualismo en las doctrinas morales del siglo XIX* [70] y por Herbert Jacobs en *Rechtsphilosophie und politische Philosophie bei John Stuart Mill, Filosofía del derecho y filosofía política en John Stuart Mill* [71]. Para John Stuart Mill, secuaz de Bentham y a la par de Austin, no existe más que una especie de saberes jurídicos, los científicos, y ello con proyección sobre la realidad social en aras de un finalismo que preludia el que sostendrá Rudolf von Jhering en su segunda época.

El utilitarismo inglés repercute en Alemania a través de la actividad traductora de Eduard Beneke (1780-1854), profesor en las universidades de Berlín y de Göttingen, enemistado con Hegel en enemistad que perjudicó su carrera universitaria. Eduard Beneke pone en circulación en el orbe germano cierta preocupación y determinada terminología, tomadas de Jeremías Bentham y que luego reproducirá la jurisprudencia de intereses, junto con la opinión de que deberes y derechos penden de los choques de los intereses de los sujetos entre sí. Pero su influencia fue casi nula, como ha subrayado Helmut Coing en *Benthams Bedeutung für die Entwicklung der Interessenjurisprudenz und der allgemeinen Rechtslehre, Significación de Bentham para el desarrollo de la jurisprudencia de intereses y de la teoría general del derecho* [72]; por lo cual es dable asegurar no cuaja la tendencia del positivismo finalista de contenido sociológico en Alemania hasta que en 1862 Rudolf von Jhering puso sus talentos y su prestigio al servicio de la tesis de ver

65. JOHN STUART MILL: *Utilitarianism*, 3.
66. Artículo en la *Edinburgh Review* de octubre de 1863, recogido en las págs. 206-274 de *Dissertations and discussions*. London, cuatro volúmenes. Cita a la pág. 212.
67. J. S. MILL: *Austin on Jurisprudence*, 215.
68. J. S. MILL: *Austin on Jurisprudence*, 209.
69. Milano, A. Giuffré, 1950, págs. 65-67.
70. Milano, 1909, págs. 147-148.
71. Bonn, H. Bouvier und Co., 1965, págs. 70-72 y 80-81.
72. En el *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, LV (1968), 70-73.

la ciencia del Derecho en la consideración del contenido más que en la construcción formal de los conceptos.

Ya en 26 de marzo de 1866, en ocasión de comentar la aparición del volumen II del *Manual de las Pandectas* de Bernhard Winscheld postuló Von Jhering ir más allá de los formalismos de la jurisprudencia de conceptos [73], desencantado de los resultados a que había llegado la construcción genética de conceptos productores de nuevos conceptos dentro de la tendencia formalista iniciada por Puchta y que el propio Von Jhering había consumado en perfecciones máximas durante la primera etapa de sus actividades de estudioso.

Preocupó siempre a Von Jhering la realización del Derecho, pero en esta segunda época va a ser tal la incitación para la mudanza de concepciones acerca de los saberes jurídicos.

En el postrer volumen del *Espíritu del derecho romano,* dado a las prensas en 1865, la mudanza es patente. En su certera *Metodología de la ciencia del derecho* Antonio Hernández Gil ha recordado algún texto en donde Von Jhering confiesa que el logicismo de la matemática aérea de los conceptos supone desconocer la naturaleza misma de lo que el Derecho es [74]. Pero es que además las páginas finales de su volumen IV son el manifiesto postulador de la renovación de la doctrina jheringiana de los saberes jurídicos.

El punto de partida no provenía de reflejos del utilitarismo anglosajón, por más que los resultados sean harto análogos y por más que en algún pasaje de *El fin del derecho, Zweck im Recht,* hable de convenir en cierto «gesellschaftlicher oder objektiver Utilitarismus»; ya que en Von Jhering esta afirmación posee más alcance ético que jurídico al juicio de Julius Stone en *The province and function of law, El ámbito y la función del derecho* [75]. Pues no mencionó jamás a Eduard Beneke y cuando cita a Bentham en esta etapa segunda, o a John Mill, es para polemizar con ellos, nunca para aceptar ninguna de sus opiniones; amén de que entre los dos positivismos de cuño sociológico de ambos lados del Canal de la Mancha mediaban tesis contrarias acerca del valor de la justicia, negada por Bentham y subrayada por Von Jhering, o sobre la relación del individuo con la sociedad, enfrentándose el tenaz individualismo inglés a la primacía de los propósitos sociales, de una sociedad abarcadora de los individuos en la temática de Von Jhering.

Ni tampoco de influencias krausistas, como sostuvo Adolfo Posada al prologar la versión castellana de la *Besitzwille, La posesión* [76], arrastrado por el exclusivismo fanático con el que los krausistas hispanos procuraban magnificar la escuálida menudencia filosófica del fundador de la escuela; puesto que cuando Von Jhering habla de un Karl David August Röder (1806-1879), por ejemplo, es para cubrirle con los baldones del más feo de los ridículos, no para guardarle la menor estima; en *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, Lo jocoso y lo serio en la jurisprudencia,* ese incomparable tesoro de donosuras intencionadamente burlescas, es para poner en la picota de la guasa la opinión röderiana sobre el «nasciturus» latino [77] o para reirse

73. Puede verse en ERIK WOLF: *Grosse Rechtsdenker,* 638, nota 44.
74. A. HERNÁNDEZ GIL: *Metodología,* I, 200.
75. J. STONE: *The province and function of law,* 311, nota 66.
76. Segunda edición. Madrid, Reus, 1926, págs. 14 y 21.
77. R. von JHERING: *Scherz und Ernst in der Jurisprudens,* 14.

a mandíbula batiente de las contradicciones divertidas a que advenía ese neojusnaturalismo de los secuaces del krausismo [78].

El cambio de Von Jhering provino de dos influjos. En primer término del estudio más reconsiderado del derecho romano, a medida que fue observando que el criterio finalista era el motor movedor de los grandes jurisconsultos antiguos para erguir sus construcciones doctrinales, como sucedió al contemplar las conexiones de las fórmulas con las normas del derecho objetivo en el *Espíritu del derecho romano* [79]. En segundo lugar, del diálogo crítico entablado con aquella filosofía hegemónica en todo el siglo XIX tudesco, con la filosofía hegeliana. Las páginas últimas del *Espíritu del derecho romano* ábrense, en efecto, por el análisis de la doctrina hegeliana de colocar la substancia del Derecho en la voluntad, anotando de modo expreso que el influjo del pensamiento de Hegel ha sido extraordinario sobre las teorías jurídicas modernas, muchas veces recibido sin consciencia de tomarlo; «und sein Einfluss ist für die neuere positive Jurisprudenz bewusst oder unbewusst ein massgebender geworden», en su confesión paladina [80].

En contraste con Hegel, Von Jhering invierte las relaciones de la voluntad con el Derecho, comparando las conexiones entre ambos con las del piloto con el navío. Tal como el piloto tiene poder para conducir al navío por donde le plazca, tal poder implica la necesidad de llevarlo por la vía que acaba en el puerto y no en los escollos. La voluntad es el piloto que ha de conducir al navío del Derecho al puerto de su realización. La conclusión es que el Derecho no constituye el contenido, sino el presupuesto del querer, fórmula que vale tanto para el derecho objetivo cuanto para el ejercicio de los derechos subjetivos: «das Recht bietet nicht den Stoff, sondern die Voraussetzung des Wollens, und das von dem Recht gilt, gilt auch von den Rechten» [81]. Los saberes jurídicos se reducen de esta guisa a la determinación de los procedimientos por los cuales la voluntad es capaz de realizar el derecho objetivo o los derechos subjetivos.

El contenido del Derecho no será así la voluntad, como supusiera Hegel, sino el interés, el provecho, el «Genuss». La protección brindada a la voluntad por el Derecho no tiene otra finalidad que asegurar el provecho requerido; «der Schutz des Rechts hat keinen andern Zweck, als die Zuwendung dieses Nutzens an ihn zu sichern» [82]. La substancia del Derecho es concreta, es el interés; los derechos son intereses jurídicamente protegidos; «der Begriff des Rechtes beruht auf der rechtlichen Sicherheit des Genusses, Rechte sind rechlicht geschützten Interessen» [83].

Con lo cual los saberes jurídicos cobran nueva dimensión. No serán ya conocimientos lógicos, sino lo que pudiéramos denominar sociológicos. Nada de abstracciones ajenas a la realidad, sí temas concretos, como concretos son los intereses subjetivos que la norma objetiva protege. Ya el saber científico del Derecho no consistirá, cual acontecía en la anterior primera etapa, en combinar conceptos con conceptos, sino en descubrir la conexión de las normas con las realidades sociales. Lo que realiza el Derecho no es el cum-

78. R. von JHERING: *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 311-313 y 332-333.
79. R. von JHERING: *Geist des römischen Rechts*. Quinta edición. III (1899), 625-626. Más claramente todavía en la página 260.
80. R. von JHERING: *Geist des römischen Rechts*, IV, 328.
81. R. von JHERING: *Geist des römischen Rechts*, IV, 332.
82. R. von JHERING: *Geist des römischen Rechts*, IV. 336. También en pág. 350.
83. R. von JHERING: *Geist des römischen Rechts*, IV, 339. *La lucha por el derecho*. Buenos Aires, Atalaya, 1947, pág. 46.

plimiento en la aplicación de las normas; es que el comercio jurídico y las necesidades sociales encajen en la vida del Derecho. «Die Rechte sind nicht dazu da, um die Idee des abstrakten «Rechtswillens» zu verwirklichen, sondern um den Interessen, Bedürfnissen, Zwecken des Verkehrs zu dienen. In diesem Zweck finden sie, findet der Wille sein Mass und Ziel»[84]. La regla y la meta de los saberes jurídicos está en la vida real y no en la combinación de conceptos abstractos en las «construcciones» logicistas del positivismo formalista. En el volumen IV del *Espíritu del derecho romano* nace una nueva manera del positivismo jurídico, el positivismo pragmático, realista, sociológico.

En adelante renegará Von Jhering de sus anteriores posturas y con la donosura que es patrimonio de los genios no tendrá empachos en burlarse de los factores del formalismo empezando por burlarse de sí propio. El delicioso libro *Lo jocoso y lo serio en la jurisprudencia* no escatima las ironías contra la «construcción» por él inventada: tal como no hay dama a la moda que no gaste crinolina, no hay moderno civilista sin construcción; «sowenig wie eine Dame heutzutage ohne Krinoline zu erscheinen wagt, sowenig ein moderner Civilist ohne Konstruktion»[85]. El concepto, en que antes basó todos los saberes jurídicos, decae a enano, a «homunculus»[86]. La «jurisprudencia superior» es un almacén a secas[87]. Y si no ahorra burlas contra sí mismo, no las escatimará para los demás. Los absurdos de las construcciones abstractas son puestos en solfa; el tejado como persona jurídica de Eduard Boeckin (1802-1870), los títulos de crédito elevados a sujetos del Derecho por Ernst Immanuel Bekker (1827-1889), caen bajo los ágiles mazazos de su risa[88]. El cuadro fantástico del cielo de los conceptos jurídicos es la sátira más mordaz contra el formalismo de los conceptos ajenos a la vida, que mueren si el aire de la práctica los roza, manejados por juristas que han de cortar un pelo en novecientas noventa y nueve partes[89]. No sé yo de ningún otro suceso parejo en la bibliografía jurídica, quizás porque jamás existió hombre de leyes dotado de la agudeza incomparable que Von Jhering tuvo, ni con tamaña capacidad para el donaire literario.

Enfrentado con el voluntarismo hegeliano y desengañado de una ciencia de saberes jurídicos formales, conservó Von Jhering de su primera etapa la afición devota hacia las ciencias naturales, aprovechada ahora para la teorización del realismo de su positivismo renovado. *El fin en el derecho*, coronación madura de su vida de estudioso, supone la reducción de los saberes jurídicos a los biológicos en la incorporación a las temáticas del Derecho de la concepción de la existencia expuesta por el naturalista inglés y patriarca del evolucionismo Charles Robert Darwin (1809-1882). La vida es adaptación al ambiente externo[90], el móvil de los seres vivos es el egoísmo que permite satisfacer los apetitos[91], en un finalismo biológico naturalista por Von Jhering trasladado directamenet al orbe del Derecho.

Porque es el egoísmo el motor de la conducta humana y satisfacer ese egoísmo el fin del obrar, porque la voluntad es el poder de acción del hom-

84. R. von JHERING: *Geist des römischen Rechts*, IV, 338.
85. R. von JHERING: *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 7.
86. Ibídem.
87. Ibídem.
88. R. von JHERING: *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 12-13.
89. R. von JHERING: *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 245-316.
90. R. von JHERING: *El fin en el derecho*, 10.
91. R. von JHERING: *El fin en el derecho*, 12-13.

bre sobre el mundo exterior, el desenvolvimiento del egoísmo permite a la sociedad organizarse por sí misma en un juego mecánico equiparable al que preside la evolución de las especies. Von Jhering no rehusa el vocabulario del determinismo biológico, ni la ciega marcha de los hechos. Trasladó al hombre el esquema del animal sin excepciones, declara Wilhelm Wertenbruch en *Versuch einer kritischem Analyse des Rechtslehre Rudolf von Iherings, Ensayo de un análisis crítico de la teoría del derecho de Rodolfo de Jhering* [92]. Llama mecánica social al conjunto de las energías productoras del Derecho, que nace así de un modo obscuro para Max Rümelin en su *Rudolf von Jhering* [93], de manera misteriosamente mística al opinar de Wilhelm Wertenbruch [94].

La concurrencia regula automáticamente los egoísmos contrarios, de donde nace la justicia como el equilibrio mecánico impuesto por el interés de la sociedad entre un hecho y las consecuencias del autor que lo hizo.

El fin de la sociedad humana es su mantenimiento, igual que el fin recóndito de la lucha biológica es la perpetuación de las especies. El Derecho no es por tanto un fin en sí, sino el medio de realizar el fin de la existencia de la sociedad [95]. Y del mismo modo que el fin obscuro biológico se apoya ciegamente en las fuerzas naturales en pugna, el Derecho toma su origen en la fuerza que asegure el logro del fin social de la existencia del grupo. Nada de valores éticos, porque éstos existen, pero nacen lo mismo que las nociones jurídicas, son secuela del mecanismo ciego de los egoísmos en la medida en que el fin colectivo del grupo impónese sobre los fines individuales y en que el egoísmo individual se realiza plenamente en el egoísmo superior de la sociedad.

Es el Derecho la fuerza que coactivamente impone al individuo el egoísmo social. No hay Derecho sin fuerza, aunque sí cabe la fuerza sin el Derecho, en el caso de que la fuerza no se coloque al servicio del egoísmo social. El Estado tiene el monopolio de la fuerza, porque es la forma de la organización social y por tanto no existe más derecho que la voluntad del Estado, que el derecho positivo. Bien entendido que el Estado nace tal como la sociedad nació: por el juego mecánico de los egoísmos. «La sociedad es el mecanismo de la fuerza, regularizándose por sí misma en la medida del Derecho» [96].

Puesto que el Estado es la sociedad que ejercita su poder coactivo para imponer el egoísmo colectivo sobre los egoísmos individuales, y dado que el Derecho es un medio para la consecución de esos fines, «el Estado es la fuente única del Derecho» [97]. El Derecho es la fuerza. Los saberes jurídicos se recortan a conocer el modo en que el Estado delimita su propia fuerza, autolimita su poder. El único saber jurídico posible es el de las normas en las cuales el Estado fija la autolimitación de su fuerza incontrastable.

No hay saberes filosóficos del Derecho en este descarnado biologismo jurídico. La justicia es equilibrio mecánico surgido del hondón nebuloso del equilibrio de los egoísmos, en la medida en que la fuerza de la coacción estatal los subordina igualmente a todos al fin de la conservación de la colec-

92. Berlín, Walter de Gruyter, 1955, pág. 56.
93. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1922, pág. 67.
94. W. WERTENBRUCH: *Versuch*, 67.
95. R. von JHERING: *El fin en el derecho*, 125.
96. R. von JHERING: *El fin en el derecho*, 147.
97. R. von JHERING: *El fin en el derecho*, 157.

tividad social [98]. Mas la justicia así concebida, mecánica contraposición de fuerzas sociales en equilibrio de egoísmos, es saber que mana de la naturaleza, nunca especulación filosófica. Desde que Von Jhering reduce al hombre a la pura animalidad, la naturaleza humana es la del animal en la que Helmut Schelsky en *Das Jhering-Modell des sozialen Wandel durch Recht, El modelo jheringiano del cambio social por el derecho*, calificó de antropología empírica para indicar ser el hombre despliegue de apetitos y no más [99]. No se trata de un saber filosófico de lo justo, pues lo justo para Von Jhering proviene de las fuerzas biológicas animalescas. Rechazó a todo jusnaturalismo, porque el saber filosófico era a sus ojos el individualismo en el Derecho, la pretensión de anteponer el egoísmo individual al egoísmo colectivo [100].

Los saberes jurídicos del segundo Von Jhering, en este positivismo sociológico de raíz naturalista, darwiniano, de cepa determinista, irracionalista, se reducen a captar las fuerzas de los egoísmos en lucha. El saber del Derecho es conocer las fuerzas en pugna, es entender como la coacción de la sociedad organizada en el poder del Estado se impone por las leyes a los sujetos aislados. La justicia no es saber filosófico, sino saber de normas positivas, en las que se expresa la fuerza del poderío estatal; es derecho positivo, es mera legalidad. «El término justo será el equivalente de legal o conforme con el derecho» [101]. De un derecho que es la simple fuerza coactiva del Estado.

Lo que cuenta no es la personalidad humana, por Von Jhering desconocida; ni la libertad, naúfraga en este determinismo misterioso; ni la razón, limitada a certificar los resultados de las pugnas de los egoísmos; ni la lógica, porque la única lógica es la victoria de la fuerza. Lo que cuenta es la vida y los saberes del Derecho se circunscriben a conocer la mecánica de las fuerzas en que la vida cuaja, el giro de su desarrollo en mecánicos equilibrios sucesivos. «Pero por encima del derecho está la vida, y cuando la situación es realmente tal como la suponemos, cuando la crisis política coloca a la sociedad en esta alternativa: el respeto del derecho o el mantenimiento de la existencia, no hay que vacilar; la fuerza debe sacrificar al derecho y salvar la existencia de la nación» [102]. Era retornar al viejo principio de las *Doce Tablas*, a que la salud del pueblo es la suprema ley, al «salus populi suprema lex esto». Pero regresar a los albores de Roma apoyando la vuelta en las ciencias biológicas del siglo XIX, en el evolucionismo darwinista, en el materialismo de las energías mecánicamente equilibradas. Mentira parece que varón de los talentos de Rudolf von Jhering concluyese en tan bestial barbarie, en implantar en los saberes jurídicos «das Prinzip der Bestialität», por repetir las exactísimas palabras del maestro Ernst von Hippel en la *Geschichte der Staatsphilosophie, Historia de la filosofía política* [103]. Pues al cabo los saberes jurídicos no son ni siquiera científicos, son los de las ciencias físicas trasladados perentoria y servilmente a los terrenos del Derecho.

Félix Adolfo Lamas hubiera podido completar su excelente libro *La concordia política* [104] estudiándole por ejemplo de la discordia canonizada para

98. R. von JHERING: *El fin en el derecho*, 181-182.
99. En el volumen *Zur Effektivität des Rechts*. Düsseldorf, Bertelsmann, 1972, pág. 54.
100. R. von JHERING: *El fin en el derecho*, 258.
101. R. von JHERING: *El fin en el derecho*, 179.
102. R. von JHERING: *El fin en el derecho*, 126.
103. Maisenheim am Glan, Anton Hain, dos tomos. Cita al II (1957), 284.
104. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975.

hontanar de los saberes del Derecho. Porque el finalismo de Von Jhering no es el fin lógico de raigambres éticas descrito por Bernardino Montejano en *Los fines del derecho* [105]; es el finalismo brutal de los instintos, no encauzado ni disciplinado por la razón en saberes jurídicos filosóficos. Sino abandonado a la resultante de las fuerzas que chocan entre sí. El positivismo sociológico alumbra en Von Jhering el parto de un saber jurídico carente de criterios, que es un saber de los egoísmos del animal humano en su prístina cualidad animalesca.

Rectificó esa barbarie biologizante un discípulo suyo, Adolf Josef Matheus Merkel, penalista relevante, que se avecina a las cuestiones de la filosofía jurídica en *Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur positiven Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Theil derselben, Sobre las relaciones de la filosofía del derecho con la ciencia del derecho y con la parte general de ella* [106], estudio calificado de programa mayor del positivismo jurídico alemán por Walter Schönfeld en *Fundamento de la ciencia del derecho* [107], de valía y repercusión análoga al que lanzó en 1814 Von Savigny alzando la bandera de la escuela histórica. Y no porque Adolf Merkel rehuya el monismo del hecho, ni siquiera el planteamiento naturalista de su maestro; ni deje de presentar los saberes jurídicos como parejos a los de las ciencias naturales. Sino porque centra su ataque en revelar toda especie de saberes filosóficos, tanto los jusnaturalistas cuanto los de la que definió metafísica de la escuela histórica, arrancando de una consideración del hombre menos animalesca que la de Von Jhering, más ceñida al pensamiento antropológico de Augusto Comte y de los utilitaristas ingleses. Merkel completa la idea de la evolución en modo que, sin exceder al monismo biológico, hácele accesible a valores diversos en un relativismo ciertamente positivista que le permite sustituir los saberes de la filosofía del Derecho por los de la teoría general positivista del Derecho, manera de enfocar los saberes científicos por él puesta de moda en la Alemania bismarckiana.

Rudolf von Jhering inicia y Adolf Merkel consolida la línea del positivismo de contenidos sociológicos, juntamente con la superación del positivismo formalista en Alemania. No es menester de este *Tratado*, por no ser historia del pensamiento jurídico y sí simple caracterización de los saberes del Derecho, referir la inacabable lista de escritores orientados en esa dirección. Baste considerar dos rasgos que puedan servir de referencia: el positivismo psicológico de Bierling y los grupos habidos por teóricos de la jurisprudencia de intereses.

Ernst Rudolf Bierling (1841-1919) profundiza en el sentido señalado por Adolf Merkel y busca en la psicología estricta del ser humano la fuente de los saberes del Derecho. A primera vista parece avecinarse a la línea formalista por cuanto el problema planteado como arranque de su *Juristische Prinzipienlehre, Teoría de los principios del derecho*, es el de encontrar un concepto general en la acepción de la lógica formal a través de la reducción de los derechos positivos singulares a conceptos más genéricos, en los cuales no perduran ninguna de las notas particulares de los derechos considerados. Pero la conclusión da en referir el Derecho a la realidad social según la psicología humana, mediante el reconocimiento prestado por los sujetos

105. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1967.

106. En la Grünhuts *Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, I, II (1874), 1 ss. y 292 y ss.

107. W. Schönfeld: *Grundlage der Rechtswissenschaft*, 511.

componentes de una sociedad. La lógica desaparece, bien que la tomara por método de trabajo, cuando es el elemento del reconocimiento lo que determina los saberes del Derecho, al escribir que Derecho es todo aquello que los hombres que conviven en una comunidad cualquiera reconocen mutuamente como norma y regla para esta convivencia; «Recht in juristischen Sinne ist im allgemeinen alles was Menschen, die in irgend welcher Gemeinschaft mitcinander leben, als Norm und Regel dieses Zusammenlebens wechselseitig anerkennen» [108]. Tanto más que introduce por básico el fin del Derecho al modo del segundo Von Jhering [109] y que el reconocimiento aflora en la situación psicológica de un respeto duradero y habitual, de un «habituelle, dauernde Respektieren» [110]. Por lo cual, si valora sin ataques a los modos de las construcciones jurídicas elaboradas por los secuaces del formalismo positivista sobre la pauta del primer Von Jhering [111], pone extrema cura en precisar que en la consideración de las normas no pueden darse por excluidos los intereses en que las normas se fundan, «liegende Interessen» [112], tomados por criterio de los saberes jurídicos en una actitud que coloca a Ernst Rudolf Bierling en la dirección del positivismo sociológico del Derecho.

Simplemente científica, sin tampoco concesión para los saberes filosóficos del Derecho, es la concepción representada por la denominada jurisprudencia de intereses, nombre inventado por Philipp von Heck en su artículo *Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue, Jurisprudencia de intereses y fidelidad a la ley*, fechado el 12 de diciembre de 1905 [113], para designar la tendencia de incorporar las relaciones sociales de la vida fraguadas en intereses al Derecho, no porque el Derecho baje a aplicarse a la realidad, sino porque es esta efectiva realidad vivida la que servirá de fundamento a lo jurídico. Tendencia inaugurada por el mismo Von Heck años atrás, ya desde 1889 en su escrito de habilitación profesoral sobre *La avería gruesa, Das Recht der grossen Haverei*, y en la recensión del mismo título de la tesis doctoral de O. Fellner *Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere, La naturaleza jurídica del título nominativo al portador* [114], de 1890, así como en el estudio *Die Lebensversicherung zugunsten Dritter, eine Schenkung auf den Todefall, El seguro de vida a favor de tercero, una donación testamentaria* [115]; donde ya apunta con aplicación a ejemplos concretos las tesis que luego desarrollará en sus escritos principales posteriores. Y aún cabría remontarse a numerosos precedentes, amén de los reseñados rápidamente en la presente glosa; Johann Edelmann en *Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz, El desarrollo de la jurisprudencia de intereses*, ha enumerado luenga lista de antecesores [116], aunque muchos de ellos bastante discutibles. En 1912, a la cabeza de *Das Problem der Rechtsgewinnung, El problema de la elaboración del derecho*, Von Heck aludió a Rudolf von Jhering como cabal antecesor [117] y Helmut Coing en *Benthams Bedeutung für die Entwicklung der Interessenjurisprudenz, Significación de Bentham para el desarrollo de la jurispru-*

108. Aalen, Scientia Verlag, cinco tomos. Cita al I (1961), 19.
109. ERNST RUDOLF BIERLING: *Juristische Prinzipienlehre*, I, 43-44.
110. E. R. BIERLING: *Juristische Prinzipienlehre*, I, 43.
111. E. R. BIERLING: *Juristische Principienlehre*, V (1961), 105.
112. E. R. BIERLING: *Juristische Prinzipienlehre*, 1, 106.
113. En *Deutsche Juristenzeitung*, X (1905), 1139.
114. En la *Zeitschrift des Handelsrechts*, XXXVII (1890), 277 ss.
115. En el *Archiv für bürgerlichen Recht*, IV (1890), 17 ss.
116. Bad Homburg von der Höhe, Verlag Gehlen, 1967, págs. 15-67.
117. Cito por la edición en Bad Homburg von der Höhe, Verlag Gehlen, 1968, pág. 9.

dencia de intereses, ha argumentado los parecidos entre los respectivos conceptos del interés jurídicamente considerado [118].

La jurisprudencia de intereses afina el finalismo de Von Jhering en el sentido de buscar ese fin creador del Derecho en los intereses de la vida real, esto es en las fuerzas sociales en presencia. Desde la voluntad del legislador como hontanar de los saberes jurídicos sáltase a las tensiones efectivas existentes en la sociedad, de las cuales el legislador debe ser simple mediador que las recoja y ordene. Nace la ley de la vida real y no de la decisión del legislador. Claro es que se presenta como mandato imperado, mas son dictadas para la vida que se vive, o sea para regular intereses. La tarea de la ciencia está en transformar esos intereses en conceptos jurídicos, transformándolos principalmente por el modo de agruparlos clasificándolos. Por la clasificación los intereses pasan a ser conceptos jurídicos generales, desde los cuales es dable construir conceptos nuevos en un proceso inacabable en el cual radica la vitalidad progresiva de la ciencia del Derecho. De donde que los saberes sean científicos en la proporción en que elevan al plano de la ciencia los conflictos de los intereses. En *Interessenjurisprudenz, Jurisprudencia de intereses*, apuntaba Philipp von Heck en 1932 que «the Jurisprudence of interests in a narrower sense may be defined as that form of modern legal thinking wich places special emphasis on the above mentioned maxim of analysis of interests or theory of conflicts» [119]; en su sentido estricto la jurisprudencia de intereses puede ser definida como aquella forma del pensamiento jurídico moderno que subraya de manera especial la máxima del análisis de los intereses, o sea, la teoría de los conflictos.

Lo cual lleva aparejado prescindir de los saberes filosóficos del Derecho. Philipp von Heck no los anota para nada. La ciencia por él perfilada como doctrina de los saberes jurídicos es análoga a la química, cuya labor consiste en formular teorías de los átomos después de haber fragmentado a los cuerpos en átomos y aun en partículas más pequeñas todavía, avanzando parejamente a la mayor eficacia en la división de los cuerpos en partículas cada vez más menudas [120]; o a la medicina, ciencia práctica indagadora de los datos reales de la vida en el jugoso apéndice al *Grundriss des Schuldrechts, Elementos del derecho de obligación* [121].

Los dos temas objeto de esta ciencia jurídica serán: primero, el de la elaboración de las normas, el que llama problema normativo o «Normierungsprobleme», consistente en la actividad del investigador analizando los conflictos de intereses para preparar la aplicación y completamiento de las normas autoritariamente impuestas; segundo, la ordenación, nunca caprichosa, desde el punto de mira de la extraordinaria multiplicidad de la vida y del Derecho, «in der Herstellung eine Uebersicht über die ungeheure Mannigfaltigkeit des Lebens und des Rechts». Es el problema que Von Heck designa como el de la formulación, el «Probleme der Formulierung» [122].

Es que en el Derecho existen dos caras: la de la imperatividad de la norma y la de los intereses en pugna; aquélla es el lado del mandato, ésta

118. En el *Archiv für Recht- und Sozialphilosophie*, LIV (1968), 81-82.
119. Cito por la versión inglesa bajo el título *Jurisprudence of Interests*, que ocupa las páginas 21-48 del volumen *The Jurisprudence of interests*. Cambridge-Massachusetts, Harvard University press, 1948. Cita a la pág. 32.
120. PHILIPP von HECK: *The Jurisprudence of interest*, 36.
121. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1929, pág. 471.
122. Ibídem.

es la función eficaz para la vida de la comunidad, pues que protege los intereses de ella y de sus miembros. La primera será la fisiología, la segunda la medicina, en la comparación que a Von Heck place [123].

Es, por tanto, saber de índole positivista, no coincidiendo yo con la por lo demás aguda a fuer de suya opinión de Alfonso Cossío en *Jurisprudencia conceptual y jurisprudencia de intereses* de que el esfuerzo por completar los preceptos con juicios valoradores permita dejarla en un realismo «sobre unos principios filosóficos que le salven del grave peligro que su degeneración en un mero positivismo jurídico pudiera implicar» [124]; porque el repudio de factores filosóficos es cabalmente una de las notas por Von Heck reiteradamente indicadas. No es filosofía del Derecho, dice rotundamente en la *Jurisprudencia de intereses* [125]. No es ni siquiera ciencia teórica, sino práctica, confirmó en 1931 en *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Formación de conceptos y jurisprudencia de intereses* [126]; tan práctica que casi baja a estricta técnica, dado es la ciencia definidora del Derecho, respecto a la cual las doctrinas teóricas ofrecen solamente un saber de ciencias auxiliares y apenas previas: «die juristischen Vorwissenschaften verhalten sich z. T. zu den Endstadium der praktischen Rechtswissenschaft wie Physik und Chemie zu den technischen Wissenschaften» [127]; las ciencias jurídicas previas se relacionan al estadio final de la ciencia práctica del Derecho como la física y la química a las ciencias técnicas.

Es que para la jurisprudencia de intereses lo que cuenta es la norma como aplicación en atención a los intereses de la vida, no en cuanto mandato, cuestión sujeta a la investigación histórica y por tanto extraña a la problemática que le es propia, cual puntualiza en *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Interpretación de la ley y jurisprudencia de intereses* [128]; no se trata de aclarar principios teóricos, aunque sean científicos, sino de cometido harto más inferior: las consecuencias de la aplicación de la norma [129]. La ciencia del Derecho, al ser ciencia práctica tal como entiende a la ciencia práctica la jurisprudencia de intereses, es saber casi más técnico que científico, saber de jueces mejor que saber de elevados estudiosos del Derecho.

Bien lo prueba su parecido con la escuela del derecho libre y como cabalmente una de las tareas más dificultosas por Philipp von Heck acometidas fue la de discernir con claridad la divergencia entre ambas corrientes. Con meridiana claridad Alfonso de Cossío ha trazado el balance de las analogías y diferencias. Coinciden escuela libre del derecho y jurisprudencia de intereses en rechazar al método formalista lógico, en negar la plenitud del ordenamiento jurídico, en adjudicar misión ordenadora a la práctica o técnica judicial y en recalcar el finalismo del Derecho; pero difieren en que la jurisprudencia de intereses no admite la capacidad legisladora del juez para dictar normas jurídicas [130]; esto es, diría yo, convergen en rechazar a la jurisprudencia de conceptos, pero divergen en la mayor moderación de la

123. PHILIPP von HECK: *Grundriss des Schuldrechts*, 472.
124. En la *Revista general de legislación y jurisprudencia*, CLXXIV (1943), 463-477. Cita a la pág. 476.
125. PH. von HECK: *The jurisprudence of interests*, 31.
126. Bad Homburg von der Höhe, Verlag Gehlen, 1968, págs. 146-147.
127. PH. von HECK: *Begriffshildung und Interessenjurisprudenz*, 148.
128. Bad Homburg von der Höhe, Verlag Gehlen, 1968, pág. 68.
129. PH. von HECK: *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, 86.
130. ALFONSO DE COSSÍO: *Jurisprudencia conceptual y jurisprudencia de intereses*, 471.

jurisprudencia de intereses, que trae los saberes científicos al plano de los técnicos, pero que repugna confundir los saberes científicos con la técnica de jueces y de magistrados. Cual ha escrito bellamente Jerónimo González en *La escuela de Tubinga* «la jurisprudencia de intereses debe sus desarrollos a la tenaz labor de dos profesores que, deseosos de liberar al juez de la tiranía de los conceptos y de empujarle por los espléndidos campos de la vida social, se alistaron en las filas del modernismo judicial paralelamente al llamado movimiento del derecho libre; pero temerosos de los abismos que los anárquicos estusiasmos abrían a sus pies, anclaron su doctrina en la roca de la ley y buscaron en su inspiración y finalidad un criterio objetivo» [131]. Que es lo mismo que expresó Wilhelm Sauer en *System der Rechts- und Sozialphilosophie, Sistema de filosofía jurídica y social*, al tasarla de debilitamiento o «Abschwächung» de las más radicales maneras de la escuela del derecho libre [132].

La objetividad buscada en el texto legal es lo que da a la jurisprudencia de intereses carácter científico, librándola de despeñarse en el abismo técnico de la escuela del derecho libre. Motivo por el que jamás repele a la necesidad de un trabajo científico, que es nota típica según Jerónimo González en su *Jurisprudencia de intereses* [133]. Pero buscar la objetividad en la ley supone el contrasentido de desdibujar la apreciación de los intereses como hontanar de los saberes jurídicos; verdad es que la contradicción se salva al distinguir en la norma una faceta de mandato y otra faceta de intereses sociales; pero ni aun así evítase la sospecha de contravenir a la tesis fundamental. En todo caso, y admitiendo que los talentos de Philipp von Heck realicen el milagro de navegar por los estrechos sicilianos de su temática sin chocar con Charibdis ni con Scilla, resta por conclusión que la jurisprudencia de intereses expresa solamente saberes científicos del Derecho, excluyendo los saberes filosóficos; y aun opera con aquellos saberes científicos de modo tan rastrero y alejado de la ciencia jurídica más noble, que corre el peligro de rebajarlos a saberes técnicos de jueces. Que el ojo avizor de Von Heck lo impida no obsta a la calificación de ver en los saberes del Derecho saberes científicos de menor enjundia, los de esa ciencia jurídica práctica por Von Heck presentada por distante de la verdadera ciencia teórica del Derecho.

Tránsfuga de la escuela del derecho libre fue asimismo Eugen Ehrlich (1862-1922), nacido en Czernowitz, en la Bucovina del Imperio austrohúngaro, conocedor de numerosas lenguas y usos comparados gracias al número de idiomas manejados [134], quien en su libro cardinal *Grundlegung der Rechtssoziologie, Fundamento de la sociología del derecho* [135], de 1913, cierra en el mundo germánico la línea del positivismo sociológico en la culminación de un tipo de saberes nuevos, los atañentes a la sociología jurídica. Pudiendo decirse que es en la línea del positivismo sociológico lo que fuera Hans Kelsen en la dirección del positivismo formalista: quien concluye una problemática enderezándola por senderos nuevos. Es la impresión que deduce quien lea el estudio comparativo entre ambos llevado a cabo por Manfred

131. En la *Revista crítica de derecho inmobiliario*, XI (1935), 561-575. Cita a la pág. 561.
132. Segunda edición, Basel, Verlag für Recht und Gesellschaft, 1949, pág. 456.
133. En la *Revista crítica de derecho inmobiliario*, XI (1935), 408-421. Cita a la pág. 421.
134. Manejó hasta once idiomas, entre ellos el castellano, enumerados por MANFRED REHBINDER, en *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*. Berlín, Duncker und Humblot, 1967, pág. 14.
135. Tercera edición. Berlín, Duncker und Humblot, 1967.

Rehbinder en *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich, La fundación de la sociología jurídica por Eugenio Ehrlich* [136].

Fundador de la escuela del derecho libre en sus escritos *Über Lücken im Rechte, Sobre las lagunas en el derecho,* de 1888 [137] y en la conferencia pronunciada el 4 de marzo de 1903 en la Sociedad jurídica de Viena bajo el título de *Frei Rechtsfindung und frei Rechtswissenschaft, Libre hallazgo del derecho y ciencia libre del derecho* [138], moderó sus extremismos a partir de 1910, como puede verse en los matices que perfila en *Die Erforchung des lebenden Rechts, La investigación del derecho vivo,* de 1911 [139], para cuajar en la fijación de una sociología jurídica, fruto el más sazonado de la línea de pensamiento considerada en la presente glosa.

En el *Fundamento de la sociología del derecho* Eugen Ehrlich contempla los aspectos del saber jurídico desde la diversificación entre el conocimiento teórico y el conocimiento práctico. Tomando por modelo el cambio que había tenido lugar en los saberes naturales y técnicos, pretende encontrar parecida mudanza en el estudio de los problemas jurídicos. En medicina, al viejo doctor que abandonaba la universidad para tratar a los enfermos sin otro aparejo que larga serie de recetas aprendidas de memoria, ha sucedido el investigador de las enfermedades, al par médico y naturalista. En ingeniería, el físico conocedor de las leyes que vinculan a los cuerpos, ha suplantado al simple mecánico apenas se ha lucrado de cultura superior a la que precisaba la reparación de una maquinaria estropeada. Igualmente en Derecho será preciso distinguir al científico del Derecho del técnico practicón separando la «Rechtswissenschaft» o ciencia del Derecho de la «praktische Rechtslehre», de la «praktische Jurisprudenz», de la teoría práctica del Derecho, de la jurisprudencia práctica. A la ciencia del Derecho propiamente tal corresponderá el conocimiento puro de lo jurídico, estudio que no se agota en la intelección de las palabras de la ley, pero que es el estudio de los hechos en los que el Derecho se realiza. «Mit dieser Scheidung ist aber die selbständige Wissenschaft vom Rechte begründet, die nicht praktischen Zwecken dienen will, sondern der reinen Erkenntnis, die nicht von Worten handelt, sondern von Tatsachen» [140]. Con cuya separación se funda la ciencia autónoma del Derecho, que no sirve fines prácticos, sino el conocimiento puro; que no trata con palabras, sino con hechos. Con lo cual se enfrenta declaradamente contra la jurisprudencia de conceptos atenta a los vocablos, pero también se aleja de la jurisprudencia finalista sustantada por Von Jhering y sus seguidores.

El saber del Derecho es de esta guisa saber científico, superior al técnico. Y no es que Ehrlich menosprecie la importancia de la técnica jurídica; cree que la técnica práctica es un estadio previo y necesario para la elaboración de las construcciones jurídicas. Comparando a la ciencia del Derecho con la botánica, adjudica a la técnica el papel de preparadora de las ciencias farmacéuticas que supuso el conocimiento de las hierbas por los

136. M. REHBINDER: *Die Begründung,* 108-112.

137. En las *Juristische Blätter* de 1888, págs. 447-630. Reproducido en las págs. 80-169 del volumen *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre.* Berlín, Duncker und Humblot, 1967.

138. Leipzig, C. L. Hirshfeld, 1903. En *Recht und Leben,* 170-202.

139. En el *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reich,* XXXV (1911), 129-147.

140. EUGEN EHRLICH: *Grundlegung der Soziologie des Rechts,* 1.

botánicos de antaño [141]. Si bien saber practicón del Derecho, la jurisprudencia aspira a ascender a saber científico.

Metodológicamente, y salvo en determinadas parcelas de la teoría del Estado, la jurisprudencia ha de proceder por caminos deductivos, partiendo de conceptos jurídicos generales, toda vez que su misión consiste precisamente en medir a las realidades con tales conceptos previos o normas. De suerte que el jurista no considera por materia del saber jurídico al Derecho que se vive, sino al aparato de normas legales aplicadas por los tribunales. Una cosa es el Derecho como regla y otra bien distinta el Derecho como vida [142]. Y la tragedia de la ciencia jurídica radica en que hasta ahora se ha circunscrito al primero, ignorando de antemano lo que es la efectividad del Derecho, aquello que en la sociedad es Derecho.

La asunción de la ciencia del Derecho como sociología del Derecho evitará semejantes yerros; por lo cual Eugen Ehrlich insiste en la perentoria necesidad de esta disciplina nueva, que encarnará a su vez lo que en lo sucesivo deberá ser la ciencia jurídica. La sociedad será orden autónomo respecto del Estado; orden autónomo de realidades jurídicas manifestado en los hechos y no en las meras normas. La fórmula de Ehrlich es prescindir de las normas en sí, teniendo solamente en cuenta su efectividad sobre la conducta de los hombres en la vida social: «nur die Tatsache, nicht die Rechtssätze» [143].

La nueva ciencia del Derecho estará basada, en consecuencia, en los documentos, en las relaciones efectivas de poder o de propiedad, en las declaraciones de voluntad, en los contratos o en los testamentos, con preferencia a las reglas legales vigentes. Puede haber derecho sin normas jurídicas, porque la sociedad tuvo derecho antes de que existieran normas, declara en *La sociologia dl diritto, La sociología del derecho* [144]. De suerte que, dando de lado al método deductivo que quedaría para una posible filosofía del Derecho, se emplee la observación. La ley sería otro hecho más o considerar, mas no el único; a su vera habrían de tomarse en cuenta las conclusiones emanadas de la experiencia práctica de la jurisprudencia, que es tema de la técnica jurídica; la cual viene a diferenciarse de la ciencia del Derecho por Ehrlich concebida como sociología del Derecho en que la ciencia jurídica emprende la función sociológica de construir una morfología de las conformaciones jurídicas de la vida social, «eine Morphologie der rechtlichen Gestaltungen des gesellschaftlichen Lebens» [145].

Así queda la ciencia del Derecho como saber sistemático sociológico, independiente de la filosofía, de la técnica y de la antigua teoría general del Derecho. Si la filosofía jurídica predominante en su tiempo, en 1913 en que escribe el *Fundamento*, era el formalismo neokantiano o el neopositivismo, no le importa; la ciencia sociológica del Derecho nada tendrá que ver con ningún saber filosófico, sea el que fuere, pues no se resigna a quedarse en construcciones que no pendan de la realidad de los contenidos de la vida social. «Nicht formalistische Abstraktionen der rationalen Rechtswissenschaften, sondern ihren lebendigen Inhalt soll sie darstellen» [146]; debe exponer el conte-

141. E. EHRLICH: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 3.
142. E. EHRLICH: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 6.
143. E. EHRLICH: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 155.
144. En la *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, I (1921), 96-110. Cita a la pág. 98.
145. E. EHRLICH: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 385.
146. E. EHRLICH: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 388.

nido vivo, no las abstracciones formalistas de las ciencias racionales del Derecho. El derecho vivido: he ahí el argumento de la ciencia del Derecho, ahora transformada en sociología del Derecho. Porque «das lebende Recht ist das nicht in Rechtssätzen festgelegte Recht, das aber doch das Leben Beherrscht» [147]. Aunque las normas legales dominan a la vida, el Derecho se halla fuera de las normas, las cuales han de entenderse en la proporción en que se corresponden con la vida.

Entre la técnica de la aplicación del Derecho y la teoría formalista de las normas, la ciencia sociológica del Derecho es la ciencia del derecho vivo y vivido, único derecho verdadero para Eugen Ehrlich. No hay saberes filosóficos del Derecho, ni nada recuerda al derecho natural. Aunque en verdad la remisión de lo jurídico a lo vivo parece apuntar, siquier sin muy claras intenciones, a una estructura social autónoma e independiente, nuevo rasgo que la aparta del estatalismo del positivismo sociológico y con las debidas salvedades evoca la doctrina de la naturaleza de las cosas. Enfrentada con el positivismo formalista y desasida en grandes maneras del positivismo finalista, la ciencia del Derecho en Eugenio Ehrlich consta de saberes científicos, no filosóficos ni técnicos; es realista y en su realismo implica romper los moldes de la jurisprudencia de intereses en el nacimiento de una ciencia nueva, de la ciencia del Derecho como sociología del Derecho.

147. E. EHRLICH: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 399.

29. *El retorno de los saberes filosóficos del Derecho en Alemania*

Con la sublimación exclusiva de los saberes científicos del Derecho, el positivismo termina por la canonización de los hechos, por la reconducción de la norma a la fuerza, por la barbarie en suma, porque la carencia de conceptos independientes de lo justo troca siempre al Derecho en escueta fórmula de conveniencia, en choque de poderes encontrados donde es la fuerza quien dirige con menosprecio de lo que la justicia tiene, al dar a cada uno lo suyo, de bastión de la libertad sin que los poderosos avasallen a los débiles. A lo cual se debe que la inapagable sed del hombre por lo verdaderamente justo deslizase elementos jusnaturalistas, siquier escondida y vergonzantemente, en el seno de las doctrinas del positivismo más extremo; es la inconfesada pero patente realidad de que los únicos saberes auténticos del Derecho son los saberes filosóficos, pues son los únicos que satisfacen las ansias del corazón humano. Como recuerda Heinrich Rommen en *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts, El eterno retorno del derecho natural*, ya en 1885 K. Bergbohm llegó a esta conclusión tan peregrina tras caminar por los más áridos páramos del positivismo jurídico; lo cual suponía fracaso en el empeño de anular despiadadamente a los saberes filosóficos, tan cegador en tantas luminosas mentes del siglo XIX en Alemania. El derecho natural, mejor dicho los saberes filosóficos del Derecho, renacía entre las cenizas en que se le había cien veces quemado, bajo los más variados pretextos y oculto detrás de los disfraces más extraños; agregando Heinrich Rommen que el espectáculo perduraba en los tiempos en que él escribía, al doblar del primer tercio del siglo XX [1].

Mas no bastaba con la escondida, disimulada perseverancia de los saberes filosóficos al socaire de disculpas o de equívocos. En la Alemania de finales del siglo XIX mentes lúcidas enhebrarán la insatisfacción engendrada por los mediocres horizontes cientificistas del positivismo para procurar sistemáticas en las cuales los saberes filosóficos del hombre recobren la potencia debida. Claro es que la hostilidad manifestada hacia los auténticos saberes filosófico-jurídicos, los de la tradición occidental grecocristiana y especialmente de la católica, obstaculizarán las más diestras intenciones. El primer equívoco estuvo en las muchas veces deliberada ignorancia del pensamiento católico, único con contenido robusto para fundamentar la vuelta a los saberes filosóficos del Derecho. Lo que se consideraba como derecho natural era el jusnaturalismo protestante que arranca desde Grocio o al jusracionalismo que culmina en Kant; de ahí que el retorno al derecho natural resulte regreso a Kant y no a Santo Tomás, siendo así que el jusracionalismo kantiano adolecía de

1. Cito por la versión castellana. México, Jus, 1950, pág. 119.

las contradicciones y caía en los equívocos reseñados en la glosa 22.ª. Pero es que el horizonte cultural germano andaba impregnado de protestantismo y es el caso que el protestantismo ignoraba, a causa de sus quebradas premisas teológicas, el entero saber filosófico del Derecho que es el derecho natural católico en la línea tomista proseguida por los clásicos de las Españas. Lo ha reconocido calvinista de tanta enjundia como Emil Brunner al encabezar su *Gerechtigkeit. Eine Lehre von den Grundgesetzen des Gesellschaftsordnung, La justicia. Teoría de las leyes fundamentales del orden social,* al confesar que «mientras la Iglesia Católica, a través de una secular tradición creadora, posee un imponente sistema doctrinal de la justicia, en cambio el protestantismo, desde hace más de trescientos años, ya no tiene tal doctrina» [2]; motivo por el cual la Iglesia protestante es «tan insegura» en las cuestiones jurídicas, sociales y polémicas [3]. Claro es que Emil Brunner, a fuer de protestante consecuente, trata de salvar del desafuero a los protagonistas de la Reforma luterana, achacando la desviación a Hugo Grocio y sucesores.

De cuya circunstancia resulta que el regreso a los saberes filosóficos del Derecho pase por dos etapas. La primera enlazar con el derecho natural protestante y con su secuela el jusracionalismo, especialmente en la versión kantiana; tal es lo que supone la obra de Rudolf Stammler, de Leonard Nelson y de la escuela de Baden, patente en el primer Gustav Radbruch. La segunda, marcada por el segundo momento del pensamiento de Gustav Radbruch, es la remisión a la doctrina de la naturaleza de las cosas, que prácticamente coincide con la reafirmación del solo saber filosófico digno de tal nombre: de los saberes filosóficos del catolicismo, ya en aquellos tiempos enhiestos en Alemania por pensadores de la talla de Víctor Cathrein. Las consideraciones de esta glosa tienen, por tanto, que ser parceladas en tres planos sucesivos: la vuelta a Kant, por mano de Stammler y de Nelson; la formulación relativista de los valores con la primera postura de Radbruch; y el arrepentimiento de éste, desengañado de las consecuencias de un relativismo justificador ni más ni menos que el positivismo de las demasías totalitarias, con el acercamiento al permanente derecho natural católico, al verdadero e invariable saber filosófico del Derecho. Veámoslas sucesivamente.

Obedeciendo a la llamada de la vuelta a Kant, al «Zurück zu Kant» clamada por Ruf Otto Liebmann en 1865, Rudolf Stammler (1856-1938) es kantiano en la versión de la escuela de Marburgo, esto es sometiendo la realidad al pensamiento, dado que estimábase obra el entendimiento más como creador que como ordenador de las percepciones recibidas por la vía de los sentidos. Para advenir a su sistemática definitiva recorrió largo camino en el que fue analizando los sistemas más en boga para del choque doctrinal con ellos ir perfilando las posiciones propias. Antes que nada, en plena juventud, sometió a concienzudo análisis a la escuela histórica del Derecho, dando a luz en 1888 *Über die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie, Sobre el método de la escuela histórica del derecho* [4]; más tarde desmenuzó doctrinalmente el marxismo en 1896 en *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung. Eine sozialphilosophische Untersuchung, Economía y derecho según la concepción materialista de la historia. Una indagación filosófico-*

2. Cito por la traducción castellana. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1961, pág. 5.

3. Ibídem.

4. En *Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge,* Charlottenburg, Pan-Verlag Roll Heise, 1925. Dos tomos. Cita al I, 1-40.

social[5]. Dos diálogos intelectuales repletos de serias meditaciones, a lo largo de las cuales fue alumbrando las razones y los modos que explican la necesidad de postular el retorno a los saberes jurídicos sobre los rieles del Kant interpretado por Cohen y por Natorp.

Tal como Kant había discernido en la explicación de los fenómenos físicos la forma ordenadora del contenido aportado por la materia, Stammler va a aplicar esta distinción por Kant planteada en la filosofía general a la aclaración del Derecho. El inicial punto de vista stammleriano es que la forma debería ejercer en la determinación del concepto del Derecho idéntico papel al que en la filosofía general kantiana ejerce la forma del fenómeno sobre su materia.

Lo que acontece es que el programa así proyectado caía por irrealizable, dado que el mundo del Derecho consta de una materia dispar de la que se da en los fenómenos físicos. La salida veníale abierta por la orientación de la escuela de Marburgo en el sentido de reducir la especulación filosófica a su lado lógico y formal, o sea al planteamiento metodológico. La contestación a aquel obstáculo suscitado por la disparidad entre la materia de las fuerzas naturales que es el ser físico y la materia de los problemas jurídicos que es el deber-ser de una norma, será en averiguar las condiciones lógicas propias de las experiencias respectivamente aportadas por materiales tan distintos. La calidad especial normativa de los datos experimentales del Derecho implica ya desde el inicio que el saber jurídico es dispar del saber atañente a las cosas naturales. Si a ello añadimos que, siempre pisando los pasos de Hermann Cohen, el pensamiento prevalece sobre la sensibilidad, resultará comprensible que los saberes jurídicos sean para Stammles unos saberes de índole peculiar, consistente en que son saberes finalistas.

Lo típico de los saberes jurídicos reside en que no se rigen por leyes causales de forzoso enlace entre la causa y el efecto, sino con arreglo a fines. Ya desde 1896 esta noción es la clave de su doctrina de los saberes del Derecho. «Die Rechtsordnung ist ein Mittel im Dienste menschlicher Zwecke», escribe en el parágrafo 99 de *Economía y derecho*[6]; el ordenamiento jurídico es un medio al servicio de los fines humanos. De donde la divergencia entre los saberes naturales y los saberes jurídicos; que el Derecho no puede ser tomado como objeto en sentido externo, por simple objeto de la naturaleza, ni su conocimiento considerado exclusivamente desde el punto de mira de los conocimientos naturales, porque ineludiblemente reclama ser estimado como medio para la consecución de las humanas finalidades. «Das Recht kann nicht als Gegenstand äusserer Sinne, als blosses Objekt der Natur genommen und ausschliesslich unter dem Gesichtspunkte naturwissenschaftlicher Erkenntnis erörtert werden; es verlangt unvermeidlich dass er als Mittel zu menschlichen Zwecken gewürdigt wird»[7].

La *Theorie der Rechtswissenschaft, Teoría de la ciencia jurídica*, de 1911, está montada sobre la diferencia entre percepciones y fines, entre «Wahrnehmungen» y «Zwecken» como modos del saber, como bases respectivas de las ciencias naturales o «Naturwissenschaften» y de las ciencias finalistas o «Zweckwissenschaften». A la causalidad de las primeras corresponde el finalismo de las segundas, a consecuencia de la particularidad que impedía aplicarlas exactamente la conexión kantiana de la forma con la materia por

5. Manejo la cuarta edición. Berlín und Leipzig, Vereinigung Wissenschaftlicher Verleger, 1921.
6. R. STAMMLER: *Wirtschaft und Recht*, 551.
7. Ibídem.

Kant argumentada en la filosofía general para las cosas naturales. Lo que en los saberes naturales es la conexión del efecto con la causa, es en las ciencias jurídicas normativas según el deber-ser la aplicación de la voluntad a un fin. Pues el Derecho sólo se funda teleológicamente y según su fin ha de tratarse: «dass rechtliche Fragen ausschliesslich teleologisch zu behandeln seien» [8]. Claro es que no todos los fines son jurídicos, porque no solamente el Derecho liga u orienta a la conducta humana; es el Derecho uno entre los motores de la conducta, una clase especial entre los variados fines, «eine bestimmte Art der Zwecksetzung» [9].

En la sistemática redacción que es el *Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Manual de filosofía del derecho,* la contraposición perdura. Las percepciones de objetos externos ordenadas según conexiones causales o dinámicas es un modo del saber dispar a la asunción del contenido de la conciencia con arreglo a una mira finalista o teleológica [10], el Derecho es un modo de querer un fin y no un objeto de la naturaleza; no un cuerpo, «kein Körper» [11].

No quiso decir con ello Stammler que el fin crea al Derecho. La noción del fin existía en los sistemas coetáneos, pero con alcance diferente. Como se vio en la glosa 28.ª, en Rudolf Jhering el fin sí crea al Derecho, de acuerdo con el primado positivista y sociológico del hecho como origen de lo jurídico; es precisamente lo que iguala a la metafísica social de Kant con el individualismo de Bentham. En el extremo opuesto, el teologismo de Luigi Taparelli d'Azeglio, de raíz aristotélica, en el derecho natural católico del XIX, fundaba al Derecho en su fin en el *Corso elementare del naturale diritto, Curso elemental del derecho natural,* según han puesto de relieve A. Boistel en el *Cours de philosophie du droit, Curso de filosofía del derecho* [12], y Marcel Prélot en *Taparelli d'Azeglio et la renaissance du droit naturel au XIXe siècle, Taparelli d'Azeglio y el renacimiento del derecho natural en el siglo XIX* [13]; pero el engarce del Derecho con el fin es en el jusnaturalismo relación de contenidos, mientras que para Stammler la relación es lógica, a causa de que su intento primordial fue el de depurar todo saber de factores externos, a tenor de la concepción del kantismo de la escuela de Marburgo, para la cual el pensamiento es creador activo más que ordenador de percepciones sensibles.

El saber jurídico para Stammler ha de salir de la entraña misma del pensamiento activo, no de la calificación de los datos exteriores. Su concepto del Derecho será estrictamente lógico. La ciencia de los saberes del Derecho es lógica pura, cuya meta es la formulación de la unidad de las condiciones constantes de lo jurídico, como declara en el estudio *Wesen des Rechts und der Rechtswissenschaft, La esencia del derecho y la ciencia del derecho* [14], de 1913; ser una lógica de la actividad jurídica en la *Teoría de la ciencia del derecho* [15].

Es el derecho un querer, un «Wollen» de índole especial como de es-

8. Halle a. d. S., Buchhandlung des Weisenhauses, 1911, pág. 293.
9. R. STAMMLER: *Theorie der Rechtswissenschaft,* 72.
10. Cito por la tercera edición. Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter und Co., 1928, pág. 57.
11. R. STAMMLER: *Lehrbuch der Rechtsphilosophie,* 67.
12. Paris, Fontemoing, 1899, dos tomos. Cita al I, 122.
13. En el volumen *Le droit naturel.* Paris, Presses universitaires de France, 1959, páginas 191-203. Cita a la pág. 198.
14. En *Rechtsphilosophische Abdandlungen und Vorträge,* I, 385-445. Cita a la pág. 387.
15. R. STAMMLER: *Theorie der Rechtswissenschaft,* 62.

posiciones posteriores, ya constructivas y no críticas, la ciencia del Derecho abarcará los saberes formales que son los rasgos permanentes a todas las manifestaciones del derecho positivo. Como señalé antes, al derecho positivo o materia presupone la forma lógica que es la ciencia del Derecho con independencia de la comparación empírica de los rasgos materiales. A la ciencia corresponde el concepto esencial del Derecho, que es formal e independiente del derecho positivo. A la ciencia del Derecho corresponde la función crítica, al derecho positivo el aspecto psicológico, escribía en 1919 en *Recht und Kirche. Betrachtungen zur Lehre von der Gemeinschaft und der Möglichkeit eines Kirchenrechts, Derecho e Iglesia. Observaciones para una teoría de la comunidad y de la posibilidad de un derecho eclesiástico* [27].

Meollo de la ciencia del Derecho, lógica y formal, es la apreciación del querer lógico en su peculiaridad jurídica. Stammler lo va separando pautalinamente de los demás modos del querer, para definirlo como querer entrelazante, autárquico e inviolable, como «das unverletzbar, selbstherrlich verbindende Wollen» [28]. Por lo que tiene de entrelazante se distingue de la moral; por lo que tiene de autárquico se separa de las reglas y usos convencionales; por lo que tiene de inviolable no cae en la arbitrariedad.

Claro es que el derecho positivo abarca ambos aspectos: el de las particularidades concretas y el de la forma que las ayunta; mas la ciencia del Derecho apenas contempla los rasgos formales unidores. Si el derecho positivo es una realidad concreta, la ciencia solamente tiene en cuenta el lado formal de esta realidad. Los saberes científicos del Derecho son para Stammler saberes formales, aunque existan en el derecho positivo, porque la ciencia solamente contempla los aspectos permanentes unidores y comunes a los hechos e instituciones jurídicas, que son siempre formales, según más arriba se indicó. Es que, en definitiva, lo que la ciencia considera es la regla jurídica y ésta es querer vinculante e inviolable por encima de los hechos; el Derecho está en la realidad, pero los rasgos que lo definen están fuera de la realidad, son formas puras del conocimiento, como argumentó con apoyo de citas Antonio S. de Bustamante y Montoro en *Stammler. Ensayo de valoración* [29].

Al lado de este saber científico del Derecho coloca Rudolf Stammler el saber filosófico del Derecho, caracterizado por ocuparse de aquellos conceptos de valor general incondicionado, estén o no presentes en la realidad jurídica. «Unter Rechtsphilosophie verstehen wir die Lehre von dem, was sich in rechtlichen Erörterungen mit unbedingter Allgemeingültigkeit aufstellen lässt» [30]. Lo cual quiere decir que la temática de los saberes jurídicos es doble: la fijación de los conceptos formales con tal que sean posibles y la noción de la justicia. Aunque Stammler se empeñó en separarlos vienen a ser en resumidas cuentas la noción de lo justo, dado que lo justo es el dato universal que expresa el saber filosófico del Derecho más allá de las realidades existentes comprendidas en el saber jurídico científico, asumido por la ciencia jurídica en sus aspectos permanentes y comunes a las manifestaciones del derecho positivo.

La filosofía jurídica de Stammler céntrase en el pensamiento de lo recto,

27. En *Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge*, II, 141-188. Cita a la pág. 178.
28. R. STAMMLER: *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 93.
29. La Habana, Caraza y C.ª, 1931, pág. 68.
30. R. STAMMLER: *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1.

en «der Gedanke der Richtigkeit» en la expresión en el *Manual* [31]. Rectitud o «Richtigkeit» que es también un concepto ordenador. Puede interpretarse de dos maneras: como la adecuada elección de un medio para la consecución de un fin y como el fin último, unitivo, inmanente y absoluto que jamás puede servir de medio para la consecución de otro fin. La primera acepción corresponde a los juicios hipotéticos de Kant, la segunda a los categóricos. Stammler ve la rectitud del Derecho en la acepción segunda; en el primer caso la rectitud es simple principio del querer; solamente en el último puede hablarse de rectitud fundamental y fundadora, de «grunsätzliche Richtigkeit» [32]. El fin que se propone como ultimidad absoluta es el deber; el querer recto final es el deber-ser, el «Sollen» [33]. La concepción de este querer puro es la Idea, que representa la totalidad de todas las vivencias, impresiones e impulsos posibles; en ello se distingue del concepto, que es la determinación unidora de los datos existentes [34]. Tal como la ciencia del Derecho se ocupa del concepto del Derecho, la filosofía del Derecho se ocupa de la Idea del Derecho. Ambas son maneras formales de ordenación de fines de conductas; discrepan en que el concepto del Derecho toca a fines que pueden ser medidos, al paso que la Idea del Derecho expresa el fin absoluto en la armonía de la totalidad de todo lo posible [35]. Por supuesto que la Idea del Derecho es tan formal como el concepto lo era; lo absolutamente recto sólo puede ser formal, porque desde el instante que se propusiere fines de contenidos objetivos, aunque fueran absolutos, sería imposible ordenar según la Idea de la rectitud absoluta a expresiones del querer con contenido material, por fuerza concreto.

La rectitud absoluta, fundamental y fundadora del Derecho, cuajada en el pensamiento de la armonía permanente y absoluta del querer social en todas sus posibilidades, existentes o inexistentes, dadas o no en la realidad, habidas o por haber, es la justicia. La meta de la justicia es la rectitud fundamental de un derecho, alcanzada cuando la idea de la armonía incondicionada se aplica sobre el querer jurídico en su peculiaridad entrelazante: «das Ziel der Gerechtigkeit, das ist: die grundsätzliche Richtigkeit eines Rechts, wird erreicht, wenn die Idee der unbedingten Harmonie auf das rechtliche Wollen in seiner verbindenden Eigenart angewandt wird» [36]. O, en otras palabras, justicia es la rectitud de un querer jurídico particular orientado a la armonía más completa de la vida en común; «Gerechtigkeit ist das Richten eines besonderen rechtlichen Wollens im Sinne vollendeter Harmonie des Zusammenlebens» [37]. El saber filosófico del Derecho es en Stammler la noción de la justicia como fórmula de la más perfecta armonía social.

Por lo cual la idea filosófico-jurídica de la justicia se compadece con el ideal social stammleriano, el cual es el pensamiento de la firme protección de la armonía absoluta del querer social pensable: «das soziale Ideal ist der Gedanke von der steten Bewährung einer absoluten Harmonie des je denkbaren sozialen Wollens» [38]. Lo cual quiere decir que la justicia es un ideal a realizar y que la filosofía del Derecho es, en resumidas cuentas, la

31. R. STAMMLER: *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 171.
32. R. STAMMLER: *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 175.
33. R. STAMMLER: *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 176.
34. R. STAMMLER: *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 179.
35. Ibídem.
36. R. STAMMLER: *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 203.
37. R. STAMMLER: *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 206.
38. R. STAMMLER: *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 204.

teoría ideal de la perfección armónica en la convivencia humana, ideal más allá de las realizaciones de los derechos positivos reales. Un ideal formal, despegado de la realidad, fuente de impulsos para mover la realidad jurídica a la perfección de la armonía social. Es un «erbstrebte Recht», un derecho impulsador en la precisión de Fritz Sander en *Rudolf Stammlers Rechtsbegriff. Eine kritische Untersuchung, El concepto del derecho de Rudolf Stammler. Una indagación crítica*[39]; y nada más. Tal como la ciencia del Derecho afecta al lado formal común de las manifestaciones del derecho positivo, la filosofía del Derecho es la visión de la justicia como ideal social. El saber científico del Derecho es así saber apegado al derecho positivo, el saber filosófico del Derecho es el programa infinito e irrealizable jamás de una quimera inalcanzable, pero desde la cual es dable impulsar las mudanzas del derecho positivo hacia un ideal de perfección siempre anhelada. Pues la rectitud fundamental constituye un acicate, un afán, «ein Streben», en el *Manual*[40] y en la *Teoría de la ciencia del derecho*[41]. Lo difícil está en poder llamar Derecho a lo que solamente es un impulso de perfección social.

El balance de la obra restauradora de los saberes filosóficos por mano de Rudolf Stammler ha de reconocerle su noble intento de exceder al bárbaro cientificismo de las escuelas positivistas. Lo que ya es dudoso es que lo lograra, ya no por defectos propios suyos, sino porque la restauración de los saberes filosóficos en el Derecho proyectóla Stammler sobre el pensamiento kantiano, de suerte que su obra falla tal como quebró la pretensión flosófico-jurídica de Kant. Al fundamentar la ciencia del Derecho sobre el derecho positivo forja una ciencia tarada de positivismo, como vio Albrecht Langner en *Der Gedanke des Naturrechts seit Weimar und in der Rechtsprechung der Bundesrepublik, El pensamiento del derecho natural desde Weimar y en las decisiones judiciales de la República federal*[42]. Será un positivismo formal, si se quiere, pero positivismo al fin y al cabo. Poco importa que para Stammler los conceptos jurídicos condicionados no sean capaces de engendrar conceptos nuevos, como puntualiza en la *Theorie der Rechtswissenschaft*[43]; pues desde el instante en que los conceptos absolutos y universales quedan referidos a la filosofía del Derecho por estar ligados a la Idea de la justicia, la ciencia stammleriana del Derecho de lo que anda más cerca es del formalismo lógico de la jurisprudencia de conceptos que de ningún otro sistema del pensamiento jurídico. La filosofía del Derecho, por otra parte, es el retorno al jusnaturalismo kantiano en la expresión más extremosa; es la doctrina de un ideal formal en el que la experiencia no entra para nada, según observó Viktor Cathrein en *Recht, Naturrecht und positives Recht, Derecho, derecho natural y derecho positivo*[44]; desarraigo de la realidad que es el racionalismo de Kant en el yerro que esfuma en quimeras ideales al jusnaturalismo clásico. Instalado en la zona del pensamiento, el derecho stammleriano acaba por acercarse a la vida. Vano será que su derecho natural pueda irse rellenando de contenidos, casi para dar en el derecho natural de contenido variable que, sobre decires suyos, ve en él Luis Recaséns Siches[45]; «ein Naturrecht mit wechselnden Inhalt» que con

39. En la *Revue internationale de la théorie du droit*, V (1930-1931), 15-57. Cita a la pág. 50.
40. R. STAMMLER: *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 180.
41. R. STAMMLER: *Theorie der Rechtswissenschaft*, 546 y 547.
42. Bonn, H. Bouvier und Co., 1959, pág. 23.
43. R. STAMMLER: *Theorie der Rechtswissenschaft*, 341.
44. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1964, pág. 173.
45. LUIS RECASÉNS SICHES: *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, 92-93.

acierto prefiere traducir por «cambiante» Marcelino Rodríguez Molinero en *Derecho natural e historia en el pensamiento europeo contemporáneo* [46]; porque este derecho natural, formalista doctrina de la justicia, se llena con programas ideológicos aplicables a la realidad futura, pero desasidos por entero de la realidad jurídica presente. El abismo kantiano entre la filosofía y la ciencia del Derecho perdura en Rudolf Stammler como carga irremediable. Como señaló Morris Gingsberg en *La philosophie du droit de Rudolf Stammler, La filosofía del derecho de Rodolfo Stammler,* la filosofía del Derecho no puede contentarse con una idea de la justicia según una razón apartada, requiere formas concretas que determinen la realización eficaz de los fines humanos [47]. Los saberes filosóficos del Derecho son para Stammler conocimientos, mera gnoseología; no cabía otra manera desde que el querer fundador del Derecho tiene que poseer uno de estos dos aspectos, como anotó Antonio Banfi en *Il problema epistemologico nella filosofia del diritto e le teorie neokantiane, El problema epistemológico en la filosofía del derecho y las teorías neokantianas* [48]: o es un querer incondicionado, encerrado en sí mismo e incapaz en consecuencia de proyectarse sobre situaciones reales; o es un querer condicionado y entonces se cae en el querer de voluntad psicológica que con tanta cura quiso siempre eliminar. A ello se debe que Stammler busque el ideal de justicia en la armonía social más que en la perfección del individuo; mas este formalismo social es ya la confesión de que el derecho filosófico constituye una utopía remota de los sucesivos equilibrios sociales, para los cuales sirve de inasequible modelo. No es cuestión de obscuridades o de confusiones terminológicas, como apuntó Ernst Eugen Küry en sus *Kritische Bemerkungen zu Stammlers Lehre, Anotaciones críticas a la teoría de Stammler* [49]; son contradicciones de contenido, las mismas contradicciones que atenazaron al sistema de Kant que Stammler se propuso restaurar.

Así como Rudolf Stammler se había propuesto restaurar los saberes filosóficos del Derecho inspirándose en el jusracionalismo kantiano a través de la versión de la escuela de Marburgo, Leonard Nelson va a postular el retorno a Kant inspirándose en las posiciones del sajón Jakob Friedrich Fries (1773-1834), siendo imprecisa la afirmación de Luis Recaséns Siches en *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX* de diputarle por kantiano a secas [50], dado que el propio Nelson proclama reiteradas veces que son las correcciones de Fries a Kant las que ofrecen bases para una concepción filosófica de los saberes del Derecho; así en 1908 en *Ist metaphysikfreie Naturwissenschaft möglich?, ¿Es posible una ciencia natural sin metafísica?* [51] y en 1915 en *Vom Beruf der Philosophie unserer Zeit für die Erneuerung des öffentlichen Lebens, De la vocación de la filosofía de nuestro tiempo para la renovación de la vida pública* [52]. Amén de que basta penetrar la raíz del pensamiento nelsoniano para captar como la base de sus construcciones jurídicas se apoya sobre las correcciones puestas por Fries a Kant; esto es, considerar a la razón más como fuente de verdades

46. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1973, pág. 314, nota 10.
47. En los *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique* de 1932, págs. 564-574. Cita a la pág. 572.
48. En la *Rivista internazionale di filosofia del diritto,* VI (1926), 194-251. Cita a la pág. 217.
49. En la *Revue internationale de la théorie du droit,* VI (1931-1932), 158-186. Cita a la pág. 181.
50. México, Editorial Porrúa, 1963, dos tomos. Cita al I, 24.
51. En el volumen *Die Reformation der Philosophie.* Leipzig, Der Neue Geist Verlag 1918, páginas 119-178. Cita a la pág. 121.
52. En *Die Reformation der Philosophie,* 233-255. Sobre todo en las págs. 239-240.

necesarias y generales que como establecedora de combinaciones lógicas; de manera que la razón construye los saberes superiores en un continuado repensamiento que la libera paulatinamente de obscuridades hasta elevarse a la claridad de la conciencia. Claro es que Fries continua en cierto modo a Kant, pero corrígele en tanto grado que ha de diputársele por pensador de línea aparte, según el propio Leonard Nelson puntualiza exhaustivamente en *Die kritische Methode und das Verhältniss der Psychologie zur Philosophie. Ein Kapitel aus der Methodenlehre, El método crítico y la relación de la psicología con la filosofía. Un capítulo de la teoría del método,* al ponderar la importancia de la rectificación friesiana de que los conceptos brotan de la razón pura, lo que le permite nada menos que tachar en Kant residuos de dualismos y quiebra de contradicciones [53]; situación de aprecio de Fries por encima y bien separado de Kant que repite actitudes ya evidentes en la primera oleada de friesianismo de mediados del siglo XIX, cuando ya Friedrich Francke, por ejemplo, en *Das gute klare Recht der Freunde der anthropologischen Vernunftkritik und ihr Verhältniss zum Glauben und zur Kirche, El bueno claro derecho del amigo de la crítica antropológica de la razón y su relación con la fe y con la Iglesia,* pusiera de relieve en 1849 las novedades friesianas en la teoría del conocimiento y en la antropología que sirven de presupuestos para la doctrina del Derecho [54]. Amén de que la adscripción de Leonard Nelson a Jakob Friedrich Fries y no a Kant se anota ya en los más usados manuales; por ejemplo, en la *Histoire de la philosophie, Historia de la filosofía,* de Emile Bréhier [55].

Nelson parte, igual que Stammler, de la insatisfacción provocada por el positivismo y, al igual que Stammler, prepara el regreso a los saberes filosóficos desde la cerrada crítica a las corrientes positivistas en *Die Rechtswissenschaft ohne Recht. Kritische Betrachtungen über die Grundlagen des Staats— und Völkerrechts, insbesondere über die Lehre von der Souveranität, La ciencia del derecho sin derecho. Observaciones críticas sobre los fundamentos del derecho político y del derecho internacional, especialmente acerca de la doctrina de la soberanía* [56]; libro cuya agudeza crítica y feliz criterio ha sido aplaudido por Walter Schönfeld en el *Fundamento de la ciencia jurídica* [57]. A los ojos de Nelson, tras detallada inquisición que corre desde Georg Jellinek a Julius Binder, pasando por Franz von Litzt, Max Huber, Ludwig Oppenheim, Joseph Kohler, Gustav Radbruch, Erich Kaufmann y muchos otros, el positivismo ha terminado en una psicología sin alma, en una ciencia de la naturaleza sin naturaleza y en una ciencia del Derecho sin Derecho, nihilismo en que la ciencia se diluye [58]. Particularmente los saberes jurídicos han quedado reducidos por el positivismo, que vació de contenido a la ciencia del Derecho rellenándola de ideologías políticas, a la frívola condición de arte abogadil en pro de los intereses de los individuos o de los Estados [59], a pura tanda de sofismas [60]. Crítica que ter-

53. En *Abhandlungen der Fries'schen Schule. Neue Folge.* Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1904, pág. 75.
54. En las *Abhandlungen der Fries'schen Schule,* editadas en Leipzig en 1849. La edición en Hildesheim, Geirg Olms Verlagsbuchhandlung, 1964, dos tomos. En el II, 163-197. Cita a las págs. 166 y 169 sobre todo.
55. Paris, Presses universitaires de France, dos tomos. Cita al II, 813.
56. Leipzig, Veit und Comp., 1917.
57. WALTER SCHÖNFELD: *Grundlegung der Rechtswissenschaft,* 524.
58. LEONARD NELSON: *Die Rechtswissenschaft ohne Recht,* 2-4.
59. L. NELSON: *Die Rechtswissenschaft ohne Recht,* 229.
60. L. NELSON: *Die Rechtswissenschaft ohne Recht,* 234.

mina en la conclusión del libro propugnando el restablecimiento de un concepto filosófico del Derecho y en la elaboración de una metafísica del Derecho fundamentada sólidamente en la crítica de la razón práctica [61].

Programa de trabajo que va a realizar él mismo en el *System der philosophischen Rechtslehre und Politik, Sistema de teoría filosófica del derecho y la política* [62]. Es el *Sistema* de Nelson una reproducción en las ideas de la *Politik oder philosophische Staatslehre, Política o teoría filosófica del Estado* [63] y de la *Philosophische Rechtslehre, Teoría filosófica del derecho* [64] de Jakob Friedrich Fries; y, pese a la confusión que pudieran originar los títulos, más a la primera que a la segunda, habida cuenta de que en la *Política* Fries recoge expresamente, con puntualizaciones a las cuales ha de atribuirse valor definitivo, las teorías juveniles de la *Teoría filosófica del derecho,* según el mismo manifiesta [65].

Deliberadamente pretende Fries restaurar al derecho natural tal como fue concebido por la Ilustración [66], en la manera de un criticismo jurídico, caracterizado por el repudio de los cuatro grandes yerros que habían caracterizado las cuatro temáticas que él consideraba falsas: el empirismo, a su ver puro nihilismo jurídico por la incapacidad de alcanzar conceptos universales [67]; el que llama misticismo, en las dos maneras, sociológica del espíritu del pueblo y teológica del saber jurídico revelado [68]; el que denomina esteticismo, vocablo bajo el que designa la fundamentación del saber jurídico en el sentimiento, fundamentación que estima tan fáctica cuanto el empirismo lo era [69]; y el logicismo, que a sus ojos confunde al Derecho con la ley ignorante de la necesidad de la existencia de saberes jurídicos filosóficos [70]. Contra el empirismo arguye su saber jurídico apriorístico; contra el misticismo, un saber racional; contra el esteticismo, la vigencia de una positividad deducida de la razón; contra el logicismo, la insatisfacción de los procedimientos analíticos. La conclusión es que solamente una metafísica del Derecho, con su contenido de saberes jurídicos sintéticos, puede salvar a los saberes jurídicos de la decadencia informe en que el positivismo los había sumido [71].

Por supuesto que tal metafísica no será dogmática, sino nacerá del repensamiento por la razón, «allein durch eigenes Nachdenken» [72]. Ni tampoco empíricamente deducida de los hechos, pues ya no sería metafísica. En lo que Nelson aplica al Derecho un equilibrio de raigambre friesiana, y a lo largo a través de Fries kantiana, en la concepción de los saberes, ya traído a otros problemas: a los axiomas matemáticos en la conferencia pronunciada en París el 8 de abril de 1914 acerca de *Des fondements de la géométrie, De los fundamnetos de la geometría* [73]; a la teoría del conoci-

61. L. Nelson: *Die Rechtswissenschaft ohne Recht,* 236.
62. Göttingen, Verlag Öffentliches Leben, s. a. Pero el prólogo está fechado en noviembre de 1923.
63. Editado por E. F. Apelt en Jena, en 1848. Cito por la edición en Aalen, Scientia Verlag, 1962.
64. Jena, J. M. Mauke, 1803.
65. Jacob Friedrich Fries: *Politik,* 218.
66. L. Nelson: *System,* pág. VII.
67. L. Nelson: *System,* 14.
68. L. Nelson: *System,* 15-16.
69. L. Nelson: *System,* 17.
70. L. Nelson: *System,* 19.
71. L. Nelson: *System,* 22-23.
72. L. Nelson: *System,* 23.
73. L. Nelson: *Die Reformation der Philosophie,* 87-118. Sobre todo en las págs. 90, 93 y 118.

miento en la comunicación al cuarto congreso internacional de filosofía celebrado en Bolonia en 1911 sobre *Die Unmöglichkeit der Erkenntnistheorie, La imposibilidad de la teoría del conocimiento* [74].

La metafísica ha de fundarse en sí misma, tanto la teorética [75] que mana del conocimiento metafísico inmediato, como la práctica, que se cimenta en el imperativo categórico. Calcando lo que Fries había expuesto, Nelson afirma que este imperativo categórico es moral si se aplica a la esfera del individuo y jurídico si se proyecta en la vida social común, en la que denomina «äussere praktische Naturlehre», teoría natural práctica externa [76], reproduciendo el mismo vocabulario acuñado por Fries en la *Politik* [77]. Tal teoría natural práctica externa es la propia teoría del Derecho, pudiendo plantearse en dos maneras: bien buscando el concepto del Derecho en las notas que determinan una realidad jurídica, bien buscando los criterios fundamentales de lo jurídico. En ambos casos prescindiendo del contenido, de suerte que los saberes del Derecho tienen para Nelson siempre índole formal [78], en el sentido de que nunca asume la que él llama «Materie des Rechts», materia del Derecho; esto es, los datos que constituyen la realidad fáctica jurídica. Cuando divide a la teoría del Derecho en teoría formal del Derecho y teoría material del Derecho, da a la palabra material el alcance de contenido o «Inhalt», nunca de realidad fáctica o «Materie des Rechts». Punto por Nelsen aclarado [79] y que es preciso muy tener en cuenta si no se quiere caer en confusiones terminológicas obscurecedoras de la doctrina nelsoniana de los saberes jurídicos.

Discernido así el contenido material de la materia del Derecho, establecido el carácter formal de todos los saberes filosóficos-jurídicos, la distinción entre teoría formal y teoría material consiste en que la primera posee carácter analítico y la segunda sintético; lo que en el vocabulario de Nelson equivale a decir que la teoría formal del Derecho es la lógica del Derecho y que la teoría material jurídica o de los contenidos es la metafísica del Derecho. Ya en *Von der Kunst, zu philosophieren, Del arte de filosofar,* había escindido a la lógica de la metafísica atribuyendo a la lógica la composición de juicios analíticos y a la metafísica la construcción de juicios sintéticos [80].

Tema cardinal de la teoría jurídica formal es el concepto del Derecho, determinado como la necesidad práctica de la delimitación recíproca de las esferas de la libertad en la mutua relación de las personas entre sí, «die praktische Notwendigkeit der gegenseitigen Beschränkung der Freiheitssphären in der Wechselwirkung der Personen» [81]. Su puntal es la existencia del imperativo categórico aplicado a la vida de convivencia, denominado por Nelson «Rechtsgesetz» o ley jurídica, cuya única función es la de precisar las relaciones de los sujetos en la vida común en sociedad. En lo que recoge aquí casi a la letra la paralela exposición de Fries en la *Política* [82]. No es misión de la teoría formal establecer la ley jurídica, sino que la da

74. L. NELSON: *Die Reformation der Philosophie,* 55-85. Especialmente en las págs. 77-78.
75. L. NELSON: *Die Unmöglichkeit der Erkenntnistheorie,* 82-83.
76. L. NELSON: *System,* 28.
77. J. F. FRIES: *Politik,* 11.
78. L. NELSON: *System,* 34.
79. L. NELSON: *System,* 88.
80. En *Die Reformation der Philosophie,* 7-39. Cita a la pág. 12.
81. L. NELSON: *System,* 40.
82. J. F. FRIES: *Politik,* 221.

por supuesta; su función consiste en deducir de ella los principios analíticos reguladores de la convivencia [83]; principios designados por Nelson bajo el apelativo de postulados, y que son cuatro: los derechos de expresión o «das Recht der Sprache»; de propiedad, de publicidad de las normas y de seguridad [84]. Calcan a la letra las cuatro leyes sentadas por Fries en la *Política* [85].

Problema central de la teoría jurídica material es la determinación del contenido de la que Nelson apellidara ley jurídica, mediante la fijación de criterios bastantes para conocer qué sea el Derecho. Criterios que proceden también de la ley jurídica o imperativo categórico en su dimensión social. En cuyo aspecto la ley jurídica o imperativo categórico indica qué sea la justicia; mejor, es la justicia misma, «Gerechtigkeit ist Recht» [86].

El contenido de la ley jurídica o imperativo categórico social, el contenido de la justicia, redúcese a la igualdad entre las personas, suprema ley del deber-ser [87]. Noción asimismo copiada de la *Política* de Fries [88]. Con verdaderos cuanto inútiles malabarismos empéñase Nelson en demostrar llegó a esta conclusión mediante la consideración sintética, en su decir equivalente a metafísica, de la ley jurídica, dado que aquí la igualdad no es *delante* de la ley sino *en* la ley, al expresar la exclusión de todo privilegio, «die Ausschliessung jeder Bevorzugung [89]. De cualquier manera lo que importa es que en la teoría material del Derecho, según Nelson sintéticamente conseguida, la ley jurídica que es la justicia proporciona los criterios bastantes para fijar el contenido del Derecho y los saberes filosóficos del Derecho. Designalos como postulados de la teoría material del Derecho y son otros cuatro: el contrato; la ley positiva; el reparto de la propiedad según la igualdad de las personas; y el derecho a la imposición de castigos [90].

Dado que la teoría del Derecho de Nelson es tajantemente formalista, los postulados de la que llamó teoría general lógica igual que los criterios de la teoría material metafísica no tienen nada que ver con el derecho natural; son criterios necesarios para delimitar lo jurídico, mas nunca un código ideal de principios con la pretensión de proyectarse en la realidad de la vida jurídica [91]. Si el ideal es la pretensión de influir determinando lo que efectivamente acontece, según sostuvo en 1921 en *Ethischer Realismus, El realismo ético* [92], los saberes filosóficos del Derecho por Nelson repristinados son tan formales que ni siquiera llegan a subir a ideales jurídicos. Su retorno al derecho natural falla, porque los saberes filosóficos del Derecho son apenas la expresión de una igualdad desasida de la realidad, incapaz de proyectarse sobre la realidad. Asustado delante del espectáculo de la anarquía positivista e incapaz de encontrar en la realidad elementos aprovechables, llevó a tal extremosidad su formalismo que los criterios del Derecho, expresión suprema para él de los saberes jurídicos filosóficos, acaban no sirviendo para nada. La dicotomía kantiana entre razón y experien-

83. L. NELSON: *System*, 41.
84. L. NELSON: *System*, 68-79.
85. J. F. FRIES: *Politik*, 248-267.
86. L. NELSON: *System*, 85.
87. Ibídem.
88. J. F. FRIES: *Politik*, 225, 226, 232 y 233, entre otros lugares.
89. L. NELSON: *System*, 87.
90. L. NELSON: *System*, 91-104.
91. L. NELSON: *System*, 106-107.
92. Leipzig, Verlag der Neue Geist-Dr. Peter Reinhold, 1921, pág. 9.

cia había sido suprimida por Jakob Friedrich Fries con la eliminación de todo ingrediente que de la experiencia pudiera provenir, en manera que la razón es el hontanar exclusivo y excluyente, no tomando siquiera la función de ordenadora de los testimonios transmitidos por los sentidos. A causa de la fidelidad a esta rectificación friesiana, por mor de su lealtad a Fries, quiso salvar a los saberes filosóficos refiriéndolos a productos de la razón en el «Nachdenken» o repensamiento en que según Fries la razón elabora en sí misma la totalidad de los saberes. Por huir del positivismo cayó en el barranco opuesto y así su regreso a los saberes filosóficos del Derecho cuajó en un formalismo tan desequilibrado que no incide en la realidad y que, en consecuencia, resta por perfectamente inútil.

Una tercera línea de raigambre kantiana es la que simboliza el grupo de escritores que traen al Derecho las teorías de la escuela sudoccidental alemana, escuela de Baden o escuela de los valores, capitaneada en términos de la filosofía en general por Wilhelm Windelband (1848-1915) y por Heinrich Rickert (1863-1936), a través del nombre de Emil Lask (1875-1915), que podríamos cntrar en Gustav Radbruch (1878-1949).

Gustav Radbruch ha sido ensalzado por su cálida atractiva humanidad. Natural de Lübeck, vástago de familia transida de la recia piedad evangélica que enlaza con el abad Heinrich Radbrock pasado en 1523 al luteranismo para casarse y subir a superintendente del Luneburgo, hijo de comerciante y miembro relevante de la socialdemocracia de entreguerras, con actividades políticas apasionadas narradas por Hermann Krämer en *Gustav Radbruch als Parteipolitiker, Gustavo Radbruch como político de partido* [93]; dos veces ministro de Justicia en los tiempos de la República de Weimar, privado de su cátedra universitaria por el movimiento hitleriano y muerto en olor de estimas científica, política y personal, tanto en los ambientes académicos como en los círculos del socialismo tudesco, en el cual fue venerado como santón y guía ideológica.

Radbruch habilitóse en 16 de diciembre de 1903 en la Universidad de Heidelberg para enseñar derecho penal, derecho procesal y filosofía del Derecho con un estudio acerca *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik, El concepto de la acción en su significación para el derecho penal. Junto con una contribución a la teoría de la sistemática científico-jurídica,* del cual es estrictamente penal la parte segunda [94], pero en cuya primera parte aborda la cuestión de los saberes jurídicos [95].

Desde su primer estudio tocante a temas de filosofía del Derecho plantea Radbruch la temática de los saberes jurídicos como una superación de la obra de Rudolf Stammler. Admira al punto de darla por «genial» la apreciación de la necesidad de un derecho justo frente a la canonización positivista de la fuerza, pero discrepa en los intentos de formular tablas objetivas e invariables de saberes jurídicos absolutos, pretendida por Stammler «vergeblich», en vano [96]. Breve trecho juvenil en donde está ya planteada la entera filosofía de los valores jurídicos de Radbruch; serán valores o saberes aparte,

93. En el volumen *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, editado por ARTHUR KAUFMANN: Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1968, págs. 221-230.
94. Cito por la edición en Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1967, págs. 68-147.
95. GUSTAV RADBRUCH: *Der Handlungsbegriff*, 7-67.
96. G. RADBRUCH: *Der Handlungsbegriff*, 17.

sin incurrir en el yerro positivista de confundir a la norma con el orden de las cosas naturales ni a las cosas con los conceptos [97]; mas fundados en la inducción encuadrada en la deducción, proporcionando aquélla la materia y éste la forma en un juego lógico en que ambas se complementan. En los saberes del Derecho la deducción es la forma de la exposición, manando los principios jurídicos de las normas del derecho positivo según criterios clasificadores; la unidad radica en que toda deducción presupone una clasificación y al revés la sirve de fundamento. De suerte que la deducción es el impulso y el punto de partida, al par que de la clasificación de los datos inducidos constrúyese el contenido de la ciencia del Derecho [98]. Lo mismo que para los teóricos de la jurisprudencia de conceptos y que para Stammler, lo que se clasifican no son las normas en cuanto tales, cual acontecía entre los positivistas, pero sí los conceptos. Para que las normas jurídicas puedan ser tomadas en consideración a fines de clasificarlas, han de ser trasladadas a conceptos; «Die Rechtssätze müssen also, um klasifizierbar zu werden, in die Begriffsform überführt worden sein» [99]. O sea que la sistemática de los valores jurídicos tiene lugar distinguiendo: *a)* la clasificación de las normas reducidas a conceptos jurídicamente relevantes; *b)* la deducción de las normas jurídicas con arreglo a un criterio lógico formal; y *c)* la clasificación de los conceptos del contenido de las normas, los conceptos jurídicos que siguen a la deducción [100]. De donde se coligen los alcances del diálogo intelectual de Radbruch con Stammler; acepta la forma, pero fundida íntimamente con el contenido, de suerte que la dejará atrás apenas se oriente hacia un fin determinado y transforme la tabla de categorías formales stammlerianas en tabla de fines posibles, esto es a la forma en contenido relativizado. Tenía razón José María Rodríguez Paniagua en *El relativismo jurídico de Radbruch y su consecuencia política* cuando con grandísima agudeza ve en el relativismo de Radbruch el afán por superar al formalismo de Stammler [101]; porque en efecto el relativismo de Radbruch sale a vida de un fecundo diálogo con el formalismo stammleriano, desde sus primeros escritos juveniles. En la *Rechtsphilosophie, Filosofía del derecho,* lo denota en expresiones de madurez cuando elogia a Stammler desde el prólogo por haber enarbolado la bandera filosófica tras larga serie de décadas de silencio dominadas por el positivismo [102]; al par que le censura por haber planteado más que resuelto las cuestiones, dado que no entra en el contenido, que elabora más una lógica del Derecho que una filosofía jurídica y más una teoría del conocimiento que una contemplación de los valores [103].

Contribuía a semejante actitud la talla de su estructura mental, su talante de hombre de la Ilustración, de quien se proclama hijo en la consagración a su maestro Franz von Litzt de la *Einführung in die Rechtswissenschaft, Introducción a la ciencia del derecho* [104]. Su grandísimo modelo fue Goethe, como han venido reconociendo unánimemente los comentaristas, cuales Alessandro Baratta en *Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruchs, Relativismo y filosofía del derecho en el pensamiento de Gustavo*

97. G. RADBRUCH: *Der Handlungsbegriff*, 41.
98. G. RADBRUCH: *Der Handlungsbegriff*, 15-16 y 20.
99. G. RADBRUCH: *Der Handlungsbegriff*, 27. También en la pág. 23.
100. G. RADBRUCH: *Der Handlungsbegriff*, 66.
101. En la *Revista de Estudios Políticos*, CXXVIII (1963), 80.
102. Sexta edición. Stuttgart, K. F. Koehler Verlag, 1963, págs. 84-85 y 116.
103. G. RADBRUCH: *Rechtsphilosophie*, 116 y 117.
104. Cito por la quinta-sexta edición. Leipzig, Quelle und Mayer, 1925, pág. 8.

Del mismo modo, la primacía del valor del Derecho sobre la economía asoma en 1929 en *Klassenrecht und Rechtsidee, Derecho clasista e idea del derecho,* donde se enfrenta abiertamente con la noción marxista del Derecho como expresión de intereses de clase, para concluir que la justicia y la forma jurídica no son prejuicios burgueses, sino patrimonio también del pensamiento socialista, cuyo orden social es asimismo orden jurídico. «Gleichheit, Rechtsform, Recht sind also für den Sozialisten nicht blosse bürgerliche Vorurteile... Die Ordnung eines sozialistischen Gemeinwesens vollends kann keine andere sein als eben eine Rechtsordnung» [118].

Proyección de estas actitudes es la *Rechtsphilosophie, Filosofía del derecho,* tal como aparece en la tercera edición de 1930. También aquí reitera ser el Derecho fenómeno cultural y ser la cultura realización de valores [119]. También aquí la tríada relativista de valores individualistas, colectivistas y transpersonalistas cobra plena vigencia, mas el valor del relativismo queda expresamente aquilatado en el sentido de que, si bien no cabe ningún sistema cerrado de saberes jurídicos, sino apenas la sistemática de los posibles sistemas; y si bien la filosofía del Derecho relativista sigue siendo incapaz de determinar al individuo la elección entre las concepciones jurídicas sistemáticamente deducidas de supuestos contrarios, es porque deja la decisión al impulso que brota de las profundidades de la persona, a la conciencia. El relativismo pertenece a la razón teorética, no a la razón práctica. «Significa renuncia a la fundamentación científica de las actitudes supremas, pero no renuncia a la toma de posición misma» [120].

En esta altura existe la discriminación entre los saberes científicos y los saberes filosóficos del Derecho. Como todo concepto cultural, el Derecho hace referencia a los valores; mas esa diferencia puede tener lugar en dos modos: científicamente, en mera referencia al valor de lo justo; o filosóficamente, en actitud estimativa del valor. El saber científico se encuadra en el concepto del Derecho; el saber filosófico en la idea del Derecho, que es la justicia [121].

La idea o saber filosófico del Derecho es el de la justicia como igualidad en los dos tipos ya distinguidos por Aristóteles de justicia conmutativa y justicia distributiva. Es uno de los elementos de la segunda tríada de las antinomias del Derecho, contrapié de los saberes filosóficos a la tríada en los saberes científicos de individualismo-colectivismo-transpersonalismo. La tríada filosófica contempla los tres factores de la justicia, de la seguridad y del fin del Derecho; justicia y seguridad pasan a saberes absolutos, por encima de las opiniones de los partidos; pero el relativismo subsiste en función de los fines del Derecho, donde se inserta la tríada científica, permitiendo optar según la conciencia entre las soluciones individualistas, colectivistas y transpersonalistas [122].

En 1934 acentúa la nota logicista al fijar los valores y los conceptos en *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken, Conceptos de clase y de orden en el pensamiento jurídico* [123]; mas sobre todo despeja todas dudas sobre la posición del relativismo en *Le relativisme dans la philosophie*

118. En *Der Mensch im Recht,* 23-34. Cita a la pág. 33.
119. Cito por la versión castellana de José Medina Echevarría. Segunda edición. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1944, págs. 11 y 9.
120. G. Radbruch: *Filosofía del Derecho,* 20.
121. G. Radbruch: *Filosofía del Derecho,* 44.
122. G. Radbruch: *Filosofía del Derecho,* 96-97.
123. En la *Revue internationale de la théorie du droit,* XII (1934), 46-54.

du droit, El relativismo en la filosofía del derecho [124], breve pero apretada suprema síntesis de la doctrina radbruchiana de los saberes jurídicos.

Aquí el relativismo pierde todo saber dubitativo, para cuajar en convicción fuerte, «aggresive même» [125]. Sube de actitud metódica, distante del agnosticismo, a sistema independiente, sólidamente fundamentado. Es la filosofía jurídica del culturalismo, porque refiere el saber filosófico de la justicia al orden de valores correspondiente a determinada situación social. Pero al mismo tiempo, desde que confiere la decisión concreta al legislador que fija el derecho positivo, habida cuenta que «c'est au législateur de trancher, d'un seul coup de sabre, le noeud gordien que la science ne saurait résoudre» [126], desemboca en el positivismo, «débouche dans le positivisme» [127]. El dualismo kantiano viene a resolverse como lo resolviera Kant; los saberes filosóficos del Derecho ceden delante del saber científico de la ley positiva. Es el propio Radbruch quien literalmente lo dice. Zong Uk Tjong en su excelente tesis doctoral *Der Weg des rechtsphilosophischen Relativismus bei Gustav Radbruch, El camino del relativismo filosófico-jurídico en Gustavo Radbruch,* ve un regreso al irracionalismo voluntarista [128]. Es la consecuencia de haber renunciado a los saberes filosóficos del Derecho al trasladar a la conciencia la decisión de la razón práctica, al «Bekenntnis», lo que era irrenunciable patrimonio de la razón teórica en el «Erkenntnis»: la fundamentación objetiva filosófica que es el primado de los saberes filosóficos del Derecho.

Por rehusar colocar ese primado de los saberes filosóficos en la cúspide de los saberes jurídicos, Radbruch tropieza en lo que quiso evitar y concluye por dar en el mismo positivismo a cuya demolición había consagrado su entero empeño de jurista. Era el fallo que por lo demás siempre empozoñó sus más brillantes páginas. Ya en la *Introducción a la ciencia del derecho* había situado a la seguridad por encima de la justicia, otorgando preferencia al orden sobre lo justo, pues era la paz el primer tema del Derecho y la justicia el segundo; «dass das Dasein einer Rechtsordnung wichtiger ist als ihre Gerechtigkeit, dass die Gerechtigkeit die zweite grosse Aufgabe des Rechts ist, die erste aber die Rechtssicherheit, der Friede» [129]. Y no es que tal relativismo entrañe contradicción lógica consigo mismo, ya que cada uno de los términos que lo integran valen como hipótesis y no como tesis, según precisa Ulrich Klug en *Thesen zu einem kritischen Relativismus in der Rechtsphilosophie, Tesis para un relativismo crítico en la filosofía del derecho* [130]; mas la cuestión no está en la mera lógica, pero en la ontología y en la ética; lógica y formalmente pueden valer de grado igual, si son hipótesis, todas igualmente aceptables; lo que sucede es que a la postre resulta ineludible decidirse ética y jurídicamente por una de ellas, momento en el cual pueden pasar dos cosas: o se mantiene la nota de hipótesis donde todas son equivalentemente posibles, y nada resolvemos; o se opta por una de tales posibilidades trocándolas de hipótesis en tesis, y las restantes sobran por inútiles. Siendo así que el Derecho es decisión entre una de ellas, el relativismo jurídico carece de razón de ser apenas se apuren hasta el final los contenidos de

124. En los *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique,* IV (1934), 105-110.
125. G. RADBRUCH: *Le relativisme dans la philosophie du droit,* 105.
126. G. RADBRUCH: *Le relativisme dans la philosophie du droit,* 106.
127. G. RADBRUCH: *Le relativisme dans la philosophie du droit,* 107.
128. Bonn, Ludwig Röhrscheid Verlag, 1967, pág. 56.
129. G. RADBRUCH: *Einführung in die Rechtswissenschaft,* 36.
130. En *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch,* 103-106. En la pág. 104.

su planteamiento. Aun en el caso en que decida el legislador imponiendo una norma positiva, aunque se sitúe la cuestión en el plano científico y no en el filosófico, la ineficaz transitoriedad del relativismo no es menos evidente.

Por más que Gustav Radbruch permaneció fiel a su consecuente relativismo hasta el cabo de sus días, prodúcese hacia 1940 cambio notorio en su pensamiento, a consecuencia de los desmanes del hitlerismo, padecidos por él mismo, desmanes que desde el ángulo del positivismo encontraban cumplida e indeclinable justificación. Mucho se ha discutido sobre las dimensiones del cambio y no es posible referir aquí las varias opiniones. El mismo Radbruch negó el cambio, como atestigua el prólogo a la cuarta edición de la *Filosofía del derecho* [131], o todo lo más consistía en desenvolvimiento pedagógico, en el testimonio de Erik Wolf en *Umbruch oder Entwicklung in Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie?, ¿Ruptura o desenvolvimiento en la filosofía jurídica de Gustavo Radbruch?* [132]; pero en todo caso la mudanza de perspectivas es evidente y aun tolerando no hubo modificaciones drásticas, sí se dio alteración asaz importante, en la discreta tasación de Luis Recaséns Siches en el *Panorama del pensamiento jurídico del siglo XX* [133].

Asaz importante porque, si bien conserva la perspectiva relativista, altera el orden de las preferencias anteriores en extremos tan significativos como otorgar primacía a la justicia sobre la seguridad, en apelar a la viejísima noción de la naturaleza de la cosa y en reconocer la existencia de normas suprapositivas. Todo lo cual, en resumen, vale por renegar del cerrado relativismo y del positivismo a donde todavía en 1934 vimos conducía el relativismo, para tornar los ojos a la restauración de los saberes filosóficos en su manera auténtica del derecho natural cristiano. No exageraba mucho A. Cattaneo cuando describe la postrera etapa del pensamiento de Radbruch como un tránsito del relativismo al jusnaturalismo en *Dal relativismo al jusnaturalismo* [134], siempre se la atempere a las reservas que después anoto.

Aquella tensión entre justicia y seguridad, antes resuelta en favor de la seguridad, va a ser ahora establecida en pro de la justicia. La primera vez que expone esta afirmación implicadora de cambio radical tan patente es en el escrito de 1946 *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Ausencia legal de derecho y derecho supralegal* [135], vertido al castellano por José María Rodríguez Paniagua bajo el título de *Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes* [136], si es segura la opinión de Erik Wolf en el prólogo a la más reciente edición de la *Filosofía del derecho* [137]. Produjose la corrección al estimar a la seguridad por modo imperfecto de la justicia, no ser elemento dispar de ella cual sucedía anteriormente; de suerte que la justicia, al absorber dentro de su seno a la seguridad, queda por elemento constitutivo absoluto del Derecho al lado de la relatividad posible de los fines. Ahora no se prefiere la seguridad a la justicia, porque cuando estalle conflicto entre ambas, en el caso de contraposición entre una ley que falla en su contenido siendo ley positiva y un derecho justo, estamos en realidad

131. G. RADBRUCH: *Rechtsphilosophie*, 84.
132. En el *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, XLV (1959), 481-503. Cita a la pág. 483.
133. México, Editorial Porrúa, 1963, dos tomos. Cita al I, 240.
134. En la *Rivista di filosofia*, L (1959), 61-80.
135. Publicado como apéndice en las págs. 347-357 de la sexta edición de la *Rechtsphilosophie*, ya citada.
136. En el volumen *Derecho injusto y derecho nulo*. Madrid, Aguilar, 1971, págs. 1-22.
137. En G. RADBRUCH: *Rechtsphilosophie*, 17-77. Cita a la pág. 71.

delante de un conflicto de la justicia consigo misma; es choque entre la justicia verdadera y la justicia aparente, no pugna entre justicia y seguridad; «wo ein Widerstreit zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit, zwischen einem inhaltlich anfechtbaren, aber positiven Gesetz und einem gerechten, aber nicht in Gesetzesform gegossenen Recht entsteht, liegt in Wahrheit ein Konflikt der Gerechtigkeit mit sich selbst, ein Konflikt zwischen scheinbarer und wirklicher Gerechtigkeit vor» [138]. Admitiendo expresamente por vez primera que el derecho positivo haya de ceder en el conflicto cuando resulte insoportable la injusticia [139]. Lo que no aporta Radbruch es regla para determinar cuando la injusticia venga a dar en insoportable; con lo cual deja a los hechos la salida de la pugna entre derecho recto y derecho positivo, entre los saberes filosóficos y los saberes científicos del Derecho. En cada caso concreto decidirá la magnitud de los datos en pugna. Con lo cual no logra tampoco salir del positivismo relativista que una vez más quisiera superar.

La noción de la naturaleza de la cosa es antigua en Radbruch y se remonta al estudio *Rechtsidee und Rechtsstoff, Idea del derecho y materia del derecho,* de 1924, bajo el nombre de «Natur der Rechtsstoffes» que permite «nach der Natur der Sache entscheiden» acerca del contenido del sentido de los hechos sociales para el desenvolvimiento fenomenológico de sus fines [140]. Noción recogida en la tercera edición de la *Filosofía del derecho* también como método de intuición fenomológica y no de conocimiento razonado [141]; postura que cambia ya en 1941 en *La natura della cosa come forma giuridica del pensiero, La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento,* donde la refiere a la equidad concebida como justicia concreta [142], en cuanto expresa el sentido objetivo de las relaciones de la vida, por lo cual deja de ser resultado de la intuición para transformarse en conjunto de los resultados de un método razonado en la aplicación del Derecho [143]. Aunque el relativismo culturalista sigue en pie porque tal objetividad resulta referida en «dipendenza dal clima storico», a compás del clima histórico [144], el cual es por definición variable.

En 1948 en otro escrito de casi el mismo título, *Die Natur der Sache als juristische Denkform, La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento,* preséntase la naturaleza de la cosa como la solución para el problema de la ruptura del dualismo entre ser y deber-ser, entre realidad y valor. Es el conjunto de formas previas a las relaciones jurídicas, las relaciones de vida regladas por usos, costumbres y preceptos morales, los tipos de negocios que sirven de fundamento para las obligaciones jurídicas, los cuadros colectivos en que se cimentan comunidades e iglesias con pretensión de personificación en el Derecho [145]. Prenden en el Derecho en la medida en que sirven de orientación para el legislador [146], calificando la aplicación del Derecho mismo. Por lo cual siguen dependiendo del «historische Klima», del

138. G. RADBRUCH: *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht,* 353.
139. Ibídem.
140. En el *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie,* XVII (1924), 343-350. Cita a la página 350.
141. G. RADBRUCH: *Filosofía del Derecho,* 15.
142. En la *Rivista internazionale di filosofia del diritto,* XXI (1941), 145-156. Cita a las páginas 149-150.
143. G. RADBRUCH: *La natura della cosa come forma giuridica del pensiero,* 153.
144. G. RADBRUCH: *La natura della cosa come forma giuridica del pensiero,* 194.
145. Cito por la edición en Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1954, págs. 11-12.
146. G. RADBRUCH: *Die natur der Sache als juristische Rechtsform,* 13.

clima histórico [147], con sus consiguientes notas de mudanzas culturalistas. No tiene que ver la naturaleza de la cosa nada con el derecho natural, porque están en los hechos y no en la naturaleza del hombre, que es donde el derecho natural se asienta; adviértelo expresamente el propio Radbruch [148]. No se trata, pues, de ninguna restauración de los saberes filosóficos objetivos del derecho natural, sino de nociones a descubrir en la entraña de la realidad vivida con puntos de mira cambiantes según muden los criterios culturales de los pueblos, de los lugares y de los tiempos. Lo cual acarrea sean fórmulas carentes de contenido estable, sin ningún contenido de saberes apriorísticos, ya que consisten en conocimientos jurídicos sacados de los hechos reales a tenor de diversos modos, como puntualiza Herbert Schambeck en *Der Begriff der Natur der Sache, El concepto de la naturaleza de la cosa* [149]. Por repetir la pregunta formulada por Marte Diesselhoret en *Die Natur der Sache als aussergesetzliche Rechtsquelle verfolgt an der Rechtssprechung zur Saldotheorie, La naturaleza de la cosa como fuente jurídica extralegal proseguida en las decisiones judiciales en la teoría del saldo,* si es mera forma no es posible deducir de la naturaleza de la cosa contenidos mediante la investigación científica [150].

La preocupación por la búsqueda de un derecho suprapositivo era muy antigua en Gustav Radbruch; está ya presente en 1906 en *Rechtswissenschaft und Rechtsschöpfung, Ciencia del derecho y creación del derecho* [151]. La urgencia vino de la necesidad de rechazar al positivismo jurídico a tenor del cual quedaban justificadas las demasías hitlerianas; los tanteos para fundamentar un derecho natural en las cosas fracasaron, porque el derecho natural de contenido no cabía en la naturaleza de la cosa, sino que era formal, como denuncia Karl Engisch en *Gustav Radbruch als Rechtsphilosoph, Gustavo Radbruch como filósofo del derecho* [152]. De ahí que la persecución de este derecho natural tenga lugar en dos etapas inscritas en los años postreros de la existencia de Gustavo Radbruch; la primera, aportando contenido al derecho natural en la noción del hombre tal como fuera proclamada en las Declaraciones de derechos de 1789; la segunda, acudiendo al derecho natural cristiano.

En *Erneuerung des Rechts, Renovación del derecho,* discurso de apertura en la universidad de Heildelberg en 1945, Radbruch torna los ojos al derecho natural para rechazar al positivismo que hizo posible las que llama leyes criminales, las «verbrecherische Gesetzen» del nacional socialismo [153]. Mas tanto aquí como en los *Fünf Minuten Rechtsphilosophie, Cinco minutos de filosofía del derecho* [154], el derecho natural aludido es el de los derechos del hombre proclamados por la Revolución francesa [155] sin ninguna referencia al derecho natural cristiano. Ya en 1947 en la *Vorschule der Rechtsphilosophie, Preámbulos de filosofía del derecho,* la hostilidad al positivismo reclama un derecho natural al que no tasa contenidos, antes da por supuesto sea el derecho natural dieciochesco, puesto que habla del Derecho que desde mu-

147. G. RADBRUCH: *Die Natur der Sache als juristische Rechtsform,* 16.
148. G. RADBRUCH: *Die Natur der Sache als juristische Rechtsform,* 7.
149. Wien, Springer Verlag, 1964, pág. 132.
150. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1968, pág. 7.
151. G. RADBRUCH: *Rechtswissenschaft und Rechtsschöpfung,* 369.
152. En el *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie,* XXXVIII (1950), 305-316. Cita a la pág. 312.
153. En *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch,* 26.
154. En *Rechtsphilosophie,* 335-337. Cita a la pág. 336.
155. En *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch,* 26.

chos decenios portó este título, «der seit vielen Jahrzehneten» se llamó así [156]; bien que al mantener su noción de los saberes jurídicos como saberes culturales relativos, así como el requisito de positividad para las normas jurídicas [157], lleva a pensar trátase más de aspiración que de efectivo cambio de postura. Todavía mantiene inalterado el relativismo, arguye Zong Uk Tjong en *Über die Wendung zum Naturrecht bei Gustav Radbruch, Sobre el cambio al derecho natural en Gustavo Radbruch* [158]. El racionalismo ínsito en el jusnaturalismo de la Ilustración, que es el derecho natural que aún tiene delante de los ojos, evítale eludir el formalismo y vétale concebir un derecho natural de contenidos; pues desde un saber formalista de la justicia no es dable deducir un jusnaturalismo verdadero, dado que justicia como forma de igualdad encubre, pero no encarna, saberes filosóficos del Derecho.

Si mira al derecho natural auténtico es en función de las nociones cristianas. Ya desde siempre situó a la religión más allá de la naturaleza y de la cultura, por ejemplo del saber absoluto de lo verdadero, en la zona de las leyes ideales, de las «Idealgesetze» de que habló desde la *Introducción a la ciencia del derecho* [159]; continuada en la apreciación de la religión como suprema superación de la contraposición entre valor y realidad en la *Filosofía del derecho* [160]. Si el magno problema no resuelto en la doctrina de la naturaleza de la cosa consistía en la superación del dualismo que separa al ser del deber-ser, y si la religión ya venía admitida como superadora de tan fatal contraste, no es de extrañar que a la postre, tras tantos tanteos inconclusos, Radbruch tornara la mirada al derecho natural cristiano por único procedimiento para rechazar al positivismo y para encontrar un orden natural en las cosas más allá del insatisfactorio formalismo que era lo único que la teoría de la naturaleza de la cosa le podía proporcionar, y que no llenaba a sus anhelos.

Es lo que a tientas aborda en el capítulo XV de los *Preámbulos de filosofía del derecho*. Arranca de su vieja opinión de que la religión supera a los valores, de que es una manera de consideración por encima de los valores, una «wertüberwindende Betrachtungsweise» [161]. Pero aquí chocó de bruces con la religión evangélica que profesaba. Lutero había escindido de tal guisa la zona de la naturaleza de la esfera de la gracia que había independizado al derecho divino positivo del derecho revelado, privándole de cimientos religiosos, dado que las leyes verdaderas son las reveladas y que las leyes del derecho positivo humano no son leyes reveladas por Dios. Si el Derecho pertenece al orden de la gracia y las leyes positivas al orden de la naturaleza, las leyes positivas carecen de bases jurídicas verdaderas, quedan abandonadas al arbitrio del gobernante. Lealmente lo reconocerá el fervoroso luterano que Radbruch fue. «Wohin ein Recht ohne höhere Weihe führt, haben wir alle erlebt. Auch die evangelische Kirche ist jetzt bemüht, dem Recht eine religiöse Begründung zu verleihen, wie sie der Katholizismus (und innerhalb des evangelischen Bekennisses: der Calvinismus) ihm nie versagt hat» [162]. Hasta donde conduce un derecho sin halo superior, lo hemos vivido nosotros. La Iglesia evangélica se esfuerza ahora por proporcionar al Derecho

156. Cito por la segunda edición. Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1959, pág. 114.
157. G. RADBRUCH: *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 33-34.
158. En el *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, LVI (1970), 245-262. Cita a la pág. 250.
159. G. RADBRUCH: *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 15.
160. G. RADBRUCH: *Rechtsphilosophie*, 191.
161. G. RADBRUCH: *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 42.
162. G. RADBRUCH: *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 43.

una fundamentación religiosa, que el catolicismo (y entre las confesiones evangélicas, el calvinismo), no han negado jamás.

Radbruch sufre de la postura luterana y envidia al catolicismo por haber colocado al Derecho en el orden de la naturaleza, lo que quiere decir que es parte de la creación y que ha sido instituido por Dios en un «ius divinum naturale» desconocido por Lutero [163]. La tragedia espiritual del protestantismo fue férvida y dolorosamente vivida por Gustavo Radbruch en los últimos años de su vida.

La única solución era buscar los saberes de un derecho natural apoyado en Dios, esto es, dar de lado a las profesadas enseñanzas de Lutero. Intentólo ahondando en el problema de la gracia en el postrero de sus escritos, ya en 1949, titulado cabalmente así, *Gerechtigkeit und Gnade, Justicia y gracia* [164], donde culpa al luteranismo de justificador del hitlerismo, cosa que con el catolicismo no sucede precisamente porque el catolicismo posee una doctrina de derecho natural que establece saberes filosóficos del Derecho dotados de contenido propio por encima de las leyes positivas. Con claridad acusa del error a la separación entre naturaleza y gracia: «Der Protestantismus dagegen ist nicht in der Lage, in solcher Weise das Recht auf dem Schöpfungsgedanken zu begründen: die Schöpfung Gottes kann, verderbt durch den Sündenfall und die Erbsünde der Menschen, nicht mehr zur Begründung normativer Forderungen dienen. So kann auch das Recht nicht mehr aus der Schöpfungsordnung abgeleitet werden» [165]. Por lo cual el protestantismo no está en condiciones de fundar de esa manera al Derecho sobre la idea de la creación; no puede la creación de Dios, ya que se halla corrompida por el pecado original y por el pecado hereditario de los hombres, servir ya para fundamentar exigencias normativas. Tampoco puede el Derecho ser deducido del orden de la creación.

El fervoroso luterano acaba reconociendo la barbarie tiránica de un luteranismo incapaz de dar vida al derecho natural y a los saberes filosóficos del Derecho por Gustavo Radbruch anhelados en los postreros y atormentados días de su vejez. Por lo cual no es de extrañar que pensara seriamente en entrar en el catolicismo [166]. Su escrito sobre la gracia y la justicia es la evasión del jusnaturalismo falso del protestantismo donde se encerrara según Paul Bonsmann en *Die Rechts- und Staatphilosophie Gustav Radbruchs, La filosofía jurídica y política de Gustavo Radbruch* [167]. Lo que preludia *Justicia y gracia* es mudanza mucho más radical, la suscripción del jusnaturalismo católico, no consumada por mediar la guadaña intempestiva de la muerte.

Era su única salida. La línea del acercamiento al derecho anglosajón, cuajada en *Der Geist des englischen Rechts, El espíritu del derecho inglés*, es la de un orden jurídico basado en la naturaleza de la cosa [168], por ende insatisfactorio para él y que todo lo más conducía a una reducción de los saberes del Derecho a técnica judicial de la que no se sabe si se apurarían saberes superiores jurídicos labrados a trompicones; «stumbling into wisdom» a tenor de la fórmula inglesa por él repetida [169]. Solamente en los saberes del derecho

163. Ibídem.
164. En la *Rechtsphilosophie*, 337-346.
165. G. RADBRUCH: *Gerechtigkeit und Gnade*, 340.
166. Según LUIS RECASÉNS SICHES: *Panorama del pensamiento jurídico del siglo XX*, I, 41.
167. Bonn, H. Bouvier und Co., 1966, pág. 74.
168. Heidelberg, Adolf Rausch Verlag, 1967. Cita a la pág. 12.
169. G. RADBRUCH: *Der Geist des englischen Rechts*, 86.

natural católico, en los verdaderos saberes filosóficos del Derecho, habría subido por encima de las contradicciones que con razón le arguye Georges Gurvitch en *Une philosophie antinomique du droit. Gustav Radbruch, Una filosofía antinónica del derecho. Gustavo Radbruch* [170]; de aquel relativismo de vacías declamaciones que le tacha Leonardo Nelson en *La ciencia del derecho sin derecho* [171]. En una bellísima monografía titulada *Gustav Radbruch als rechtsphilosophischer Denker, Gustavo Radbruch como pensador filosófico-jurídico*, Fritz von Hippel ha descrito la existencia terrenal de su maestro como la pugna entre escepticismo y fe, el tercer capítulo encabezado cabalmente así: «Zwischen Skepsis und Glaube» [172]. Buscando ansiosamente establecer saberes filosóficos del Derecho se fue acercando hasta las puertas de la fe católica, la del saber exacto filosófico del derecho natural. Su largo caminar intelectual en afán de la procura de los saberes filosóficos del Derecho fue andadura desde el relativismo al jusnaturalismo, desde el humanismo goethiano al cristianismo fervoroso, desde la escuela filosófica de los valores a los umbrales del derecho natural católico. Sus postreras palabras en el discurso de despedidas de sus escolares de la Universidad de Heidelberg el 13 de julio de 1948, «wir sind zu Christen bestimmt», somos llevados a Cristo, es al par que su testamento humanísimo la mejor exposición de su visión de los saberes filosóficos del Derecho.

Saberes que perduraban en Alemania dentro de las corrientes católicas, en las cuales no se interrumpió jamás el cultivo de los saberes jurídicos filosóficos ni aun en medio de la avalancha positivista, ni disminuidos por la seducción emuladora de los restauradores de la talla de Rudolf Stammler, Emil Lask, Leonard Nelson, Gustav Radbruch y tantos otros. No hay en esta región de la cultura tudesca ningún renacimiento; trátase de continuidad, de la permanencia de los saberes filosóficos del Derecho. Los solos dos libros del jesuita Viktor Cathrein (1845-1931) *Philosophia moralis, Filosofía moral* [173], y *Recht, Naturrecht und positives Recht, Derecho, derecho natural y derecho positivo* [174], mantienen bien erguida la bandera jusnaturalista, afirman que sin los saberes filosóficos del derecho natural no cabe ninguna filosofía del Derecho [175], de un derecho natural válido por sí mismo frente a las actitudes del positivismo jurídico [176]. Viktor Cathrein es paladín que vale por entero ejército; mas además a su lado alíneanse pensadores tan preclaros, entre otros muchos que pueden elencarse en la completa lista traída por Marcelino Rodríguez Molinero en *Derecho natural e historia en el pensamiento europeo contemporáneo* [177]; como Johannes Messner en el monumental *Das Naturrecht. Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik, El derecho natural. Manual de ética social, política y económica* [178]; o el maestro Ernst von Hippel en innúmeros y valiosísimos escritos, tan acabados cual los dos volúmenes de la *Geschichte der Staatsphilosophie in Hauptkapiteln, Historia de la filosofía del derecho en sus capítulos capitales* [179], tan profundos cual *Mechanisches und moralisches Rechts-*

170. En los *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, II (1932), 564-574.
171. L. NELSON: *Die Rechtswissenschaft ohne Recht*, 129.
172. Heidelberg, Lambert Schneider, 1951, págs. 54-72.
173. Edición decimooctava. Friburgi Brisgoviae, Herder, 1940.
174. De 1909. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1964.
175. VIKTOR CATHREIN: *Recht, Naturrecht und positives Recht*, 180.
176. V. CATHREIN: *Philosophia moralis*, 215.
177. Madrid, Editorial Revista de Derecho privado, 1973, págs. 109-112.
178. Segunda edición. Innsbruck-Wien, Tyrolia Verlag, 1950.
179. Meisenheim am Glan, Anton Hain, 1955 y 1957.

denken, Pensamientos jurídicos moral y mecánico [180], el libro más granado de la filosofía jurídica alemana del siglo XX; o tan encantadores como los diálogos de la *Einführung in die Rechtstheorie, Introducción a la doctrina del derecho* [181]. A la vera de la magistral figura de Ernst von Hippel, cumbre de la especulación filosófica jurídica católica en Alemania, parece imposible callar al menos los nombres de Heinrich Kipp por su *Naturrecht und moderner Staat, Derecho natural y Estado moderno* [182]; al solidarista Oswald Nell-Breuning por *Gesellschaftsordnung, Wesenbild und Ordnungsbild der menschlichen Gesellschaft, Orden social, imagen de la esencia y del orden de la sociedad humana* [183]; a Hans Eduard Hengstenberg por la *Grundlegung zu einer Metaphysik der Gesellschaft, Fundamento para una metafísica de la sociedad* [184]; a Franz Klüber por *Naturrecht als Ordnungsnorm der Gesellschaft, El derecho natural como regla ordenadora de la sociedad* [185] o a Gottlieb Söhngen por *Grundfragen einer Rechtstheologie, Cuestiones fundamentales de una teología jurídica* [186]. Sin olvidar al suizo Anton Fridolin Utz, cuya *Sozialethik, Etica social* [187] prueba la capacidad del derecho natural católico para aproximarse a las realidades de la vida social. Aun sin usar el nombre, afirma la idea de un orden fundamental como fuente del derecho positivo, orden al par natural y ético, el austriaco Josef Esser en la *Einführung in die Grundbegriffe des Rechts- und Staates, Introducción a los conceptos básicos del derecho y del Estado* [188], por más que en *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Principio y norma en la formación judicial del derecho privado,* disuelva estos principios jusnaturalistas superiores al derecho positivo en la calificación que a los mismos se ha venido dando [189]. La secuela es que el derecho natural católico, con la seguridad invariable de sus postulados fundamentadores del derecho positivo, es uno de los saberes filosóficos cardinales en que se basa la civilización occidental, «eine der Wesenzüge der abendländischen Kultur», uno entre los rasgos esenciales de la cultura del Occidente en las palabras de August Freiherr von der Heydte en su admirable estudio *Vom Wesen des Naturrechts, La esencia del derecho natural* [190].

Las sectas protestantes, heridas en la herida que vulneró las convicciones de Gustavo Radbruch, han procurado salvar su inferioridad respecto al jusnaturalismo católico, mediante los intentos de formular la doctrina de un orden natural justo en la creación, más allá de la insondable obra divina en el reparto inescrutable de la gracia. Con singular maestría han trazado la tabla de tales esfuerzos Francisco Puy Muñoz en *Teología del derecho* [191], Marcelino Rodríguez Molinero en el mencionado *Derecho e historia en el pensamiento europeo contemporáneo* [192], Hans Dieter Schelauske en *Natur-*

180. Meisenheim am Glann, Anton Hain, 1959.
181. Münster Westf., Verlag Aschendorff, 1955, cuarta edición.
182. Nürnberg, Glock und Lutz, 1950.
183. Nürnberg, Glock und Lutz, 1947.
184. Nürnberg, Glock und Lutz, 1949.
185. Köln, J. P. Bachem, 1966.
186. München, Pustet Verlag, 1962.
187. Heidelberg-Louvain, F. H. Kehrle-E. Nauwelaerts, 1958.
188. Wien, Springer Verlag, 1949, pág. 30.
189. Segunda edición. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1964, pág. 41.
190. En el *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie,* XLXXX (1957), 211-233. Cita a la página 233.
191. En *Anales de la cátedra Francisco Suárez,* IV (1964), 9-49.
192. M. RODRÍGUEZ MOLINERO: *Derecho e historia,* 209-307.

rechtsdiskussion in Deutschland, La polémica jusnaturalista en Alemania [193], que puede leerse en castellano gracias a haberlo incluido Jesús López Medel en la *Introducción al derecho. Una concepción dinámica del derecho natural* [194]; por mencionar bibliografía que el lector curioso pueda topar fácilmente al alcance de la mano.

La situación del pensamiento protestante con anterioridad al hitlerismo puede cifrarse en el libro de Friedrich Gogarten *Politische Ethik. Versuch einer Grundlegung, Etica política. Ensayo de una fundamentación.* Para Gogarten es la ética relación de responsabilidad, no entre los hombres y las cosas, sino de los hombres con los hombres, siendo en esa responsabilidad donde el yo se encuentra a sí mismo; «in dieser Verantwortung finde ich mich als der selbst, der ich bin, vor» [195]. De ahí la historicidad de lo ético, «die Geschichtlichkeit des Ethischen» [196], así como su reducción a la política, puesto que solamente en la comunidad está el hombre ante los demás y no existe para sí, «als Glied der Polis ist er nicht für sich, sondern ist er je vom Andern her» [197]. Con lo cual mantiene las secuelas de la separación entre naturaleza y gracia, impide fundar las leyes positivas en un orden natural, basa al derecho positivo en la historia concreta de cada pueblo y acaba por encerrar lo natural en la voluntad del Estado que al pueblo personifica [198]. En Friedrich Gogarten los saberes jurídicos del protestantismo son positivismo redondo y neto.

Fueron los excesos del nacionalismo y la reacción antitotalitaria los que despertaron entre los protestantes la urgencia de buscar un derecho distinto al que el positivismo tuvo. En *Vom ewigen Recht, El derecho eterno,* el obispo luterano Otto Dibelius alza la voz contra la posibilidad de que todo derecho sea derecho positivo, contra el positivismo estatal de este Estado totalitario que se presenta por definición como el bien supremo, por el bien de los bienes, «das Gut aller Güter» [199]. Pero para contrarrestar al positivismo no mira aún al derecho natural, contentándose de acuerdo con la tradición luterana con el derecho revelado; la categoría de los saberes filosóficos del Derecho no la busca en la creación de Dios, sino en la palabra expresa de Dios, esto es en los textos sagrados de la Biblia y del Nuevo Testamento [200].

Es en la evocación calvinista donde asomará la afirmación más clara del derecho natural dentro del protestantismo por mano del suizo Emil Brunner en *Gerechtigkeit. Eine Lehre von der Grundgesetzen der Gesellschaftsordung, La justicia. Una teoría de las leyes fundamentales del orden social* [201]. Ya desde el prólogo honradamente confiesa la inferioridad del protestantismo respecto del catolicismo y del derecho natural católico. Mientras la Iglesia católica, a través de una fecunda tradición doctrinal, posee un imponente sistema de saberes de la justicia, el protestantismo carece de semejante tesoro. De donde su inseguridad al abordar los saberes del Derecho [202]. Inse-

193. Köln, J. P. Bachem, 1968.
194. Madrid, Editorial Fragua, 1976, págs. 158-173.
195. Jena, Eugen Diederichs Verlag, 1932, pág. 19.
196. F. GOGARTEN: *Politische Ethik,* 22-34.
197. F. GOGARTEN: *Politische Ethik,* 59.
198. F. GOGARTEN: *Politische Ethik,* 175-176.
199. Berlín-Spandau, Wichern-Verlag Herbert Renner Kg., 1950, pág. 11.
200. OTTO DIBELIUS: *Vom ewigen Recht,* 29-30.
201. Cito por la versión castellana. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1961. La edición original fue publicada en 1943 por la Zwingli-Verlag de Zürich.
202. EMIL BRUNNER: *La Justicia,* 5.

guridad que da en incapacidad para enfrentarse contra el positivismo jurídico y más aún contra el Estado totalitario que es el positivismo jurídico llevado a la práctica más genuina [203]. Para lo cual reclama volver a lo que llama derecho natural cristiano, con arreglo a la línea inspiradora del pensamiento jurídico occidental desde la antigüedad [204]; esto es, saltando más atrás de la Reforma luterana para asumir la entera tradición de saberes filosófico-jurídicos de la Patrística y de la Escolástica. Trátase de revisar a las habituales perspectivas del protestantismo hasta el extremo de llegar a un nuevo pensar de la justicia [205]. Claro es que, protestante fervoroso, juzga Brunner que su obra consiste en el restablecimiento auténtico de las ideas de los fautores de la Reforma luterana [206]; mas para ello se ve obligado, sin apoyo de citas probadoras, a contemplar en el orden natural de la creación el reflejo de la voluntad divina saltando por encima del dogma fundamental del protestantismo, el de la irremediable perversión hijuela del pecado. Ahí reside la debilidad de su argumentación, cabalmente en lo que consiste su mayor mérito. Lo que escribe en las páginas 114 y 115 es la antítesis de las tesis inspiradoras de *La justicia.* Hans Ryffel observa en *Emil Brunners Buch über die Gerechtigkeit, El libro de Emil Brunner sobre la justicia,* como el pensador suizo procura una base ontológica y antropológica en el orden de la creación, pues de otra guisa no cabe fundar una justicia por encima del derecho positivo [207]; pero eso equivale a negar al protestantismo, ya que investigar verdades fundadoras del Derecho en el orden de la naturaleza y en la condición humana es precisamente lo más opuesto que quepa concebir contra la escisión luterana entre naturaleza y gracia y contra la menospreciable condición del hombre irremisiblemente abandonado a las consecuencias del pecado. La buena voluntad y los talentos derrochados por Emil Brunner en su elogiable intento, junto con su fracaso en cimentar en el protestantismo los saberes filosóficos del Derecho, es la mejor prueba de que el retorno a ellos bajo el manto del jusnaturalismo solamente es asequible dentro de los linderos del pensamiento católico.

Es la contraposición insalvable que aflora en las consideraciones en que opone derecho natural a revelación divina Walter Schönfeld en el *Fundamento de la ciencia del derecho* [208]. Es el regreso al puro neokantismo que se da en Helmut Coing desde que busca al derecho natural en el orden social y no en el orden total de la creación a través de la naturaleza humana en la versión que de la naturaleza de la cosa emite en *Die obersten Grundsätze des Rechts. Ein Versuch zur Neugründung des Naturrechts, Las bases supremas del derecho. Un intento para la nueva fundamentación del derecho natural,* en el «Ordnung in sich», en el orden que en sí misma comporta la vida social [209]; en colocar a los saberes jurídicos con expresa remisión a Kant en la libertad armónica dentro del orden social mejor que en la ética reguladora de la conducta humana, porque «es gibt keine Maximen des persönlichen Verhalten, sondern Grunsätze der sozialen Ordnung» en sus palabras en las *Directrices de filosofía jurídica, Grundzüge der Rechts-*

203. E. BRUNNER: *La justicia,* 10-11.
204. E. BRUNNER: *La justicia,* 15.
205. E. BRUNNER: *La justicia,* 16.
206. E. BRUNNER: *La justicia,* 115.
207. En el *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie,* XXXVIII (1949), 259-269. Cita a la página 266.
208. W. SCHÖNFELD: *Grundlegung der Rechtswissenschaft,* 232.
209. Heidelberg, Schriften der Süddeutschen Juristen Zeitung, 1947, págs. 18-21.

philosophie [210]; con lo cual su noción de los saberes filosóficos del Derecho está expuesta a los peligros que ponen en tela de juicio la realidad de la justicia, por el mismo Coing reconocidos en las páginas finales de *Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland, Epocas de la historia del derecho en Alemania* [211], implícita desazón del resultado de reclamar un derecho natural heredero directo del jusnaturalismo protestante y racionalista. Es el formalismo que perdura al colocar la objetividad en la conciencia, en el convencimiento y en la convicción personal, con lo cual carece de proposiciones jurídicas de contenido permanente, en la *Rechtsphilosophie. Soziologie und Metaphysik des Rechts, Filosofía del derecho. Sociología y metafísica del derecho,* Hans Fechner; con lo que cae en un relativismo culturalista en el cual pueden no coincidir los saberes filosóficos del Derecho, «naturrechtliche Richtigkeit und Gültigkeit können nicht übereinstimmen» [212]; consecuencia de que a la postre se intenta fundarlos por Erich Fechner tal como lo construyó el protestante Hugo Grocio, esto es desligando al hombre de Dios aunque le insertara dentro del orden universo.

Y es que el auténtico saber filosófico jurídico apenas si entra dentro del cauce de la concepción católica del mundo; no es ni regalo ni revelación directa de Dios, porque reside en el orden de la creación frente al protestantismo; ni es tampoco orden válido por sí mismo en el que no conste el sello de la mano creadora de Dios. Es un saber de verdades abierto a la inteligencia limitada del hombre, por el hombre desenvuelto usando de la razón que Dios le ha dado; escrito en la creación en letras que la razón va leyendo en el curso de los siglos. Es naturaleza creada por Dios, no regalo de la gracia. Dios presente, pero a través del lenguaje del orden de las cosas que la razón descifra. Ni teología cerrada alejada del mundo, ni menester de una razón soberbia e independizada. Es la teología de las cosas sobre las que Dios proyecta su voluntad delante de la libérrima criatura racional. Como escribe el jesuita Josef Fuchs en *Lex naturae. Zur Theologie des Naturrechts, Ley natural. Para la teología del derecho natural,* la ley y el Derecho del Creador no han de entenderse en la acepción protestante de un orden de la creación, esto es, en el sentido metafísico del hombre originario, pero en el alcance metafísico como orden de la naturaleza humana, tal como se diferencia de lo sobrenatural; «Gesetz und Recht des Schöpfers sind also nicht zu verstehen im Sinne einer protestantischen Lehre von der Schöpfungsordnungen der Menschennatur, wie sie sich unterscheidet von den Übernatur» [213]. Cuestión de justicia, no de gracia; tema de responsabilidad teológica antes de ser de imputación jurídica; orden lógico, abierto a la inteligencia de la criatura racional; orden objetivo porque le respalda Dios. Los variados intentos de rehacer los saberes filosóficos del Derecho en Alemania son tanteos repetidos en sucesivos desengaños hasta llegar a esta conclusión última. La agonía intelectual de Gustavo Radbruch es el testimonio mayor para averiguar donde están de veras los saberes filosóficos del Derecho.

210. Berlín, Walter de Gruyter, 1950, pág. 151.
211. München, C. H. Beck, 1971, segunda edición, págs. 121-122.
212. Tübingen. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1962, segunda edición, pág. 220.
213. Düsseldorf, Patmos-Verlag, 1955, pág. 18.

30. *Impacto de la fenomenología en los saberes jurídicos*

Como se vio ya en el volumen I del presente *Tratado*, con Edmund Husserl (1859-1938) descúbrese nuevo tipo de saberes en la manera nueva apellidada la fenomenología, adscritos a la entraña de las cosas, a las esencias. En el fondo era metodología nueva, consistente en acudir al meollo de las cosas mediante el procedimiento de sucesivas reducciones, después de las cuales aparecía su realidad última, su esencialidad. Cuando se apliquen a los saberes del Derecho tendrá lugar el uso constante del método en el afán de conseguir una construcción filosófica; mas, según veremos más abajo, si bien el método es usado en todo momento por diversos autores, más difícil fue la consecución de sistema razonado, restando por lo general y salvo dos excepciones en acomodaciones del método a problemas o instituciones determinadas, cuales el contrato, la propiedad, la persona o la promesa; por lo cual más es lícito hablar de la descubierta de nuevos modos del saber jurídico, o sea del saber fenomenológico del Derecho, que de filosofía o ciencia.

Para el jurista el entendimiento de estas posturas nuevas resulta sobremanera difícil. Julius Binder lo expresó gráficamente en la *Philosophie des Rechts, Filosofía del derecho*, diciendo que el jurista que se acerca por vez primera a la fenomenología llévase involuntariamente las manos a la cabeza, «fasst sich unwillkürlich en den Kopf» [1]. Porque la novedad es grande y siempre parece severo adecuar la mente a un saber del Derecho que a la larga ni se funda en la naturaleza del hombre ni en los hechos sociales, tan distante del jusnaturalismo cuanto del positivismo, fuera de los cánones habituales en la historia del pensamiento jurídico.

A fuer de consistir substancialmente en lo novedoso del método la fenomenología trata desde el primer acercamiento a lo jurídico de ultrapasar la costra de los fenómenos para desvelar por la intuición eidética la esencia eidética de ellos y las regularidades que la conciernen. Esencia y regularidades que no surgen en la conciencia subjetiva humana, porque son objetivas; la conciencia las descubre, pero no las crea tal como opinaban los neokantianos. El modo para entenderlas solamente es posible por la «Wesenschau», por la intuición fenomenológica. Saberes nuevos captados por procedimientos nuevos. No se trata de describir los fenómenos, ni siquiera de interpretarlos, de catalogarlos o de percibirlos racionalmente. Son realidades apriorísticas independientes de los hechos reales, de las relaciones externas o de las normas del derecho positivo. Los criterios racionalistas del jusracionalismo son tan inoperantes cuanto las perspectivas sociológicas del positi-

1. Aalen, Scientia Verlag, 1967, pág. 152.

vismo. La descripción de las normas jurídicas resta en la superficialidad exterior, cuando lo que importa es averiguar el ser mismo del Derecho, de la vuelta a las cosas mismas, aquello que los fenomenólogos suelen definir por el «Rückehr zu den Sachen selbst». Pese a los intentos de acomodarle al formalismo, en especial al formalismo kelseniano, la fenomenología del Derecho es verdadera ontología y aparece formulada en una trama de juicios sintéticos apriorísticos, a los cuales apenas si se llega por la visión directa de las esencias. Lo que la filosofía del Derecho ha de tener por objeto para los fenomenólogos es descubrir la realidad profunda de las cosas, la esencia del Derecho que subyace, y por ende es diferente, de los fenómenos jurídicos. De lo cual resulta que los problemas capitales de la metodología en que en definitiva el conjunto de los saberes fenomenológicos del Derecho consisten, serán dos: el de la esencia del Derecho como ser, saber definitivo de las esencias independientes de la realidad fáctica o normativa; y el de la contextura de las conexiones profundas de las cuales resulta y en la cual consiste aquella radical esencia del Derecho.

Aunque el patriarca y fundador de la escuela, Edmond Husserl, no abordó directamente la temática jurídica, en algún pasaje prejuzga las posibilidades del método fenomenológico para el Derecho. Por ejemplo, en el parágrafo 56 del libro I de las *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie, Ideas para una fenomenología pura y para una filosofía fenomenológica,* al apuntar como las realidades culturales también exponen esencias puras eidéticas, igual que las naturales, con cita expresa entre tales realidades culturales de la ética, de la religión, del Estado y del Derecho [2].

Quien primero aproximó el método fenomenológico a las temáticas jurídicas fue Adolf Reinach (1883-1917), muerto en la primera guerra mundial legando delgado nudo de publicaciones, no más de trescientas páginas en *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts, Los fundamentos apriorísticos del derecho civil,* de 1913, reeditado recientemente bajo el título de *Zur Phänomenologie des Rechts, Para la fenomenología del derecho* [3]. Como suele ser acostumbrado entre los fenomenólogos jurídicos, Reinach desarrolla sus tesis con ejemplos de aplicaciones del método fenomenológico a la promesa, a la propiedad o al contrato, apenas si anteponiendo el resumen breve de sus posiciones y posponiendo con mayor amplitud de la que la cuestión tal vez requería la puntualización de qué sea lo que separa al Derecho según la fenomenología del viejo derecho natural.

El Derecho verdadero precede y está dividido de las normas del derecho positivo o de los hechos sociales. Es un ser, igual que los árboles, las casas o los números. Decir que el Derecho es el derecho positivo sería tanto como la afirmación carente de sentido de que la fundación del Imperio alemán fue obra de la ciencia de la historia. El saber del Derecho consiste en el conocimiento de los cuadros de normas con validez apriorística, «von den rechtlichen Gebilden gelten apriorische Sätze» [4]; es un saber de seres que no dependen del juicio ni de la voluntad de los hombres, ni más ni menos que los números considerados en las matemáticas. Son eternos y discernidos del derecho positivo, indiferentes a que las normas positivas los recojan o no, los alteren o los desconozcan. «Das positive Recht mag sie ausgestalten und

2. Haag, Martinus Nijhoff, I (1950), 137
3. Munich, Kösel-Verlag, 1953.
4. ADOLF REINACH: *Zur Phänomenologie des Rechts,* 15.

umgestalten, wie es will: sie selbst werden von ihm vorgefunden, nicht erzeugt. Und ferner: es gelten von diesen rechtlichen Gebilden ewige Gesetze, welche unabhängig sind von unserem Erfassen, genau so wie di Gesetze der Mathematik» [5]. Son saberes de normas reales, desde las cuales sea hacedero construir una ciencia jurídica paralela a las de la matemática o a las de la naturaleza. Tales saberes sirven de presupuesto al derecho positivo, son los que tornan posible al derecho positivo, dándole sentido y preparando sus estructuras. En esta manera son saberes filosóficos del Derecho, conocidos merced al método fenomenológico de la profunda visión evidente de las conexiones esenciales del ser del Derecho, por la «evidente Einsicht in Wesenzusammenhänge» [6].

Con lo cual el saber fenomenológico del Derecho es el del Derecho en su esencia última y honda, captado por la intuición de sus esencias y de las conexiones entre las esencias. No es saber de los hechos, ni es saber de las normas del derecho positivo, a las cuales estos saberes preceden y de las cuales no dependen. Al dar en saberes independientes de las normas positivas, los saberes fenomenológicos del Derecho no pueden concluir en la teoría general del Derecho, con la que los positivistas como Adolf Merkel o Ernst Bierling deducían saberes científicos de las normas positivas [7]. Mas tampoco son saberes filosóficos al estilo de los manejados en el derecho natural, pues si bien coinciden en afirmar la existencia de un derecho diferente del derecho positivo, mientras los jusnaturalistas hablan de un paralelo derecho superior, los fenomenólogos dicen de leyes del ser a secas; «wir reden nicht von einer höheren Recht, sondern von schlichten Seinsgesetzen» [8]. Amén de que mientras las normas del derecho natural son saberes filosóficos incondicionados de la razón a los cuales los jusnaturalistas pretenden se adapte al derecho positivo, las conexiones esenciales apriorísticas del Derecho según la fenomenología no aspiran a ser acogidas por un derecho positivo, al que sirven de premisas mas sin exigencias de forzoso acomodamiento [9].

Claro que esa diferenciación no está lograda, no obstante el interés de Adolf Reinach por ponerla de relieve. Los saberes filosóficos de este derecho del ser jurídico, si vale la expresión en gracias a su precisión, son iguales a los saberes filosóficos del derecho natural a los ojos de Hans Herz en *Recht und Realdialektik, Derecho y dialéctica real* [10]; son un derecho natural vergonzante, un derecho natural púdico que disimula su condición de derecho natural bajo el velo hipócrita de manipulaciones gnoseológicas, en el rudo criticar del húngaro Vilmos Peschka en *Le phenomenologisme dans la philosophie du droit moderne, El fenomenologismo en la moderna filosofía del derecho* [11]. Por lo demás los saberes filosóficos propuestos por Reinach, desde que no infieren en el contenido del derecho positivo, son inútiles; resuelven un problema que no existe, en la penetrante observación de Luis Recaséns Siches en el *Panorama del pensamiento jurídico del siglo* XX [12];

5. A. Reinach: *Zur Phänomenologie des Rechts*, 17.
6. A. Reinach: *Zur Phänomenologie des Rechts*, 215.
7. A. Reinach: *Zur Phänomenologie des Rechts*, 216.
8. A. Reinach: *Zur Phänomenologie des Rechts*, 219.
9. A. Reinach: *Zur Phänomenologie des Rechts*, 220-221.
10. En la *Revue internationale de la théorie du droit*, XI (1937), 1-11. Cita a la pág. 3.
11. En los *Archives de philosophie du droit*, XII (1967), 259-286. Cita a la pág. 276.
12. L. Recaséns Siches: *Panorama*, I, 262.

dado carecen de aplicación alguna como, abundando en la opinión de Recaséns Siches, remacha la uruguaya Esther Aguinsky de Iribarne en *Fenomenología y ontología jurídica* [13]. Lo que entorpece a Reinach, igual que a todos los demás fenomenólogos jurídicos radicales, la consecución de sus pretensiones, es que el saber filosófico auténtico en el Derecho es el del derecho natural; en guisa que cuando viene a formularse un saber filosófico concreto, por mucho que se le quiera encerrar en el lecho de Procusto de las sutilezas intelectuales ingeniosas, concluye por ser el saber del jusnaturalismo jurídico clásico cristiano.

Para aproximar el Derecho puro fenomenológico a la realidad de la vida jurídica, al menos en el ámbito de las normas del derecho positivo, compuso dos libros Félix Kaufmann: *Logik und Rechtswissenschaft. Grundriss eines Systems der reinen Rechtslehre, Lógica y derecho. Directrices fundamentales para un sistema de teoría pura del derecho* [14]; y más tarde, ante las censuras levantadas por Rudolf Löbl en *Zum Problem der reinen Rechtslehre, El problema de la teoría pura del derecho* [15], en *Die Kriterien des Rechts. Eine Untersuchung über die Prinzipien der juristischen Methodenlehre, Los criterios del derecho. Una indagación sobre los principios de la teoría jurídica del método* [16].

El puente trazado para ligar a Kelsen con Husserl consistió en los saberes de una lógica formal universal, contenedora de los axiomas fundadores de la totalidad de los saberes científicos, con lo cual pudiera servir de cimiento para la totalidad de las ciencias. En el plano del Derecho postula una teoría lógica pura en el sentido kelseniano, mas construida según las conexiones previas de lo jurídico, conexiones captadas siguiendo el método fenomenológico de la reducción eidética.

La ciencia fundamental lógica, sobre la cual todas las ciencias se basan y que por ende contiene todos los conocimientos comunes, «welche den allen Wissenschaften zugrunde liegenden und daher allen gemeinsamen Erkenntnisbestand enthält» [17], es la «mathesis universalis» querida por Leibniz en la cabeza de una línea de aspiraciones que Felix Kaufmann ve reproducidas en los esfuerzos de Bernhard Bolzano, de Georg Cantor, de Carl Frege, de Bertrand Russell y sobre todo de Edmond Husserl [18]. Ciencia que se presenta como unidad sintética de los conceptos o categorías supremas del saber. Los saberes enlazan esencias, que no hechos; es el que Kaufmann denomina postulado de la libertad experimental. Mas los enlazan dentro de un campo determinado, cuyos mojones deslindan el contenido de cada ciencia particular; es el postulado de la delimitación según las cosas. Sobre cada ciencia la lógica, en la acepción fenomenológica, es la teoría de las teorías [19], la «mathesis universalis» vertida en planteamiento fenomenológico.

El terreno de la ciencia de los saberes jurídicos es el Derecho, concebido según los rasgos de la fenomenología como conjunto de normas objetos ideales. Su determinación tiene lugar siguiendo las pautas metodológicas de la purificación de los saberes jurídicos establecidas por Kelsen, a quien Kauf-

13. Buenos Aires, Ediciones Pannedolle, 1871, pág. 54.
14. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1922.
15. En la *Zeitschrift für öffentliches Recht* vienesa, III (1922), 402-448.
16. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1924.
17. FÉLIX KAUFMANN: *Die Kriterien des Rechts*, 20.
18. Ibídem.
19. F. KAUFMANN: *Die Kriterien des Rechts*, 26.

mann loa precisamente por haber puesto de relieve la transcendencia de esta operación depuradora [20]. El formalismo de la jurisprudencia de conceptos queda atrás porque la dogmática se concretaba al establecimiento de los datos y los hechos jurídicos sin consideración a los valores informadores de las conductas; referencia a valores que es cabalmente el tema de que se ocupa la teoría pura del Derecho [21]. Cometido que desempeña la teoría pura fenomenológica formal de los saberes según Félix Kaufmann alrededor de tres conceptos jurídicos fundamentales: persona, conducta y deber-ser [22]. De ellos dedúcense la totalidad del resto de los conceptos jurídicos básicos mediante operaciones lógicas, por Kaufmann descritas pormenorizadamente en *Lógica y ciencia del derecho* [23]. En las cuales el cuidado principal está en separar a los conceptos puros de los mezclados, al «rein juristischer Begriff» del «gemischt juristicher Begriff»; operación llevada a cabo con arreglo a los cánones de la depuración kelseniana. Tal es la tarea filosófica por excelencia; «in dieser Reinigung des Rechtsbegriffes erschöpft sich die Leistung der Rechtsphilosophie» [24]. De esta guisa los saberes filosóficos del Derecho son para Félix Kaufmann saberes apriorísticos de una realidad distinta del orbe de la naturaleza y del área de las normas; saberes de un ser especial, del ser jurídico puro, averiguado a través del análisis fenomenológico, tal como es y en el cuadro de sus conexiones; indagación eidética que permite agrupar a los conceptos puros del Derecho, una vez deslindados los mezclados con escorias de la realidad exterior jurídica, en los tres conceptos primarios de persona, conducta y deber-ser; de los cuales, empleando ahora la lógica kelseniana, van derivándose el resto de los saberes del Derecho. Contra la crítica de Rudolf Löbl, contrarrestada en numerosas páginas polémicas de *Los criterios del derecho* [25], Kaufmann funde a Husserl con Kelsen en modo que Gerhard Ledig juzga certero en *Zwei rechtstheoretische Fragen, Dos cuestiones de teoría jurídica* [26]; pero en el cual alienta siempre la contraposición entre el formalismo de la lógica y los contenidos de este derecho puro sobre los que la lógica se aplica para la determinación de los saberes filosóficos del Derecho.

El tercer decenio del siglo XX supo de numerosos ensayos de aplicación de la fenomenología para el esclarecimiento de instituciones concretas, sin pretensiones de teorías fundamentadoras, en la estrecha zona de explicar con el método eidético los problemas, según el modo puesto en boga por Adolfo Reinach. Friedrich Bassenge fue el más prolífico, variado y agudo de los ocupados en remozar los saberes jurídicos con ayudas de la fenomenología. En *Das Versprechen. Ein Beitrag zur Philosophie der Sittlichkeit und des Rechts, La promesa. Contribución a la filosofía de la moralidad y del derecho* [27], desarrolla en cuatro capítulos consagrados sucesivamente a la concepción fenomenológica de la promesa, a la metafísica del deber, a las conexiones de la promesa con los derechos internacional y privado, y a la relación de la promesa con la moral, la tesis de que la promesa es la penetración en el alma del otro, «in die Seele des Anderen hinein, greift in sie

20. F. KAUFMANN: *Die Kriterien des Rechts*, 57.
21. F. KAUFMANN: *Die Kriterien des Rechts*, 71.
22. F. KAUFMANN: *Die Kriterien des Rechts*, 80.
23. F. KAUFMANN: *Logik und Rechtswissenschaft*, E02 ss.
24. F. KAUFMANN: *Die Kriterien des Rechts*, 163. También en la pág. 90.
25. Entre otras en las págs. 53-57, 59-64, 67-72, 74-78, 82-85, etc.
26. En la *Revue internationale de la théorie du droit*, VI (1931-1932), 259-281. Cita a la pág. 259.
27. Berlín, Junker und Dünnhaupt, 1930.

hinein» [28]; o sea una relación directa de cariz fenomenológico. Asimismo en dos estudios acerca de la pena, los titulados *Prolegomena zur Philosophie der Strafe, Prolegómenos a la filosofía de la pena* [29], y *Ethik der Strafe, Etica de la pena* [30], sitúa en los hechos a los valores y hace nacer la pena del valor en la medida en que éste resulta lesionado; de suerte que cae en lo axiológico más que en el dato de la mera estricta valoración ética; poniendo extremo cuidado, igual que otrora Adolf Reinach, en diferenciar al derecho puro del derecho natural por estimar que el derecho natural es en definitiva ética; mientras que el derecho puro es conocido a través de un juicio axiológico de verdad, en el cual el derecho puro está delante del derecho positivo como previo juicio axiológico, sin ser el derecho positivo en sí mismo juicio axiológico ninguno. «Die Entscheidung als Entscheidung ist nicht im logischen Sinne Urteil, auch nicht axiologisches Urteil, sie setzt nur ein axiologisches Urteil voraus» [31]. Aunque semejante exquisita separación no acabe por afianzarse, toda vez que Bassenge atribuye a la conciencia la averiguación de aquel derecho puro, del derecho como tal derecho [32]; puesto que sí es la conciencia moral, la «sittliche Gewissen», el órgano por donde es dable captar al derecho fenomenológicamente puro, restan sospechas de moverse en la zona del derecho natural.

De lo que no se aparta Gerhard Ledig en *Neue Gedanken über das Wesen der Strafe, Nuevos pensamientos acerca de la esencia de la pena* [33], ni en las aplicaciones del método fenomenológico a asuntos tan variados como las relaciones del Derecho con la economía o con el idioma en *Recht, Geld, Bild, Sprache (Strukturvergleichende Studien), Derecho, dinero, imagen, lengua (estudios estructurales comparativos)* [34]; ni Gerhardt Leibholz al llevar la fenomenología al derecho público en *Das Wesen der Repräsentation, La esencia de la representación* [35], prolongada en *Conceptos fundamentales de la política y de la teoría de la Constitución* [36]. Aplicaciones agudas a cuestiones concretas, en las que se da por presupuesta una doctrina general de la fenomenología jurídica que ninguno se había preocupado por construir.

Intentólo en cambio, en dirección pareja a la emprendida por Félix Kaufmann, Fritz Schreier en *Grundbegriffe und Grundformen des Rechts, Conceptos y formas fundamentales del derecho* [37]. Tampoco Schreier aspira a elaborar una teoría general, contentándose con reunir los materiales convenientes para una nueva construcción de los saberes jurídicos, la construcción fenomenológica, necesarios esfuerzos puesto que da por frustrados los trabajos de Adolf Reinach [38].

Para Schreier la ciencia del Derecho debe renunciar de antemano a saber qué sea el Derecho, dado se trata de una noción metafísica a la cual se

28. FRIEDRICH BASSENGE: *Das Versprechen*, 32.
29. En la *Revue internationale de la théorie du droit*, IV (1929-1930), 146-158.
30. En la *Revue internationale de la théorie du droit*, VIII (1934), 64-140.
31. F. BASSENGE: *Ethik der Strafe*, 135.
32. F. BASSENGE: *Ethik der Strafe*, 136.
33. En la *Revue internationale de la théorie du droit*, IX (1935), 124-135.
34. En la *Revue internationale de la théorie du droit*, VII (1932-1933), 186-247.
35. Berlín, Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Beiträge, XIII (1929), 1-214.
36. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1964, pág. 41.
37. Cito por la traducción de EDUARDO GARCÍA MAYNEZ, publicada en Buenos Aires, Editorial Losada, 1942.
38. FRITZ SCHREIER: *Concepto y formas fundamentales del derecho*, 21. También en las páginas 40-41 y 97-99.

presupone en lo que a los saberes jurídicos importa: fijar los principios jurídicos supremos. «Así como la geometría no puede definir al espacio, la ciencia jurídica no puede definir al Derecho» [39].

Al colocar a la definición del Derecho más allá de la problemática de los saberes jurídicos, al declarar sea imposible definirlo, ha independizado a los saberes jurídicos, negando deriven de ninguna otra disciplina, en especial de la ética. Con ello ha rechazado al jusnaturalismo, en especial al de Rudolf Stammler. Pues los principios no se determinan deduciéndolos por derivación, sino descubriéndolos merced al análisis fenomenológico. En las matemáticas la cuestión es harto sencilla; basta partir de axiomas indiscutidos, sin que quepa contradicción entre ellos. En los saberes jurídicos tales axiomas parecen no existir, pues si bien son dables dentro de un sistema particular, no son aplicables a la totalidad de los sistemas históricos. Mas, puesto que la sistemática ha de ser atemporal e inespacial, para no despeñarse en una tabla jusnaturalista de principios universalmente válidos en todos los tiempos y lugares, y no siendo por lo demás admisible averiguarlos empíricamente, hay que fijarlos apelando a procedimientos fenomenológicos en el esclarecimiento de una realidad previa, en la «aprehensión de algo ya existente [40].

Si el Derecho es algo real, sin ser por ello al par íntegramente realidad, los objetos del saber jurídico y de los actos jurídicos son las normas, objetos irreales, pero que se manifiestan en los hechos, de suerte que los hechos quedan enmarcados en ciertos conceptos y objetos irreales [41]. Para establecer la relación entre los conceptos fundamentales y los hechos Schreier acude a la filosofía de los valores, base de los saberes jurídicos en cuanto saberes de estimativa axiológica, mete al Derecho en la zona de la cultura, ordena a los saberes del Derecho en una «mathesis universalis» al gusto de la querida por Leibnitz [42]. Con lo cual la teoría del Derecho consistirá en la averiguación de aquellos principios apriorísticos y formales de las posibles doctrinas del Derecho; apriorísticos, porque valen para las esencias con carácter absoluto, esencias previas a los hechos; formales, porque las formas puras de la intuición fenomenológica carecen de contenidos, habida cuenta que los contenidos provienen precisamente de los hechos. Los saberes del Derecho son proposiciones inmutables, que no se hallan históricamente determinadas ni son conocidas mediante la inducción. Son proposiciones y no normas, proposiciones de derecho posible aptas para transformarse en normas de derecho positivo. De aquellas formas del derecho posible elige el legislador el material con que informar a las normas positivas, rellenando así de contenido histórico las formas. El derecho auténtico, real o posible, posee así mayor aptitud que el derecho positivo. A lo que está forzado el legislador es a optar dentro de las varias alternativas del derecho posible, so pena de no estatuir derecho; pero entre todas las variantes del abanico cultural es libre en la elección.

En lo que Fritz Schreier está de acuerdo con Adolf Reinach es en subrayar que los saberes filosóficos del Derecho construidos siguiendo la pauta del método fenomenológico no tienen nada que ver con el derecho natural. Porque el saber a lo fenomenológico es formal, no de contenidos, ni en con-

39. F. SCHREIER: *Concepto y formas fundamentales del derecho*, 29.
40. F. SCHREIER: *Concepto y formas fundamentales del derecho*, 81.
41. F. SCHREIER: *Concepto y formas fundametnales del derecho*, 84.
42. F. SCHREIER: *Concepto y formas fundamentales del derecho*, 132 y 113.

secuencia impone conceptos concretos con rigor forzoso. «Como doctrina del derecho posible, la teoría pura del derecho indica al legislador las regulaciones entre las que habrá de elegir; pero es incuestionable que no puede ejercer ninguna influencia sobre la elección» [43]. Es manojo de saberes múltiples, derivándose las formas jurídicas de los conceptos posibles. Derivaciones que desarrolla Fritz Schreier tocante al hecho y a la relación jurídica, al sujeto y al deber, a la prestación, a la sanción, a la obligación, a la deuda y a la responsabilidad.

Orientación aparte, preñada de pruritos de originalidad, eleva Wilhelm Schapp, discípulo directo de Husserl, en los dos tomos de *Die neue Wissenschaft vom Recht, La nueva ciencia del derecho* [44]; prolongados años más tarde en estudios de filosofía de la historia, cuales *Zur Metaphysik des Muttertums, La metafísica de lo maternal* [45], *Metaphysik der Naturwissenschaft, Metafísica de la ciencia natural* [46], *In Geschichten verstrickt, En las mallas de lo histórico* [47], y *Philosophie der Geschichten, Filosofía de lo histórico* [48]. Discípulo confesado de Adolf Reinach en *La nueva ciencia del derecho* [49], no pretende ni siquiera bosquejar ninguna página de doctrina jurídica fenomenológica general, yendo en cambio directamente a las instituciones concretas: al contrato y a la propiedad en cada uno de los dos tomos. Porque el Derecho subyace a los hechos y a las normas, ya que éste «encuentra» las fórmulas del auténtico derecho sin crearlas [50]; en el ejemplo del contrato bilateral las prestaciones han de cumplirse «sin necesidad del derecho positivo» [51]. Su aproximación a la escuela de Baden está en reducir el Derecho a fenómeno cultural, ya que los saberes filosóficos que van resultando de la indagación fenomenológica, son valores objetivos y estables [52]. Al ser valores culturales los saberes jurídicos, están sujetos a las mudanzas de la historia, siendo hacedero perseguir siglo tras siglo el desplazamiento del mundo de los valores [53]. De donde que en el tomo II de *La nueva ciencia del derecho* teorice a la propiedad como el resultado de un proceso de actividad creadora; «das Eigentum am Werke ensteht durch das Schaffen. Der konkrete Vorgang des Schaffens erzeugt das konkrete Eigentum» [54]. Historificación que reelabora en el sentido de encerrar al quehacer humano en un encadenamiento forzoso de relaciones axiológicas, positivas de valores o negativas de valores; mallas en las que cada conducta humana se encuentra enredada, idea de la que parte para teorizar su concepción de lo histórico, en la que va incluido el orden del Derecho; algo histórico que no se puede concebir más que en el cauce de la pertenencia a alguna situación histórica concreta; y valga la repetición del vocablo en su definición misma de que «Geschichte und In-Geschichte-verstrickt-sein gehören so eng zusammen, dass man beides nicht einmal in Gedanken trennen kann» [55]. Actitud que empuja

43. F. Schreier: *Concepto y formas fundamentales del derecho*, 141.
44. Dos tomos. Berlín-Grünewald, Walther Rotschild, 1930 y 1932.
45. Den Haag, Martinus Nijhoff, 1965. Ya terminado en 1937, como previsto tercer tomo de *Die neue Wissenschaft vom Recht*, consagrada a la institución de la familia.
46. Den Haag, Martinus Nijhoff, 1965.
47. Hamburg, Richard Meiner Verlag, 1953.
48. Leer, Ostfriesland, Gerhard Rautenberg, 1959.
49. Cito por la versión castellana del tomo I. Madrid, Revista de Occidente, 1931, pág. 240.
50. Wilhelm Schapp: *La nueva ciencia del derecho*, 49.
51. W. Schapp: *La nueva ciencia del derecho*, 163.
52. W. Schapp: *La nueva ciencia del derecho*, 17.
53. W. Schapp: *La nueva ciencia del derecho*, 26.
54. W. Schapp: *Die neue Wissenschaft vom Recht*, II, 84.
55. W. Shapp: *In Geschichten verstrickt*, 1.

a una historificación de situaciones históricas concretas de los saberes del Derecho, proseguida por su hijo Jan Schapp en lo tocante a la propiedad y al contrato en *Sein und Ort der Rechtsgebilde. Eine Untersuchung über Eigentum und Vertrag, Ser y lugar de la hechura del derecho. Una investigación sobre la propiedad y el contrato* [56].

Pareja historificación de los saberes filosóficos del Derecho en la línea fenomenológica es la llevada a cabo por Gerhart Husserl, hijo del fundador de la escuela, en diversos escritos, de los que son de mencionar especialmente los recogidos en los dos volúmenes *Recht und Zeit. Fünf rechtsphilosophische Essays, Derecho y tiempo, Cinco ensayos filosófico-jurídicos* [57] y *Recht und Welt. Rechtsphilosophische Abhandlungen, Derecho y mundo, Estudios de filosofía del derecho* [58]. A juicio de Husserl, hijo, las normas jurídicas se dan dentro de situaciones históricas concretas; porque no es que los órdenes jurídicos tengan historia, sino por mucho más, porque en sí mismos son historia. Lo cual no implica que el Derecho dependa de la coyuntura histórica; pues, si bien nace y muere en el tiempo, está sujeto a un proceso de destemporalización, lo que Gerhardt Husserl designa como el tiempo abstracto del Derecho. Tiempo abstracto del Derecho, a no confundir con la eternidad. «Kein Recht gilt ewig», ningún Derecho es eterno [59]. Lo que a su ver acontece es que en la sucesión de los ciclos culturales los valores de uno de ellos se transplantan a otros. Ahora bien, para que ese trasplante, que esta «Verpflanzung» pueda tener lugar, es preciso despojar a los saberes e ideas de sus coberturas fenoménicas; operación que permite descubrir debajo de los modos fenoménicos el núcleo del sentido o «Sinneskern» que subsiste al desvelar las formas históricas jurídicas concretas [60].

Mas este meollo destemporalizado del Derecho no se da en un orden superior de valores, cual sucedía en el derecho natural; son verdades jurídicas carentes de fuerza normadora, son las estructuras apriorísticas de lo jurídico, que permiten los diversos ordenamientos jurídicos posibles. Son los saberes del derecho positivo simples concretizaciones de aquellas realidades apriorísticas; mas estas realidades apriorísticas posibles existen en función de la realidad en que históricamente cuajan [61]. Las normas jurídicas se dan en sus fases históricas; como el tiempo no se detiene, progresan por así decirlo con el tiempo [62]. Así el mundo transcendente del Derecho tiene una realidad de ser finito; «das Sein des Rechts ist ein transzendentes, aber demmoch ein endliches Sein» [63]. Son dos tiempos y dos mundos: el abstracto y el histórico; pero el Derecho existe en la medida en que el tiempo abstracto se trueca en tiempo histórico y en la proporción en que el mundo de lo apriori cuaja en realidades; «konkretes Recht ist durch Verzeitung in der sozialen Wirklichkeit zeiträumlich fixiertes Recht. Es hat seinen individuellen Ort in der geschichtlichen Zeit» [64]. La temporalización viene a ser así una revelación histórica del ser jurídico, «das konkrete Recht ist Offenbarung des Rechts» [65]. La consecuencia de esta radical historificación es que el salto

56. Den Haag, Martinus Nijhoff, 1968, págs. 53-189.
57. Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1955.
58. Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1964.
59. GERHART HUSSERL: *Recht und welt*, 79.
60. G. HUSSERL: *Recht und Zeit*, 7-13.
61. G. HUSSERL: *Recht und Zeit*, 23.
62. G. HUSSERL: *Recht und Zeit*, 60.
63. G. HUSSERL: *Recht und Welt*, 81.
64. G. HUSSERL: *Recht und Welt*, 83.
65. Ibídem.

del ser abstracto al ser concreto tiene lugar con arreglo a la lógica de la razón práctica, en el marco de la comunidad de los individuos y alrededor de la instancia unitaria de la Constitución, que es el pilar de cada ordenamiento jurídico concreto. Por lo cual no caben en definitiva saberes filosóficos jurídicos absolutos, esto es, no existen saberes filosóficos jurídicos a secas; no es posible hablar de unos saberes del Derecho en la acepción de la ciencia rigurosa que es la filosofía; «von einer Theorie im Sinne strenger Wissenschaft kann dabei freilichh keine Rede sein» [66]. Al compás de lo que sucedió con el ensayo historificador de Wilhelm Schapp, también Gerhart Husserl termina por negar los saberes filosóficos del Derecho.

Uno de los dos intentos de construir sistemática fenomenológica del Derecho es el de Paul Amzelek en *Méthode phénoménologique et théorie du droit, Método fenomenológico del derecho y teoría del derecho* [67]; por lo menos es el único que ha merecido amplio comentario crítico nada menos que desde la pluma de Hans Kelsen en las nutridas y vivaces páginas de *Eine phänomenologische Rechtstheorie, Una teoría fenomenológica del derecho* [68]. Amzelek distingue dos cuestiones: el tema de la fenomenología del Derecho, o sea como se constituye el objeto delante del jurista; y el problema de la fenomenología de la teoría del Derecho, es decir, como el jurista encuentra a ese objeto y se pone en relación con él [69]. Aunque apoyándose en la purificación kelseniana de los saberes jurídicos, opina Amzelek que solamente la aplicación del método fenomenológico es asequible para proporcionar tratamiento científico del Derecho, dado que es el solo procedimiento para superar la contraposición entre el mundo de las ideas y el mundo de los sentidos; con lo que de paso echando mano de este método fenomenológico quedan excluidos los dos peligros del sociologismo y del logicismo [70], el que respectivamente Kelsen evitó y en el que cayera. La juridicidad en cuanto esencia específica del fenómeno jurídico consíguese mediante las intuiciones, en la reducción eidética que elimina el aspecto sonámbulo de la doctrina, «cet aspect un peu somnambulique de la théorie juridique» [71]. Es el método que permite negar sea la coacción el rasgo calificador del fenómeno jurídico, recortándola a su verdadera dimensión de técnica en la aplicación de las normas. Equívoco sociologizante al que se corresponde el otro yerro de buscar justificaciones para los saberes jurídicos fuera del Derecho mismo, en fines transcendentes por Paul Amzelek negados en la trinchera de la negación del jusnaturalismo común a la totalidad de los fenomenólogos del Derecho [72]. La fijación de la significación que hace a lo jurídico ser jurídico ha de orientarse en la introspección, en «retrouver au fond de nous-mêmes la signification que nous donnons spontanément à une réglamentation qui se présente à nous comme juridique» [73]. Con la introspección descúbrese la categoría transcendente apriorística que es el Derecho [74]. No se trata de normas éticas ni de opiniones singulares; son modelos o esquemas que permiten enjuiciar a los modelos históricos concretos [75]. Con lo cual los saberes filosóficos del Derecho pasan a ser saberes

66. G. Husserl: *Recht und Welt*, 92.
67. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1964.
68. En la *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, XV (1965), 353-409.
69. Paul Amzelek: *Méthode phénomenologique*, 42.
70. P. Amzelek: *Méthode phénomenologique*, 148-150.
71. P. Amzelek: *Méthode phénomenologique*, 218.
72. P. Amzelek: *Méthode phénomenologique*, 269.
73. P. Amzelek: *Méthode phénomenologique*, 273.
74. P. Amzelek: *Méthode phénomenologique*, 276.
75. P. Amzelek: *Méthode phénomenologique*, 288.

comunes o vulgares del Derecho. Al responder a la primera de las cuestiones planteadas, Paul Amzelek ha confundido al saber filosófico racional con el saber vulgar evidente, confusión que imposibilita una respuesta adecuada a la calificación fenomenológica de los saberes jurídicos.

Por lo que concierne a la segunda pregunta, a la de la fenomenología de la teoría del Derecho, cae en otra confusión terminológica. Para Amzelek hay dos actitudes posibles: las que llama científica y técnica. Delante del Derecho, se puede tomar a las normas jurídicas como manifestaciones históricas de fenómenos a explicar poniéndolos en relación con otros fenómenos, postura científica; o se las puede considerar como instrumentos con que acercarse a la realidad para aplicarlas, y es la postura del técnico. Aquélla es la del «homo sapiens», ésta la del «homo faber» [76]. A lo que hay que añadir dos ampliaciones; la primera que el deber científico de la norma requiere conocer las causas en el sentido ejemplar, causas que diferencian a los hechos jurídicos o normas de los que no lo son, a tenor de sus conexiones con los modelos apriorísticos en que el verdadero derecho consiste para los fenomenólogos [77]; la segunda, que en el lado técnico hay que discernir a la técnica propiamente tal, que es la tarea del legislador creando las normas positivas, de la tecnología, que es la función del juez aplicando las normas por el legislador establecidas, lo que Amzelek denomina respectivamente política y arte práctico del Derecho [78]. Lo que quiere decir que Paul Amzelek define los cuatro saberes posibles del Derecho contemplados en el presente *Tratado* con otros nombres distintos. Al saber vulgar o común le llama saber de la fenomenología del Derecho; al saber filosófico dícele saber científico; al saber científico apellídale saber técnico; y al saber técnico califícalo por tecnológico. Bien entendido que en la caracterización del saber filosófico, por él nombrado científico, cae bajo las limitaciones de los presupuestos del método fenomenológico.

El procedimiento propuesto es el de la reducción eidética, incluido el análisis de las normas en el contexto histórico y psicológico en que se dan a fin de conseguir los elementos de los modelos científicos de los fenómenos jurídicos [79]. Lo que invalida la purificación de matriz kelseniana y metodología fenomenológica, porque, aunque indirectamente, se dan entrada en los saberes jurídicos a la psicología y a la sociología, como él mismo ha de reconocer al escribir que «la science du droit est, elle aussi, psychologique et sociologique» [80]. La actividad del jurista estará en fabricar los modelos según los cuales haya de operar el dador de las leyes, el legislador; lo que separa a los saberes fenomenológicos del derecho natural será que en la doctrina de Amzelek el jurista fenomenólogo crea a los modelos, mientras que en el jusnaturalismo descubre los principios en el orden de los seres; que el jurista fenomenólogo es creador, al paso que el jurista del jusnaturalismo se contenta con ser el descubridor del Derecho. Su crítica al derecho natural radica ahí, en que «cette vue métaphysique s'estompe lorsque l'on aperçoit que c'est le savant qui élabore des schémes du réel, qui fabrique les modèles expliquant pourquoi le jurislateur a tel comportement norma-

76. P. AMZELEK: *Méthode phénomenologique*, 364.
77. P. AMZELEK: *Méthode phénomenologique*, 365-367.
78. P. AMZELEK: *Méthode phénomenologique*, 367-368.
79. P. AMZELEK: *Méthode phénomenologique*, 427.
80. P. AMZELEK: *Méthode phénomenologique*, 427.

teur» [81]; dado que «ce sont des modèles scientifiques créés de toutes pièces par la science du droit» [82].

Conclusión que excede ya a la fenomenología del Derecho; porque la misión de crear los modelos científicos asignada por Paul Amzelek a la teoría de los saberes jurídicos es la misma que le asigna el estructuralismo, como se ve en la glosa siguiente.

Quizás el más original, exacto y construido sistema generado por la fenomenología en el Derecho es el presentado por el suizo, abogado en Lucerna y profesor en Friburgo, Alois Troller en su *Überall gültige Prinzipien der Rechtswissenschaft, Principios de la ciencia jurídica válidos dondequiera;* sin las ambiciosas pretensiones de Paul Amzelek, es Troller el más leal seguidor de Edmond Husserl, cuyas ideas recoge con cuidada mesura. Troller se remite directa y constantemente a Husserl, dando de lado a las versiones de la fenomenología elaboradas por Martín Heidegger y por Max Scheler, a quienes acusa de haberse desviado del genuino método fenomenológico [83]. Con tamaña cabal fidelidad de Husserl que a él se remite para la fijación de los presupuestos básicos del saber jurídico, cuales las nociones de Dios, del ser, de la existencia humana, de la importancia del idioma [84]. El objeto del libro es aplicar a los saberes jurídicos sin reservas, «vorbehaltlos», lo que Husserl discurrió para la filosofía en general [85].

De ahí que sea su meta forjar una filosofía del Derecho que pueda constituirse por ciencia rigurosa del Derecho, en cuyo seno entrará la filosofía jurídica propiamente dicha.

Siguiendo a Husserl, distingue en toda ciencia al método del contenido, otorgando idéntico relieve a ambos aspectos. El objeto de la ciencia jurídica que marca al contenido es el ordenamiento jurídico, tal como se ofrece al corazón humano; lo que equivale a asignarla por tema las relaciones entre los hombres, «die zwischenmenschlichen Beziehungen»; que en último término, a tenor de la concepción fenomenológica del mundo, equivale al universo vital del hombre, «die Rechtswissenschaft ist somit bezogen auf die menschliche Lebenswelt» [86]. En esta ciencia rígida y precisa del Derecho aparecen los saberes filosóficos como su parcela más elevada, la que indaga el contenido de la justicia, pues es la justicia la meta de la filosofía jurídica, «die Gerechtigkeit ist das Ziel der Rechtsphilosophie» [87]. O sea que los saberes filosóficos del Derecho se dan en esa ciencia rigurosa del Derecho concebida al modo en que Edmond Husserl concibiera a la filosofía, por «strenge Wissenschaft», por ciencia rigurosa. La diversificación entre la ciencia del Derecho como ciencia filosófica de los saberes jurídicos y la filosofía del Derecho cual saber filosófico de la justicia, cae por resultado artificial; los saberes filosóficos del Derecho corresponden para Alois Troiler a la ciencia rigurosa del Derecho.

Ciencia elaborada, no hay que insistir en ello, con arreglo al método fenomenológico más estricto, el método husserliano que detalla como el único capaz de evitar los errores de los demás procedimientos metodoló-

81. P. AMZELEK: *Méthode phénomenologique,* 445.
82. Ibídem.
83. Frankfurt am Main-Berlín, Alfred Metzner Verlag, 1965, pág. 32.
84. ALOIS TROLLER: *Überall gültige Prinzipien der Rechtswissenschaft,* 205.
85. A. TROLLER: *Prinzipien,* 28.
86. A. TROLLER: *Prinzipien,* 49.
87. A. TROLLER: *Prinzipien,* 14.

gicos con rotundidad harto expresiva [88]. Con el resultado de que, si bien los saberes jurídicos tocan a los del área del Espíritu y no a los de la naturaleza [89], ante la reducción fenomenológica, por igual aplicable para ambas zonas del saber, caen todas las separaciones y asoma el mundo como complejo total abierto a la inquisición humana [90].

El campo de los saberes jurídicos es el ordenamiento jurídico, las relaciones entre los hombres. Punto de partida es la conciencia, porque lo primero que hay que conocer es aquello que en la conciencia aparece; «zu allererst muss sie wissen, was in Bewusstsein erscheint» [91]. A través de las reducciones fenomenológicas dáse en la conciencia la visión radical de las esencias, visión que es lo más importante para el Derecho puesto que procura la separación entre la esencia y la existencia [92]. El saber del Derecho mana de la captación del flujo de las vivencias en la conciencia a tenor de la intencionalidad característica [93]. Postura típica de la fenomenología, usada con detalles por Alois Troller y en la que no es preciso insistir para no alargar innecesariamente la presente glosa.

El legislador no crea al Derecho, sino que lo encuentra en la conciencia a través de las reducciones fenomenológicas [94]. De ahí la universalidad de los saberes jurídicos, puesta de manifiesto en que de seguir el procedimiento fenomenológico asoman lazos de engarce humano independientemente de razas, pueblos, tiempos o lugares [95]. Principios válidos donde quiera, cuyo hallazgo es el tema de la ciencia jurídica [96] y que abastecen el título a la obra de Alois Troller. Y principios que nada tienen que ver con el derecho natural neokantiano a lo Rudolf Stammler, puesto que no se limitan a la forma, antes implican contenidos [97]; ni tampoco con la polémica entre positivismo y jusnaturalismo, que Troller juzga superada con la aplicación del método fenomenológico husserliano, aunque se haga eco de ella a fuer de cuestión que juzga tan ineludible como insoluble [98].

De la construcción de Alois Troller, sin duda la más genuina y precisa dentro de las incursiones fenomenológicas en los saberes jurídicos, queda flotante una conclusión, por él no apurada, pero implícita: la de acabar en referir el Derecho al juez y el saber filosófico al saber técnico. Pues si el Derecho radica en la conciencia y si la aplicación definitiva del Derecho por el juez es lo que genera aquella paz que es el fin último perseguido por el ordenamiento jurídico estudiado por la ciencia del Derecho, será la conciencia del juez la que a la postre fije al Derecho mismo. Va implícitamente confesado al advertir que en el proceso todos los argumentos y testimonios van encaminados a proyectarse «im Bewusstsein des Richters», en la conciencia del juez decididor [99]. Con lo cual los saberes filosóficos del Derecho, primero revestidos de científicos, terminan por dar en simples saberes técnicos. Mucho más si tenemos en cuenta que Troller recorta la tarea del

88. A. TROLLER: *Prinzipien*, 24 25.
89. A. TROLLER: *Prinzipien*, 17.
90. A. TROLLER: *Prinzipien*, 19-20.
91. A. TROLLER: *Prinzipien*, 33. Más ampliamente en la pág. 58.
92. A. TROLLER: *Prinzipien*, 38-39.
93. A. TROLLER: *Prinzipien*, 44-45.
94. A. TROLLER: *Prinzipien*, 100.
95. A. TROLLER: *Prinzipien*, 193.
96. Ibídem.
97. A. TROLLER: *Prinzipien*, 5 y 206.
98. A. TROLLER: *Prinzipien*, 142.
99. A. TROLLER: *Prinzipien*, 191.

legislador a la de hallar al Derecho fenomenológicamente preexistente y atribuye al juez las dos tareas del establecimiento y mantenimiento del ordenamiento jurídico, equiparando las funciones judiciales a las del constructor de un edificio con los materiales que el legislador le había preparado [100]. Tal cual los flecos de la fenomenología jurídica desgranan en Paul Amzelek premisas estructuralistas, en Alois Troller sacrifican los saberes filosóficos a los saberes técnicos del Derecho. Otra de las sorpresas de este movimiento intelectual tan extraño en sus inesperadas secuelas cuanto renovador en sus originales planteamientos.

Pues la fenomenología llevada hasta el Derecho poseyó el mérito, reconocido por Ernesto Molinari en *Il processo nella prospettiva della fenomenologia tedesca contemporanea, El proceso en la perspectiva de la fenomenología alemana contemporánea,* de dejar atrás al formalismo puesto que asume los hechos dentro del sistema de los saberes jurídicos [101]. Bajo el ímpetu inicial de buscar al Derecho en su ser transcendente a la realidad histórica, aparecen esquemas últimos de otra nueva realidad independiente de sentidos éticos, sin coloridos determinados, válida por sí misma. Para acercarla a la vida jurídica una serie de autores como Félix Kaufmann o Friedrich Schreier la fundieron con la teoría de los valores, amén de tomar en cuenta el logicismo depurado de Kelsen; otros, cuales Wilhelm Schapp y Gerhart Husserl la insertaban en los ciclos del devenir histórico; alguno, Alois Troller, se inclina por traer los saberes filosóficos a los técnicos, exaltando la conciencia del juez como escalón definitivo del tipo de conciencia en donde el Derecho anida; mientras otra línea radical, la que corre desde Adolf Reinach a Paul Amzelek pasando por Friedrich Bassenge y por Gerhard Ledig, inquiere los esquemas apriorísticos y absolutos, desligados del proceso histórico y sin coloraciones axiológicas. Que es la premisa del estructuralismo por muchas e ingentes que sean las diferencias que entre fenomenología y estructuralismo medien; desde Paul Amzelek, sobre todo, queda clavada una actitud en la que resulta sobremanera fácil calibrar la teoría de los saberes jurídicos del estructuralismo.

100. A. TROLLER: *Prinzipien,* 100-101.
101. En la *Rivista internazionale di filosofia del diritto,* XXXVIII (1961), 695-707. Cita a la página 696.

31. Impacto del método estructuralista en los saberes jurídicos

Brinda la fenomenología aparente parentesco con el estructuralismo en cuanto la meta deseada es la de inquirir unos esquemas subyacentes a las realidades empíricas o a los datos averiguados por los testimonios de los sentidos, esquemas sueltos de valoraciones y sobre todo de cualquier colorido eticista. Roland Maspétiol en *L'apport à la théorie de l'Etat des méthodes phénomenologiques et structuralistes, La aportación a la teoría del Estado de los métodos fenomenológicos y estructuralistas* [1] y José Antonio Pérez de Gracia en *Distintos entendimientos del estructuralismo y la estructura* [2] han compilado las semejanzas, circunscritas a la búsqueda de una realidad ínsita en el transfondo de las cosas, realidad del hondón en cuya trama pudiera darse la esencia de lo jurídico. Aunque abunden más las diferencias que los parecidos. La fenomenología busca esencias, el estructuralismo propone modelos; la fenomenología emplea la reducción eidética, el estructuralista maneja la hipótesis de una totalidad referida a cada una de las relaciones que analiza; el fenomenólogo anda a procura de esencias, el estructuralista trata de captar la sincronía de lo permanente en unas relaciones; el fenomenólogo centra su labor en el testimonio de la conciencia, mientras que para el estructuralista los modelos profundos situados debajo de las relaciones observables aparecen desvelados a golpes de razonamiento. Es que la fenomenología nació como réplica filosófica al positivismo, al paso que el estructuralismo, acunado en matrices positivistas, prescinde de las más mínimas intenciones de forjar saberes filosóficos.

En realidad el estructuralismo no aspira siquiera a formular una teoría del saber científico, ni mucho menos una teoría de la ciencia, aunque sí sus afanes arriben a saberes de calidad científica, al menos en razón de la manera de los análisis a que reconduce el método del conocimiento. El estructuralismo postula un sistema en el aquilatamiento del fondo sincrónico de lo que perdura prescindiendo de los procesos diacrónicos que son materia del estudio de la historia. Es saber de lo permanente, pero no saber de las esencias; saber de relaciones, no saber de los seres; es saber global reflejando en las partes, sin que sea posible saltar desde éstas al todo, contentándose con mirar el reflejo del todo presupuesto sobre las partes contempladas.

Lo que importa sobre todo al plantear la cuestión de la posible aplicación del estructuralismo al Derecho es no confundir a la estructura tal como es entendida por los estructuralistas con lo que generalmente suele entenderse por estructura, y sobre todo distinguirla con la máxima precisión posible del

1. En los *Archives de philosophie du droit*, XV (1970) ,282.
2. En el volumen *Estructuralismo y derecho*. Madrid, Alianza Editorial, 1973, pág. 201.

concepto de función. Para el estructuralismo es estructura aquella realidad subyacente a las relaciones y a los hechos, formada sin intervención de la razón ni de la voluntad humanas e independiente del curso del acontecer; para el estructuralista el hombre no crea a las estructuras, sino que las recibe irremediablemente. Una estructura social, al tipo de las que expresa el Derecho, va referida a los modelos que sirven de sostén a la realidad empírica de las relaciones o de los datos, nunca afecta a las relaciones o a los datos en cuanto tales. Por eso las estructuras no pueden ser adquiridas por las vías de la inducción, sino comprobando deductivamente la proyección de los modelos sobre las relaciones o los datos que se observan. Pues las estructuras residen en los modelos que ofrecen la pauta de los hechos o de las relaciones; en las funciones, igual que en la constitución de las cosas, háblase de una estructura que no tiene nada que ver con lo que por estructura entienden los estructuralistas.

Con admirable concisión ha sido caracterizada la estructura por Antonio Hernández Gil en la *Metodología de la ciencia del derecho* por ocho notas básicas: la existencia de elementos que cumplen el papel de unidad dentro de la estructura; la totalidad, junto con las propiedades que permiten definir a la estructura asumida como totalidad de aquellas totalidades que no son estructuras; la conexión entre la totalidad y sus elementos componentes, en cuanto éstos se relacionan entre sí bajo la dependencia de la totalidad; las modificaciones que la alteración de algún elemento genera en el conjunto; la solidaridad que los anuda dentro de la estructura; y la autorregulación que permite a la estructura establecer sus reglas propias en el mantenimiento de su totalidad cerrada [3].

Aclaración importantísima para aislar el campo del estructuralismo jurídico, dado son demasiado bastantes los juristas que han empleado al vocablo estructura en acepción no estructuralista, hablando de la significación vulgar del esquema de una casa, de un edificio o de una máquina, por ejemplo; si es que no de en un orden normativo jerarquizado o de un complejo de funciones sociales. En la mentada *Metodología de la ciencia del derecho* Antonio Hernández Gil ha subrayado como en ese valor vulgar fue utilizada la estructura por Von Savigny, por Von Jhering, por Maurice Hauriou o por Santi Romano, bajo los apelativos de sistemas, de técnica metodológica o de institución [4]; al paso que J. Viet en *Les méthodes structuralistes dans les sciences sociales, Los métodos estructuralistas en las ciencias sociales,* ha señalado los precedentes encontrables en los escritos de Spencer [5], o que Luis Legaz Lacambra en *Estructuralismo en el derecho* ha reseñado los precedentes de Jean Roy al escribir en 1926 un libro en torno a *La structure logique du Code civil français,* de Werner Goldschmidt en la *Introducción al derecho* [6] o del propio Legaz, cuando en su *Filosofía del derecho* y en el artículo *Die soziale Struktur und die Formen des Rechts, La estructura social y las formas del derecho* [7], alude a la estructura en el Derecho [8]. También pudiera recordarse a Hans Kelsen al teorizar la estructura lógica de la norma o a Hans Welzel cuando en la *Introducción a la filosofía del derecho* incide en un derecho natural, en su vocabulario ética material de los valores, cuajado

3. Antonio Hernández Gil: *Metodología de la ciencia del derecho,* II, II (1971), 283.
4. A. Hernández Gil: *Metodología,* II, 370-389.
5. París-LaHaye, Mouton, 1967, págs. 2-3.
6. Madrid, Aguilar, 1960.
7. En el *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. Beiheft* 38 (1961), 15-27.
8. Madrid, Vda. de C. Bermejo, 1969, págs. 15-16.

en «estructuras sociales humanas» [9], que serían los fundamentos objetivos del Derecho; porque viene a confundir la estructura con la naturaleza de la cosa, siendo así que para el estructuralismo la estructura no consiste en la cosa como tal, pero en el esquema subyacente desde el cual y no desde la naturaleza habría que intentar entender al Derecho.

Tampoco caben que el seno del estructuralismo otras posturas que, no obstante, hay que darlas por afines, aunque la mezcla de nociones las deje resueltamente por ajenas a la tendencia. Tal la teoría tridimensional concreta defendida por Miguel Reale en la *Filosofia do direito, Filosofía del derecho,* si no fuera por la insistencia en subrayar lo concreto; por lo cual historifica a lo jurídico, de suerte que al hablar de estructuras es para hacer notar que «a pesquisa do direito como fenómeno configurial objetivamente con estructuras propias» fue conquista de los modernos estudios sociológicos [10]. Trance repetido por Vittorio Frosini en *La struttura del diritto, La estructura del derecho,* si no se empeñara en traspasar a la realidad jurídica idénticos procedimientos a los empleados en la psicología por la escuela alemana de la «Gestalt»; esto es, colocando a la estructura como forma interna dentro de la acción para el establecimiento de un derecho cual complejo de normas en las que la acción acaba objetivándose [11]; con lo cual la estructura, más que estable, confiere estabilidad al Derecho, pues es el factor objetivador de la acción de la que el Derecho nace; mas, a fuer de factor estabilizador, carece de la intemporalidad de las estructuras sincrónicas auténticas, perdiéndose en los mudables giros diacrónicos del acaecer histórico; sus resultados no serían estables y sí variables, dado que ella misma es de por sí mudadiza; sería la forma interna constituidora de un organismo, cual lo era en la psicología de la forma, en la «Gestaltspsychologie», nunca la realidad de contenidos subyacentes al organismo, cual el mismo Frosini confiesa en *Il concetto di struttura e la cultura giuridica contemporanea, El concepto de estructura y la cultura jurídica contemporánea* [12]; viniendo a mezclarse estructura y organismo, dos nociones que en el volumen I de este *Tratado* vimos eran incompatibles para el genuino pensamiento estructuralista. No cabiendo tampoco calificar por análogos motivos de estructuralista la postura mantenida por Dino Pasini en *Vita e forma nella realtà del diritto, Vida y forma en la realidad del derecho,* dado que para él la estructura queda recortada al momento normativo, emparedada entre la situación fáctica previa y la orientación teleológica que se persiga [13]. Ni es asimismo lícito igualmente diputar por estructuralista a René Marcic porque en su *Rechtsphilosophie. Eine Einführung, Filosofía del derecho. Una introducción,* traiga referencias a una estructura escalonada del Derecho, expresada en la jerarquía de los niveles referidos [14]; porque estrecharíamos la estructura a simple concepto de orden jerárquico, con lo que no saldríamos de la estructura normativa de Kelsen o del equilibrio inestable de los niveles en profundidad de Georges Gurvitch, según se tomara tal escalonamiento en sus facetas formalista o sociológica.

Mas si tales puntualizaciones son dignas de respeto, dado responden a actitudes científicas más o menos precisables en el manejo del término es-

9. Madrid, Aguilar, 1971, pág. 258.
10. São Paulo, Saraiva, 1969, pág. 445.
11. Milano, Giuffré, 1962, págs. 12-13.
12. En la *Rivista internazionale di filosofia del diritto,* XXXVI (1959), 168.
13. Milano, Giuffré, 1964, pág. 55.
14. Freiburg im Breisgau, Rombach, 1969.

tructura, no cabe decir lo mismo, por muchas consideraciones personales que al autor sean guardadas, del libro *La estructura lógico-real de la norma jurídica* de Nicolás López Calera, ya que se trata de un amasijo inconexo, repleto de ignorancias y de contradicciones, oscilante en confuso revoltijo entre el funcionalismo no verdaderamente estructuralista de Bonislaw Malinovski y la dialéctica hegeliana; donde se confunde a la estructura de la norma con la estructura de la sociedad [15], al tiempo histórico con el ritmo estructural [16], a la norma ontológicamente considerada con su realización histórica [17], al funcionalismo con la naturaleza de la cosa [18], a la estructura con la organización [19]; donde aprendemos la existencia de estructuras «ideales» [20]; donde la sociedad aparece por «puro deber ser» [21]; donde la biología y la historia entran a formar parte de la estructura [22]; donde se equipara a la «función estructural», con la «función desarrollada por una estructura» [23]; donde el análisis estructural, o lo que López Calera cree es el análisis estructural, llega a captar a la estructura por caminos empíricos [24]; donde las ideologías forman parte constitutiva de las estructuras [25]; donde se intenta remedar a Carlos Marx hablando de superestructuras, infraestructuras y estructuras en galimatías que agota las paciencias del más sufrido de los lectores [26]; donde nos enteramos de la insólita posibilidad de que haya estructuras subjetivas [27], sin duda insertas en la dialéctica concreta [28], hegelismo borroso en verdad de imprecisa nebulosa consecución [29]. Todo por reducir el Derecho a la norma positiva, arrastrado de un menosprecio olímpico que es odio presente al mismo derecho natural [30], en ocasiones otras de su vida académica tan fervorosamente profesado y que le conduce a la restauración de la no ciertamente moderna doctrina positivista del reconocimiento de Bierling [31], cuando no a relativismo tan completo que hasta la idea de la justicia queda relativizada [32] en aras de un antropocentrismo en donde Dios para nada cuenta [33] y por el cual concluye la no en verdad tampoco novedosa tesis positivista y totalitaria de que toca al poder político decidir acerca de los valores sociales dignos de protección [34]; esto es, sobre lo por López Calera definido como estructuras, por más sea harto sabido que tales valores no son para los estructuralistas estructuras de ninguna especie. Claro, eso sí, siempre que se trate de un poder democrático y no liberal, a tono con sus inclinaciones totalitarias, de la voluntad de la mayoría con las faculta-

15. Madrid, Editora Nacional, 1969, pág. 72.
16. Ibídem.
17. N. López Calera: *La estructura lógico-real de la norma jurídica*, 56.
18. N. López Calera: *La estructura*, 40-42, 136, 128.
19. N. López Calera: *La estructura*, 156.
20. N. López Calera: *La estructura*, 154. ¿Las habrá mezclado con los «modelos» de Claude Levi-Strauss? De tal autor cabe esperarlo todo.
21. N. López Calera: *La estructura*, 156.
22. N. López Calera: *La estructura*, 159.
23. N. López Calera: *La estructura*, 42.
24. N. López Calera: *La estructura*, 43.
25. N. López Calera: *La estructura*, 161.
26. N. López Calera: *La estructura*, 153-166.
27. N. López Calera: *La estructura*, 153.
28. N. López Calera: *La estructura*, 166.
29. Por ejemplo, en la pág. 122 de *La estructura* mentada.
30. N. López Calera: *La estructura*, 53, 55, 57, 59, 134, 149, 154.
31. N. López Calera: *La estructura*, 111.
32. N. López Calera: *La estructura*, 51, 104, 109-110, 113.
33. N. López Calera: *La estructura*, 110, 149.
34. N. López Calera: *La estructura*, 113.

des sin límites de la democracia rousseauniana [35]. Libro donde el estructuralismo no asoma por ningún sitio, pues el autor en la obscura neblina de sus habituales confusiones ignora lo que el estructuralismo sea. Ya magistralmente Antonio Hernández Gil ha dado enjuta pero contundente reseña de los yerros de López Calera [36], otorgándole más importancia de la que tan torpe libro mereciera y sobre el cual más ampliamente volveré en mi *La filosofía jurídica del profesor López Calera.*

Lo cierto es que el estructuralismo ha tenido hasta el presente menguada repercusión en las disciplinas jurídicas. Jean Carbonnier en *Las estructuras en derecho privado* niega hayan penetrado los conceptos estructuralistas en los cuadros de los saberes jusprivatistas, en modo que si se usa la palabra estructura es colgándolas de sus significaciones vulgares [37]; conclusión pareja a la que adviene Andrés Mathiot en *La palabra estructura en derecho público,* en donde afirma que, tal vez a causa de haberse introducido tomándola de las temáticas sociológicas y por mor de la comodidad expresiva, no corresponde a ningún sentido técnico particular ni revela originalidad en relación con el lenguaje corriente [38]. En el derecho público también si acaso es empleada en el tono vulgar, sin portársela a la versión estructuralista de los vocablos; tal, por ejemplo, Georges Burdeau en el *Traité de science politique, Tratado de ciencia política,* al aludir a la estructura federativa del Estado federal [39].

Otro tanto acontece entre los tratadistas de filosofía del Derecho, aunque adoben la estructura con matices. Así Widar Cesarini Sforza en *Norma giuridica e struttura sociale, Norma jurídica y estructura social,* admite, aun sin citarle, las orientaciones no ortodoxas de George Gurvitch [40]. Así Ilmar Tammelo en *Logical structure of the Legal norm and of Legal state of affairs, Estructura lógica de la norma legal y estado de las cuestiones jurídicas,* maneja a la estructura en un plano logicista que recuerda el modo en que la empleó Hans Kelsen [41]. Pudiendo emitirse juicio análogo al que suscitan estos autores de lo que aporta Angel Sánchez de la Torre en *La estructura lógica de la proposición normativa* [42], a tono con la siempre certera opinión de Antonio Hernández Gil en la *Metodología de la ciencia del derecho* [43].

Otros escritores, sin embargo, han precisado más los contenidos y perfilado la terminología, por más que los avances en la precisión resulten del confrontamiento con los hallazgos obtenibles con el empleo del método fenomenológico. Es el estilo con que aborda la cuestión Jürgen von Kempski en el estudio *Gedanken zu einer Strukturtheorie des Rechts, Ideas para una teoría de la estructura del derecho,* de 1957 [44], adelantando puntos de vista más tarde desenvueltos en el libro *Grundlegung zu einer Strukturtheorie des Rechts, Fundamento para una teoría de la estructura del derecho* [45]. Arran-

35. N. López Calera: *La estructura,* 110, 113, 126.
36. A. Hernández Gil: *Metodología de la ciencia del derecho,* II, 399-408.
37. En el volumen *Sentido y usos del término estructura en las ciencias del hombre.* Buenos Aires, Paidos, 1968, págs. 57-59.
38. En el mismo volumen *Sentidos y usos,* 61-64.
39. París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, II (1949), 409.
40. En la *Rivista internazionale di filosofia del diritto,* XXXVII (1960), 128-129.
41. En *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag.* Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1969, págs. 143-149.
42. En la *Revista de Derecho privado,* de 1971, págs 3-16.
43. A. Hernández Gil: *Metodología,* II, 408-412.
44. En el *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie,* XLIII (1957), 471-485.
45. Wiesbaden, Steiner, 1961.

cando de la noción casi geothiana de que el hombre es un ser en acción, lo que trae consigo su capacidad para legislarse a sí mismo kantianamente en vestes de legislador universal, contempla la aparición de un entramado de relaciones, las cuales únicamente varían a tenor del resultado de las acciones humanas. La estructura sería la legislación general que es dable constituir para marco de las posibilidades del actuar jurídico de los hombres, estructura por él propugnada «in metodisch adäquater Weise su erfassen», comprender de manera metódicamente adecuada merced al planteamiento que proyecta [46]. Método que consiste en penetrar las relaciones esenciales tomando las «strukturelle Zusamenhänge» por «Wesenzusammenhänge», las conexiones estructurales como conexiones de esencias, único proceder hábil para alcanzar aquellas relaciones últimas que, al ser subyacentes, escapan a la indagación fenomenológica [47]. Concepción a su modo estructuralista del Derecho acogida por Ulrich Meyer-Cording en *Die Rechtsnormen, Las normas jurídicas*, en el sentido de ver en las estructuras lo permanente de la conducta humana en el cuadro de las relaciones sociales [48].

Delante de tamaño fárrago de actitudes paréceme que el mejor procedimiento para conocer la repercusión posible del estructuralismo en el terreno jurídico será el de acudir a los capitanes de la tendencia, excluyendo de antemano a Ferdinand de Saussure, puesto que sus preocupaciones quedaron encerradas escuetamente en la filología. Dado que el Derecho es saber que entra en las llamadas ciencias sociales y que Claude Lévi-Strauss es quien ensancha las áreas estructuralistas a los medios de comunicación social ajenos al lenguaje, será la posición de Claude Lévi-Strauss tocante al Derecho la primera lumbre para dar respuesta a la pregunta objeto de la presente glosa.

Para Lévi-Strauss los saberes científicos verdaderos son los de las ciencias naturales, dotadas de un rigor del que carecen las que afectan al estudio de la sociedad. En *Criterios científicos en las disciplinas humanas y sociales* escribe con acentos de confesión personal no exentos de toques de melancolías como «el autor del presente artículo ha consagrado toda su vida a la práctica de las ciencias humanas y sociales. Pero no se siente en manera alguna molesto por reconocer que entre éstas y las ciencias exactas y naturales no se podría establecer ninguna paridad: éstas son ciencias y las primeras no lo son» [49]. Punto de partida tajante, aunque luego lo endulce echando mano de la explicación histórica de que quienes se ocuparon de las ciencias exactas y naturales, ciencias ejemplares por antonomasia, pudieron hacerlo sin sufrir presiones de la masa, sin verse acosados por la necesidad de proporcionar explicaciones de la especie de las requeridas en los problemas que rozan al ser humano [50]. Dualismo infecundo para los saberes humanos y sociales que solamente puede ser sobrepasado procurando indagar los saberes de ellas del modo más parecido a los métodos de las ciencias naturales; es lo que se ha hecho por Ferdinand de Saussure en la lingüística y por ello la lingüística ocupa entre las ciencias sociales un puesto excepcional, la única que puede osar reivindicar el título de ciencia, según concluye en la *Anthropologie structurale, Antropología estructural* [51]. Extender esos

46. JÜRGEN VON KEMPSKI: *Gedanken su einer Strukturtheorie des Rechts*, 485.
47. J. von KEMPSKI: *Grundlegung zu einer Strukturtheorie des Rechts*, 88..
48. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1971, pág. 4.
49. En el volumen *Aproximación al estructuralismo*. Buenos Aires, Galerna, 1969, pág. 57.
50. CLAUDE LEVI-STRAUS: *Criterios científicos en las disciplinas humanas y sociales*, 50.
51. París, Plon, 1958, pág. 37.

procedimientos a los saberes del hombre y de la sociedad es la empresa intelectual a la que Claude Lévi-Strauss consagró cabalmente su vida.

Los saberes de los juristas son calificados por él de contradictorios a causa de operar con normas o con hechos que, desde el punto de mira estructuralista que relata la exclusiva realidad de las estructuras profundas son apenas si manifestaciones artificiales. «Tratan un sistema artificial como si fuera real, y para describirlo parten del postulado de que sería imposible que encerrara contradicciones» [52]. Con lo cual se despeñaría en mayor contradicción de excluir cualquier investigación de hondura, cualquier indagación «realmente fundamental» [53] que ponga en tela de juicio la validez de esas normas que para el jurista son reales y para el estructuralista son saberes a flor de piel y artificio mero. Por lo cual Claude Lévi-Strauss no se acerca directamente al Derecho, sino englobándolo como sector secundario en los saberes de las reglas etnológicas de comunicación social, las que en el capítulo XV de la *Antropología estructural* [54] inquiere en la búsqueda de sus estructuras, portando sobre las relaciones humanas los métodos que en filología para las relaciones del lenguaje empleara Ferdinand de Saussure. Los saberes jurídicos como tales son ignorados por completo por Claude Lévi-Strauss.

Jean Piaget rehusa toda valoración estructuralista del Derecho, en especial en el lado de los saberes filosóficos, tal vez llevado de aquella aversión a la filosofía a la que advino por el sendero de la que en *Sagesse et illusions de la philosophie, Sabiduría e ilusiones de la filosofía* [55], nos narra pormenorizada y un bastante apasionadamente. Cuando toca el tema en *Le structuralisme, El estructuralismo,* hácelo para poner de relieve la índole operatoria de las normas jurídicas en contraste con los rasgos espontáneos de las reglas estructurales; de lo que proviene el dualismo por él ejemplificado en la pirámide normativa de Hans Kelsen, la cual podrá ser estimada bien lógicamente o bien según el efecto social de la norma fundamental en la medida en que sea reconocida por los sujetos a quienes se dirija. En cuyo caso estaría ligada a la naturaleza humana con peligros de volver al derecho natural; solución que opina evidente para quien crea en la perennidad de esa naturaleza humana, pero simple círculo para quien trate de comprenderla teniendo en cuenta su formación [56]. De donde que, al distinguir ortodoxamente la estructura subyacente de las funciones sociales, que es lo único que accede a tolerar en las normas jurídicas, en *Situación de las ciencias del hombre dentro del sistema de las ciencias* apenas si acepta una consideración científica del Derecho en el plano sociológico; o sea, dando de lado a toda noción del deber-ser adscrita a una norma jurídica, para reducir ese deber ser a la voluntad estatal y, a través de ella, a las fuerzas sociales o clases rectoras de la sociedad, ya que en tal caso «el derecho ya no se ocupa entonces de la categoría formal del deber ser, sino de relaciones puramente materiales que dan lugar a un estudio objetivo» [57]. Con lo que el estructuralismo, fiel a sus orígenes, acaba en un saber sociolófico a secas, a su vez admitido con arreglo a los cánones del positivismo más cerrado.

---

52. C. LEVI-STRAUS: *Criterios científicos en las disciplinas humanas y sociales,* 84.
53. Ibídem.
54. C. LEVI-STRAUS: *Anthropologie structurale,* 303-351.
55. París, Presses universitaires de France, 1965.
56. París, Presses universitaires de France, 1970, pág. 89.
57. En el volumen *Tendencias de la investigación en las ciencias sociales.* Madrid, Alianza Editorial, 1973, págs. 44-120. Cita a la pág. 51.

La postura negadora de W. Lamsdorff-Galagane

Repetidos los términos del problema después de estas consideraciones previas a fin de proporcionar la conveniente perspectiva, cabe discernir cuatro posiciones distintas: la lexicográfica, la tajantemente negadora, la que apura las posibilidades de utilizar el método estructuralista aun renunciando por supuesto a construir la imposible ciencia estructuralista del Derecho, y la que se atreve a entablar una sistemática científica. Y recalco lo de ciencia, porque los saberes filosóficos quedan apartados de antemano de cualquier explanación estructuralista. Pudiéramos cifrar las cuatro actitudes en una lista de nombres: para la primera, Jean Louis Sorioux y Pierre Lerat; para la segunda, Wladimiro Lamsdorff-Galagane y Enrique Luño Peña; para la tercera, André Jean Arnaud, Luis Legaz Lacambra, Antonio Hernández Gil y sus discípulos; para la cuarta, Jaime Guasp.

En *Le langage du droit, El lenguaje del derecho,* Jean Louis Sorioux y Pierre Lerat han retornado a los hontanares primerizos en un acabado análisis estructural del lenguaje jurídico por el cual aderezan sutilísimas consideraciones desde un plano filológico alrededor del uso social de la lengua, en el cual ven la base ordenadora de los saberes jurídicos [58]. Sin que sea aquí la ocasión para tasar sus méritos, baste referir la fecundidad de los resultados junto con su radical fidelidad a los criterios estructuralistas ortodoxos, manifestada en eludir toda implicación ética o de otra especie extraña a los planteamientos filosóficos.

El bien construido libro de Wladimiro Lamsdorff-Galagane *¿Estructuralismo en la filosofía del derecho?* contesta negativamente a la pregunta que le sirve de título en gesto rotundo, en el que rechaza, no ya solamente quepa una filosofía estructuralista del Derecho, pero incluso sea aprovechable el método estructural para los saberes jurídicos científicos. Niega haya filosofía jurídica según los cánones del estructuralismo porque éste es un método científico, no un método filosófico [59]. Resta calibrar la utilización del método para un posible ciencia estructuralista del Derecho, resalta calificando al método estructuralista de experimental [60], cuya quiebra estará en que, si bien es útil para la descripción, parece incapaz de establecer aquellas previsiones en las que Lamsdorff-Galagane sitúa la condición inexcusable del saber científico [61]. Casi viene a ser la actitud del maestro Enrique Luño Peña en *El orden estructural del derecho económico,* de que el bien común es ya de por sí «un principio de articulación o estructuración social, en virtud del cual la sociedad se articula o estructura en comunidades y miembros» [62]; lo que empuja a eliminar en definitiva por inútil cualquier planteamiento estructuralista ortodoxo que no recondujera, si ello fuera posible siguiendo sus métodos peculiares de análisis, a las temáticas del derecho natural. Son posturas condenatorias del estructuralismo por juzgarle otro intento más de suplantar al derecho natural.

Tercer actitud es la de quienes, no ignaros de la imposibilidad de elaborar una ciencia jurídica estruturalista, opinan sería conveniente apurar las posibilidades que el método brinde para los saberes del Derecho. En esta línea se hallan André Jean Arnaud en *Structuralisme et droit, Estructuralismo y derecho,* por más se ciña a apuntar los posibles resultados fructíferos de

58. París, Presses universitaires de France, 1975, pág. 10.
59. Santiago de Compostela, Porto y C.ª, 1969, pág. 57.
60. WLADIMIRO LAMSDORF-GALAGANE: *¿Estructuralismo en la filosofía del derecho?,* 92-93.
61. W. LAMSDORF-GALAGANE: *¿Estructuralismo en la filosofía del derecho?,* 96.
62. En el volumen *Derecho y paz.* Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1966, pág. 118.

no solamente están más allá del Derecho como norma, sino que se hallan situadas más allá de la esencia misma del Derecho. Serán premisas del orden jurídico, normativo o fáctico; pero Derecho, no.

Otro mérito de Antonio Hernández Gil reside en la incitación de su magisterio sobre un plantel de discípulos valiosos. Luis Núñez Lavedeze en *Para un estructuralismo jurídico* ha bosquejado el tema con acierto para arribar a la conclusión de que la ciencia jurídica no podrá ser nunca plenamente estructural [75]. Juan José Sobrado Chaves en *Cambio jurídico y concepto de transformación* orienta la respuesta hacia la elaboración de un modelo relacional substrato de las conductas [76], el cual permitiría el conocimiento, ya que no de lo jurídico ni menos del Derecho, sí de determinado nivel de un ordenamiento jurídico dado [77]. Andrés Mesa Mengíbar en *Estructuralismo y derecho comparado* muestra las virtualidades del método estructuralista en esta zona del saber jurídico [79]. En su conjunto, con los logros y los fallos que toda indagación tan novedosa como ésta comporta siempre, bien cabe hablar de la escuela estructuralista capitaneada por Antonio Hernández Gil como la más seria contribución al afán de insertar al estructuralismo en los saberes del Derecho.

Resuelve los resultados Antonio Hernández Gil con envidiable claridad: si bien el Derecho es susceptible de ser analizado estructuralmente, la ciencia jurídica no podrá ser nunca plenamente estructural; puede el estructuralismo servir para la captación del Derecho como realidad inmanente; y el estructuralismo ha de preocuparse de sus propias estructuras en la significación específica, prescindiendo de que las relaciones jurídicas, el Derecho y sus estructuras mantengan contactos e incluso hasta dependencias de las estructuras sociales, económicas y políticas [80]. Prescindiendo de las reservas que quepa hacer al último extremo desde el concepto de la ciencia sustentado en el presente *Tratado*, es de reconocer no cabe mayor ponderación, sagacidad y precisiones que las que en estas conclusiones pone Antonio Hernández Gil para matizar las repercusiones del estructuralismo en los saberes jurídicos. La cuestión es la de la licitud en plantearlos; pues autores tan concienzudos como Emilio Serrano Villafañe en el exhaustivo cuadro descrito en *Concepciones jusnaturalistas actuales*, con tratar en abanico amplísimo de las modernas escuelas, no ha creído ser digna de mención aparte la proyección del estructuralismo en el Derecho [81].

La cuarta posición está representada por Jaime Guasp Delgado en su libro concisamente titulado *Derecho* [82], consagrado al establecimiento de una sistemática de los saberes de cuño estructuralista; discutible como todo lo humanal y un tanto ingenuo por mor del exagerado prurito de originalidades, pero que en atención a la excepcional valía de su autor ha de ser contado entre las más importantes producciones de la especulación jurídica del siglo XX, aunque por razones que se me escapan obra tan relevante no haya gozado del eco a que acreedora es.

Cabal estructuralista, Jaime Guasp rehusa hacer filosofía ninguna, elu-

75. En *Estructuralismo y derecho*, 53-105. Cita a la pág. 99.
76. En *Estructuralismo y derecho*, 107-147. Sobre todo en las págs. 142-143.
77. JUAN JOSÉ SOBRADO CHAVES *Cambio jurídico y concepto de transformación*, 131.
77. JUAN JOSÉ SOBRADO CHAVES: *Cambio jurídico y concepto de transformación*, 131.
78. En *Estructuralismo y derecho*, 158-159. Cita a las págs. 151-152.
80. A. HERNÁNDEZ GIL: *Metodología*, II, 462.
81. Madrid, Editora Nacional, 1967.
82. Madrid, Gráficas Hergón, 1971.

diendo cualquier planteamiento de ese cariz a fuer de «innecesariamente elevado» [83]; ni siquiera busca insertar los principios jurídicos» en el mundo total del ser», habida cuenta tiénese por jurista y suponer no es la misión atañante al jurista emprender semejante investigación [84]. Lo que deliberadamente trata es la composición de un libro de ciencia jurídica, en cuyas páginas, huérfanas de la cita de un solo nombre siquiera, saque las conclusiones pertinentes a la temática del Derecho en parto tan coherente, limpio y preciso como lo fuera el nacimiento de Minerva saliendo de la divina cabeza del dios Júpiter. Buen cuidado pone en puntualizar el ajenamiento filosófico, al subrayar ser la empresa «rigurosamente científica» [85], consumada «con verdadero rigor científico» [86], dando de lado a cuanto no sea estrictamente tema de ciencia del Derecho; eso sí asumida a tenor del estado actual de los saberes científicos jurídicos [87]. Así Jaime Guasp mantiénese en el círculo estrecho del estructuralismo ortodoxo, deseando cumplir con el programa de un sistema que, aunque teñido por fuerza de ingredientes varios, responde en su directriz central al estructuralismo; y sistema que es hoy por hoy el más representantivo del estructuralismo en el ámbito de los saberes del Derecho.

Una de esas desviaciones mana de su empeño en mantener la vigencia de la teoría general del Derecho, cuyo apogeo corresponde al positivismo decimonónico. Así al apelar a la teoría general en el asunto de la lesión jurídica [88] o al concluir que el estudio de la estructura da en uno de los capítulos de la teoría general del Derecho [89]; temática inesperada en quien, como Jaime Guasp, sabe mejor que nadie el significado de la estructura en el estructuralismo actual, como por lo demás pone de manifiesto en tantas páginas de su libro.

Científico del Derecho dotado de tan estupendas cualidades de talento y de saber, rehuyendo adrede incidir en los saberes filosóficos, Jaime Guasp bosqueja cuadro tan cerrado como brillante abarcador de toda la ciencia jurídica, partiendo de su definición del Derecho como conjunto de relaciones entre hombres que una cierta sociedad establece como necesarias. Sin que reste en este monumental diseño ningún tema por tocar, grave o menudo: los derechos subjetivos, las conexiones entre el derecho público y el derecho privado, la relación jurídica, los principios y los fines, el abuso y el fraude, la persona y la cosa, la estructura y la función, la materia y la forma. Todo ellos sistematizado, todo enhebrado con cerrada lógica, tan perfecto que si no me atrevo a calificarla de «more geometrico» por respeto a los manes spinosianos, creo bien pudiera ser trasladada a teoremas, postulados y ecuaciones. Que no en balde Jaime Guasp acude a términos de explicación comparativa como los de ecuación [90] u otros parejos en matematicismo que harto bien rima con la clara precisión de su cerebro.

Lo humano es un postulado, por Guasp comparado con el de Euclides [91]; factor humano por Guasp ordenado en dos sectores: agrupaciones humanas

83. JAIME GUASP: *Derecho*, 143.
84. J. GUASP: *Derecho*, 299. Lo mismo en la pág. 350.
85. J. GUASP: *Derecho*, 32.
86. J. GUASP: *Derecho*, 83.
87. J. GUASP: *Derecho*, 177.
88. J. GUASP: *Derecho*, 194. Parejamente en la pág. 252.
89. J. GUASP: *Derecho*, 256.
90. J. GUASP: *Derecho*, 86.
91. J. GUASP: *Derecho*, 22.

y sociedad, correspondientes casi a la diversificación de Tönnies entre sociedad y comunidad, ya que la sociedad guaspiana posee el carácter espontáneo y vital que caracteriza a la comunidad teorizada por Tönnies [92]. La sociedad es el medio en cuyo regazo el Derecho se realiza, medio preexistente y específico. En este medio social el Derecho toma su materia de las relaciones entre los hombres y la forma de que semejantes relaciones estén establecidas como necesarias. Mas, por debajo de tales relaciones —y aquí asoma su ortodoxo estructuralismo— subyace la estructura de las mismas, estructura aludida insistentemente por Jaime Guasp en una insistencia que refiere su interés en recalcar su adscripción al estructuralismo auténtico de hoy, muy a tono con la modernidad acrisolada que procura imprimir a sus teorías. Sería larga andadura recoger los pasajes en los que alude a la estructura de la relación jurídica [93], corregida con eficaces puntualizaciones cuando alude a la estructura del Derecho [94]. Verdad es que en algunos momentos produce la impresión de restar en el funcionalismo de Boleslav Malinovski, como al referir el Derecho a un entramado estricto de funciones [95] o al discutir la teoría del interés interpretándolo por «función de la vida real» [96]; aunque permanezca en el estructuralismo auténtico al aclarar que el interés es función y no estructura, el instrumento complementario de la estructura, a la cual no puede sustituir [97]. Por lo demás, para quien conozca el formidable saber de Jaime Guasp tal aclaración pecaría de innecesaria, sobre todo desde que proclama su vocación estructuralista al afirmar escribió *Derecho* partiendo de la noción moderna de la estructura [98] y quien lea sus nitidísimas diferenciaciones delimitando qué sea la estructura como disposición interior y permanente, como armazón, y qué sea la función como variación de la ordenación jurídica [99]. Por el conjunto de su *Derecho* Jaime Guasp merecerá ser calificado por el más penetrante y ambicioso de los estructuralistas jurídicos, pese a que a las veces rompa con los mojones de la tendencia y aparezca infiel en algún detalle a sus propósitos.

En el meollo de sus planteamientos anida la contemplación de la realidad a modo de todo unitario, sujeto a leyes idénticas y movido por la misma fuerza. Es la energía universal la que crea al Derecho, energía que equivale a la que considera el físico al analizar a las fuerzas movedoras de la materia inerte [100]. Para Jaime Guasp es «absurda», en consecuencia, la separación entre leyes naturales y leyes culturales, pues que todas sujetan a un cumplimiento indefectible [101]. De donde que el Derecho no sea realidad cultural, pero realidad natural [102], un trozo objetivo de realidad a secas [103]. Al aproximarnos científicamente al Derecho y como requisito para labrar una ciencia del derecho digna de tal adjetivo, juzga Guasp hay que avecinarse viéndola «susceptible de la misma consideración científica que cualquier otra parte de la realidad» [104], llegando al extremo de definir al Derecho con lapidario

92. J. GUASP: *Derecho*, 29.
93. J. GUASP: *Derecho*, 127, 154, 174, 218, 219, 268.
94. J. GUASP: *Derecho*, 175-176, 235, 256.
95. J. GUASP: *Derecho*, 84.
96. J. GUASP: *Derecho*, 273.
97. J. GUASP: *Derecho*, 276-277 y 279.
98. J. GUASP: *Derecho*, 280.
99. J. GUASP: *Derecho*, 126 y 277.
100. J. GUASP: *Derecho*, 29.
101. J. GUASP: *Derecho*, 67, 109.
102. J. GUASP: *Derecho*, 227.
103. J. GUASP: *Derecho*, 454.
104. J. GUASP: *Derecho*, 448.

estilo por «una modesta pero exacta parte de la física de la comunidad» [105]. Más radical que el propio Claude Lévi-Strauss, no es que aspire a modelar los saberes jurídicos, parte de los saberes antropológicos y sociales, sobre el paradigma de las ciencias naturales y exactas; es que los reduce sin más acomodándoles a éstas.

La secuela es que, a fuer de estructuralista, reduzca los saberes jurídicos a los saberes sociológicos. De ahí escriba que las normas jurídicas son productos sociales, aptos para la medición de las realidades humanas, bien tomando a la realidad de un modo inmediato en la ley o bien mediatamente en la costumbre [106]. Lo único que hay en el Derecho es la necesidad del cumplimiento, exprésase lo jurídico en relaciones sociales necesarias, formalmente es pura y simple necesidad social, es forzosa conexión humana, indispensable, irremediable, fatal [108]. Sociologismo absoluto, pues estamos en presencia de un sociologismo naturalista negador de la especifidad de lo cultural respecto de lo natural, contemplador de la realidad como un todo único, sin particularidad ni variación ninguna; que mira en el universo cierta única energía circulante desde el átomo al Derecho, al punto de que «por debajo de los términos que designan a cada uno de los principios jurídicos» alienta «una fuerza real que se comporta con un vigor y una sustancia absolutamente equiparables a cualquier otra energía del mundo físico» [109]; que llega a concretarse en términos cuales los de que «los fines del derecho tienen un sentido del mismo modo que lo tienen los otros trozos de la realidad, y podemos hablar de su normalidad o anormalidad final como nos referimos a equilibrios o trastornos metereológicos o, si se quiere, a la disposición común o teratológica, de una rigurosa estructura o función natural» [110].

Consecuente con su estructuralismo ortodoxo, Guasp aleja al Derecho de la ética. Dícenos ser siempre la moral individual, sólo mediatamente social, mientras que el Derecho es siempre inmediatamente social [111]; con lo cual resulta no ser imprescindible el elemento ético para el Derecho, que por el contrario es siempre y puramente necesidad social fatídica. Incluso si admite al derecho natural, explícalo sobre el molde de la relación jurídica positiva, como otra parcela más de la universal realidad del mundo, diferenciándolo del derecho positivo por las dos notas de la extensión más reducida y de la mayor intensidad de su energía [112]. Guasp traslada el derecho natural a las estructuras, por lo que no tiene nada de contactos con la religión ni con la teología, por él transmutadas en ideologías [113]. La versión guaspiana del derecho natural a lo estructuralista comprende las «relaciones jurídicas naturales», o sea las que van ligadas a la esencia propia de los términos que se relacionan, al paso que el derecho positivo abarca las relaciones jurídicas artificiales, las que solamente valen como tales porque así se ofrecen en el seno de cierta sociedad [114]. Contraposición que parece reiterar la dualidad que en el estructuralismo opone la estructura a la función, mas que en todo

105. J. GUASP: *Derecho*, 69.
106. J. GUASP: *Derecho*, 57-59.
107. J. GUASP: *Derecho*, 61.
108. J. GUASP: *Derecho*, 65, 77, 86, 94.
109. J. GUASP: *Derecho*, 295.
110. J. GUASP: *Derecho*, 344.
111. J. GUASP: *Derecho*, 35.
112. J. GUASP: *Derecho*, 40-42, 460.
113. J. GUASP: *Derecho*, 40.
114. J. GUASP: *Derecho*, 39.

caso cumple con la actitud estructuralista de arrojar a la ética de lo que para los de esta línea es el Derecho; todo «ius divinum» queda relegado fuera de los muros de esta doctrina sociomórfica, si es que semejante palabreja es apta para traducir lo que supongo quiso decir Guasp [115]. Que cual con tanto acierto advierte Juan Vallet de Goytisolo en *Datos y notas sobre el cambio de estructuras* la primera dificultad del estructuralismo es semántica [116], siendo lo más arriesgado la forzosa precisión de la fijación del valor de las palabras.

En este saber jurídico extremosamente sociológico, liberado de la menor unción religiosa y del más mínimo ingrediente ético, el bien jurídico es la cosa [117]; en la cual incluye tanto al bien natural, cual un edificio o una mercancía, cuanto al bien de aquello que denomina «energía» con su peculiar vocabulario remedante del de las ciencias naturales, y por la cual entiende cualquier actitud, disposición o virtualidad productora de efectos jurídicos.

Ahora bien, dado es imposible concebir una ciencia jurídica ciega para valores permanentes, tras eleminar a lo estructuralista la incidencia de lo ético en lo jurídico, Jaime Guasp ha de abrir la ventana para que penetren en su sistema los mismos factores expulsados por la puerta. Claro es que les dará otro nombre, les llamará principios jurídicos y querrá entenderlos como estructuras subyacentes; pero siempre chocará, sin resolverlo porque el obstáculo es insalvable, con el escollo donde naufraga el estructuralismo jurídico: con que no es dable concebir un derecho estrechamente lógico y sin referencias a los valores. Viéronlo con agudeza Antonio Hernández Gil y Wladimiro Lamsdorff-Galagane, mas no lo quiere ver Jaime Guasp y rompe inútilmente aquí lo mejor de sus talentos indiscutibles. Los principios jurídicos son las estructuras en que el Derecho se cimenta, pues «si los principios jurídicos no son derecho, sustentan al derecho y sostienen al derecho, de modo que si se prescinde de cualquier referencia del derecho a tales principios, el derecho existe, acaso, mas sin fundamento, se halla montado en el aire en trance de ruina que el más ligero soplo de cualquier realidad puede hacer desaparecer» [118]. Estructuras o si se quiere modelos en el sentido montado por Claude Lévi-Strauss, por más que no le cite de nombre, ya que en *Derecho* no asoma el nombre de nadie, ni siquiera los de Aristóteles o de Hegel. Pues Guasp les presenta a modo de hipótesis totales pensadas inicialmente por el jurista, imaginados como «ideas que predeterminan o configuran la ulterior realidad jurídica», «como colosales edificios, levantados por la mente humana, dentro de los cuales se alojan las figuras particulares del derecho» [119]. Tan típicamente concebidos según el estructuralismo no mentado que prefiguran a la realidad como totalidad reflejada en cada una de las partes del sistema [120]; repetición exacta para el Derecho de lo teorizado por Lévi-Strauss para la etnología.

Guasp somete a análisis depurador el problema de los principios, terminando por tornar a la postura clásica del jusnaturalismo aristotélico y cristiano en cuanto los cifra en dos: la paz y la justicia [121]. Lo que sucede es que la paz y la justicia las va a determinar con criterios estructuralistas

115. J. GUASP: *Derecho*, 23.
116. Madrid, Speiro, 1960, pág. 5.
117. J. GUASP: *Derecho*, 151.
118. J. GUASP: *Derecho*, 293.
119. J. GUASP: *Derecho*, 294.
120. J. GUASP: *Derecho*, 298: «considerando el derecho como un todo».
121. J. GUASP: *Derecho*, 309.

o del positivismo padre del estructuralismo, en modo asaz dispar a como los jusnaturalistas los concibieron.

Fija la paz con criterio positivista, a tenor de la fuerza; juega «el mismo papel que la inercia en el mundo puramente mecánico» [122]. La justicia mana a sus ojos de la tendencia al progreso, en el cauce de lo teorizado por Kant; es la innegable inclinación de la sociedad humana hacia su propio mejoramiento [123]. Con lo cual Jaime Guasp rellena las estructuras que entendió como principios fundadores del Derecho con dos préstamos de filosofías anteriores: la paz en la fuerza, herencia del positivismo; la justicia en la marcha del progreso, legado del optimismo kantiano de la humanidad en marcha.

El resultado es enderezar la problemática de los saberes jurídicos científicos en una tensión entre tales estructuras, trasladadas desde su ultimidad estructural a nociones variables como lo son el equilibrio de las fuerzas sociales y la idea siempre variante del progreso. Tensión cambiante según mude el equilibrio de las fuerzas sociales o según se desplacen las metas del futuro. De donde que a la postre, y aquí infiel a las líneas cardinales del estructuralismo ortodoxo, la diacronía histórica venza a la sincronía profunda. Guasp historifica las estructuras del Derecho en patente disparidad con las exigencias metodológicas sentadas por Claude Lévi-Strauss. Lejos de acomodar las funcionalidades del orden jurídico a las estructuras, son estas estructuras de la paz y de la justicia las que dependen del ordenamiento funcional jurídico. Viene a reconocerlo cuando escriba que la definición de los principios del Derecho han de tener lugar «en un orden moderado que los permita acoplarse a la dimensión humana de las relaciones que tratan de justificar» [124]. De suerte que acaban las estructuras fundamentadoras de lo jurídico en aquello mismo que Jaime Guasp procuró rehuir siempre: en ideologías, en «los movimientos ilimitados de mejoramiento que definen a la justicia» [125].

Sobre tan lábiles cimientos la aérea vaguedad del progresismo como contenido de la justicia que tomara de Kant requiere una fijación que únicamente puede venir del otro principio o estructura: de la paz según la fuerza. Es la conclusión por él inferida cuando trate de detener el vuelo infinito del progreso; si la justicia es mejora inacabable, la fuerza la agarra para establecerla en cada instante. Fuerzas que en las sociedades modernas no puede ser otra que la del Estado; en efecto, Guasp aseverará que el Estado es justo en sus actos, que «el Estado se mejora autolimitándose» [126].

Por caminos tan poco ortodoxos desde el ángulo estructuralista recurre a una solución sí típicamente estructuralista: la de encerrar al Derecho en la sociología, la de reconducir la norma jurídica a regla social, no apartándose un ápice del planteamiento de Claude Lévi-Strauss. «Pues de la sociología general nacen dos tipos de pensamientos que formalizan peculiarmente su objeto: el de la conducta social humana en cuanto conveniente y el de la conducta social humana en cuanto necesaria; lo primero es la política, lo segundo es el derecho. Ello quiere decir, por consecuencia, que al final de todo este recorrido hemos encontrado a la política, como ciencia material afín a la nuestra, pero hemos encontrado, sobre todo, al derecho como cien-

122. J. GUASP: *Derecho*, 313.
123. J. GUASP: *Derecho*, 305.
124. J. GUASP: *Derecho*, 308.
125. J. GUASP: *Derecho*, 328.
126. J. GUASP: *Derecho*, 336.

cia en sentido riguroso o estricto, como dueña de su propio objeto peculiar, insertado sistemáticamente en el cuadro general de los pensamientos científicos que se ocupan de la realidad» [127]. O sea que los saberes científicos del Derecho son los de los usos sociales forzosos, genéricamente respaldados por el Estado; que los saberes de la ciencia jurídica son saberes sociológicos, ni más ni menos que había concluido Jean Piaget, en manera que hubiera suscitado la pasión polémica de que hace galas Francisco Puy en *Filosofía del derecho y ciencia del derecho* [128].

La fidelidad de Jaime Guasp a Lévi-Strauss es tan patente que ha de referir las estructuras del Derecho a la realidad posible, en contraste con los sistemas de funciones de los ordenamientos jurídicos empíricos encarnadores de la realidad actual. Las estructuras contempladas por el saber científico del Derecho son las de la realidad posible. La consideración científica del Derecho «es, contra lo que a primera vista pudiera creerse, el tipo de la realidad posible, y no el tipo de la realidad actual» [129]. Por lo que no matiza la noción de realidad; para el estructuralismo no cabe más realidad jurídica que la realidad estructural, por Guasp definida como posible; es una concesión generosa a la comprensión del vulgo de los lectores la aclaración, inadecuada desde la ortodoxia estructuralista, de que «la realidad posible es tan realidad como la realidad actual» [130]. Pues Jaime Guasp sabe mejor que nadie que para el estructuralismo la sola realidad que cuenta para la determinación de lo jurídico es el hondón fundamentador de las estructuras, presentes como muy bien dice por realidades posibles.

La índole axiológica del Derecho prescribe la determinación de un final al cual el Derecho orienta teleológicamente las conductas humanas bajo pena caso contrario de renunciar a ser Derecho. Siendo evidente que los fines deben fijarse de acuerdo con los principios o estructuras subyacentes a la realidad jurídica por él dicha actual. Paz y justicia, inercia social y afán de progreso son los presupuestos de los fines del Derecho, las estructuras sin las cuales no cabe derecho alguno.

La inexorable lógica del pensar estructuralista reaparece cuando concluya por aseverar que la tarea de ayuntar a la paz con la justicia no es ya misión de la ciencia, sino de la técnica. Bien lo indica Guasp al advertir que los dos criterios para operación tamaña son los de la armonía y de la economía jurídicas [131]. Unicamente acudiendo al manejo de estos instrumentos técnicos resulta hacedero traer hasta la realidad social actual la realidad posible de los principios del Derecho. Merced al primero se compaginan dos normas «igualmente precisas»; gracias al segundo lógrase obtener el mayor rendimiento con el mínimo esfuerzo social. Lo cual es ya menester de la técnica, no de la ciencia.

Otro tanto sucede con los criterios de la satisfacción y de la perfección con los que ha de conseguirse concretamente traer hasta la realidad actual la ideología optimista a tenor del progreso a la que Jaime Guasp recorta la justicia [132]; son simples operaciones técnicas, lo mismo que es mera técnica

127. J. GUASP: *Derecho*, 447-448.
128. Separata del *Boletim da Facultade do direito*, de la Universidad de Coimbra. XVIII (1973), 27.
129. J. GUASP: *Derecho*, 452.
130. J. GUASP: *Derecho*, 453.
131. J. GUASP: *Derecho*, 310.
132. J. GUASP: *Derecho*, 327.

determinar los «límites inalcanzables» en que la justicia debe ser frenada para no despeñarse en la utopía [133]. Ya que, si apuramos las cosas, encontraremos que aquí a la postre la justicia no es más que la técnica para la realización del optimismo antropológico en el encauzamiento del progreso.

No de otra guisa tampoco la historificación que en el derecho privado sustituye a la organización característica del derecho público obtiénese con tres técnicas: las del derecho notarial, del derecho registral y del derecho de la jurisdicción voluntaria [134].

Al hilo del estructuralismo ortodoxo Jaime Guasp ha intentado nada menos que el imposible de construir un sistema de los saberes jurídicos, el solo sistema intentado por nadie que yo sepa. Si el libro *Derecho* no consigue sus pretensiones, si queda en portentoso artificio y en plano de perfecta ingeniería intelectual, débese a lo inasequible del empeño. Por mucho que sea el genio de pensador de Guasp para cualquier empresa de estudio que acometa no sube a la capacidad de obrar milagros, y milagro fuera trazar un sistema de saberes jurídicos desde las premisas estructuralistas. Fiel al ejemplo de Claude Lévi-Strauss soñó llevar a cabo en el Derecho lo que aquél consumó en la antropología etnológica; mas ni siquiera Jaime Guasp ha sido capaz de levantar armazón sistemático bastante para labrar una ciencia estructuralista de los saberes del Derecho.

De todas suertes es curioso el hecho de que en la España de la postguerra háyase intentado más que en parte alguna aquilatar la repercusión del estructuralismo en los saberes jurídicos. Si por piedad de caridad olvidamos el incalificable esfuerzo de Nicolás López Calera, mérito ha sido de Luis Legaz Lacambra, de Antonio Hernández Gil, de Jaime Guasp Delgado y de Wladimiro Lamsdorff-Galagane apurar el impacto del estructuralismo en el Derecho. Si los empeños han quebrado débese a que, en definitiva, el estructuralismo no puede dar de sí más que saberes técnicos, aunque encubiertos bajo vestiduras sociológicas. De ahí que ha sido Antonio Hernández Gil quien haya sacado el jugo con que el estructuralismo puede vivificar los saberes jurídicos. Pero es dudoso sean siquiera científicos y, por supuesto, jamás subirán a saberes filosóficos del Derecho. Valiendo entonces como eternas las sanas palabras con que Jaime Brufau Prats en *Saber científico y saber filosófico* tórnase portavoz de voces clásicas al escribir que «las necesidades inteligibles se sitúan en el plano de las naturalezas y determinaciones universales, puesto que solamente en la universalidad se alcanza la inmutabilidad y necesidad del objeto del saber» [135].

133. J. Guasp: *Derecho*, 330.
134. J. Guasp: *Derecho*, 517-519.
135. En el volumen *Hombre, vida social y derecho*. Barcelona, Rapid, 1975, págs. 89-106. Cita a la pág. 91.

INDICES

INDICE ONOMASTICO

Abbondanza, R., 421, 428.
Abelardo, 361.
Accursio, 361, 370-372, 413, 423, 425, 427, 465-467, 473.
Acuña, P. de, 63.
Adecock, F. E., 261.
Adickes, F., 153-154.
Adriano de Roma, 122, 309, 325, 364, 365.
Affonso, D., 468.
Agarwala, J. P., 209.
Agaton, 348.
Agnelli, A., 619.
Ago, R., 583.
Agobardo de Lyon, 358.
Agrícola, R., 446-448, 450, 456, 459, 471, 473.
Agripa, C., 446.
Aguirre y Baca, F., 374-375.
Agúndez, A., 43.
Agustín, A., 426-427, 474.
Agustín, San, 95, 135, 340, 365, 367, 385, 396.
Aiken, H., 177.
Aiyar, P. R., 209.
Akzin, B., 601.
Alano de Lacy, 367.
Alarico, rey, 347-348.
Albertario, E., 318, 377.
Alberto de Sandino, 373.
Alberto Magno, San, 370, 373-374, 378.
Alcrato, A., 433-435, 445, 447, 465.
Alcuino de York, 358.
Alejandro Magno, 216.
Alembert, J. Le Rond d', 537.
Alessandro, A. de, 460, 469.
Alexandrowicz, C. H., 209.
Alfarabi, 360.
Alfaro, J., 484.
Alfaro y Navarrete, E., 61.
Alfonso V de Aragón, 448.
Alfonso X de Castilla, 67-68, 421.
Allen, J. W., 471.
Alonso Alonso, M., 360.
Alonso Rodríguez, B., 461.
Althaus, J., 457-459, 470, 486.
Althusius, J. Vide Althaus, J.
Alvarez Zabala, E., 267.
Ambrosetti, G., 480, 485, 494, 498.
Ambrosio, San, 340, 385.
Amerbach, B., 445.
Amerio, F., 509, 510.
Ampère, A. M., 177.
Amzalak, M. B., 486.
Amzelek, P., 675-677, 679.
Anatolio, 260, 337.
Anaximandro, 254.
Anco Marcio de Roma, 298-299.
Andokides, 54, 55.
Andrea, F. d', 70.
Andrés, T. de, 389.
Aniano, 347.
Anna Commeno, 344.
Antequera, J. M., 289.
Antifón de Ramnunte, 266.
Antifón el Sofista, 247, 271-272, 275.
Antonino Pío de Roma, 326.
Antonius, M., 59.
Anulino, 333.
Añastro Isunza, G. de, 131.
Aparici Díaz, J., 333.
Aparisi y Guijarro, A., 23-24, 44.
Apelt, E. F., 647.
Apelt, J., 453-456, 472.
Apolodoro de Pérgamo, 327.
Appius Claudius Caecus, 313.
Appius Claudius Pulcher, 314.
Apuleyo, L., 64.
Arcadio de Bizancio, 343.
Areilza, J. M., 73.
Argyros, 344.
Arias de Valbuena, V., 462.
Aristófanes, 89-90, 92, 93, 263.

Aristóteles, 53, 57, 63, 64, 92, 93, 128, 198, 247, 259-261, 272, 277-284, 318, 319, 325, 327, 360, 377, 378, 419, 446, 447, 456, 461-465, 467, 474, 654, 694.
Arminius, J., 491.
Arnaud, A. J., 687-688.
Arnaud, P., 580.
Arnim, H. von, 278.
Arquitas, 260.
Asoka de la India, 214.
Asquith c., 100.
Asser, T. M. C., 489.
Asveld, P., 542.
Atalarico, rey, 347.
Ataliades, M., 345.
Atto de Vercelli, 358.
Aubenque, P., 280.
Auber de Maurier, B., 493.
Aubert, J. M., 375-376, 378.
Auboyer, J., 218.
Aubry, Ch., 608.
Aufricht, H., 604.
Augusto de Roma, 164, 435.
Aulo Gelio, 95, 293, 312, 323.
Aureliano de Roma, 332-333.
Ausonio, 302.
Austin, J., 583, 598, 604, 609, 612, 618-622.
Avila, M. de, 467.
Avinei, S., 553.
Axelos, K., 257.
Azevedo, A. de, 70.
Azo, 371, 425.
Azpilcueta, M. de, 486.

Baade, H. W., 180.
Babage, C., 177.
Bachmann, C. F., 554.
Bachofen, J. J., 572-574.
Bacon, F., 513.
Bacon, R., 370, 384-385, 395, 612.
Badaloni, N., 510.
Baldo de Ubaldis, 413, 416-417, 443, 473, 480.
Ballweg, O., 185.
Bandello, M., 46.
Banfi, A., 645.
Banti, L., 289.
Barcia Trelles, C., 483.
Baratta, A., 590, 607, 651.
Barillari, V. M., 531.
Barker, E., 66, 258, 273, 345.
Barni, G. L., 433-435.
Bartolo de Sassoferrato, 45, 413, 417, 424-425, 443, 466, 468, 473.
Bartoncini, R., 296.
Barzizza, G. de, 428.
Basdevant, J., 498.
Basilio, 65.
Basilio I de Bizancio, 344, 346.
Bassenge, F., 671, 679.
Bassols de Climent, M., 54.
Battaglia, F., 324, 418, 454, 607.
Baudrillart, H., 439.
Baudry, L., 389, 390.
Baumann, J., 169.
Baumgardt, D., 616-618.
Baur, J., 140.
Baur, L., 360.
Bautzen, 445.
Baynes, N. H., 343.
Beauchamps, H. K., 215.
Beccaría, Marqués de, 613.
Beceña, F., 95, 100.
Becerril Antón-Miralles, J., 130.
Beck, A., 340.
Becker, K. M., 145-146.
Beckhaus, F. G. R., 365.
Beda, 348.
Becker, G., 445.
Becker, E. I., 626.
Belisario, 338.
Bellofiore, L., 503.
Belluga, P., 468.
Beltrán de Heredia, V., 480, 483, 484.
Benavente, J. A. de, 50, 461.
Benedictis, P. de, 476.
Beneke, E., 622, 623.
Beneyto Pérez, J., 462.
Benito XII, papa, 390.
Benjamin, M., 191.
Bentham, J., 587, 612-618, 620-623, 629.
Benveniste, E., 302.
Beonio-Brocchieri, V., 296.
Bergbohm, K., 192, 636.
Berge, D., 257.
Bergua, J. B., 259.
Bernal, R., 461.
Bernardo de Claraval, San, 332, 369.
Berni y Catalá, J., 71-72.
Beroaldo, F., 427.
Berolzheimer, F., 641.
Beroso, 222.
Beseler, G., 571-572, 574, 576, 578.
Bessarion, J., 462.
Betancur, C., 597.
Beuve-Méry, H., 483.
Beyer, B., 528.

Beyes, W. R., 554.
Beza, T. de, 436.
Biclara, J. de, 354.
Bielsa, R., 591, 619.
Bierling, E. R., 587, 628, 629, 669, 683.
Bigiavi, W., 126.
Binder, J., 518, 666, 667.
Binding, K., 596.
Biondi, B., 317-318, 321.
Biondo, F., 428.
Bismarck, O. E. L. von, 164.
Bissen, J. M., 383.
Blackstone, W., 99.
Blastares, M., 346.
Bloch, E., 549.
Bloch, H., 334.
Bloch, R., 289.
Bobbio, N., 418, 529, 584, 585.
Boccaccio, G., 73, 422.
Bodin, J., 131, 422, 434, 437-440, 458, 470.
Boecio, A. M. T. S., 205, 425, 446.
Boeckin, E., 626.
Boehmer, G., 169.
Bohatec, J., 138.
Boistel, A., 639.
Bolea y Galloz, H. de, 468.
Bollack, J., 256.
Bolognini, L., 427-428, 430, 433, 465, 473.
Bolzano, B., 669.
Bonal, A., 460.
Bonfante, P., 318.
Bonifacio, 461.
Bonilla y San Martín, A., 350, 360, 461.
Bonnecase, J., 606-609.
Boner, R. J., 262.
Bonner, R. L., 54.
Bonnet de Clermont, 348.
Bonsmann, P., 660.
Bontemps, C., 435.
Boole, G., 178.
Bordas, 65.
Bourret, J. C. E., 354.
Boutroux, E., 533.
Bowra, C. M., 267.
Boyer, G., 222.
Brandt, G., 491.
Bréhier, L., 343.
Brewer. J., 384.
Bridges, J. H., 385.
Brie, S., 564.
Brimo, A., 564.
Brochard, V., 274.
Broere, C., 490.
Brown Scott, J., 488, 490.
Bruers, A., 510.
Brufau Prats, J., 484, 697.
Brüggemann, J., 168, 170.
Brunello, B., 510.
Bruni de Arezzo, L., 463, 468.
Brunner, E., 637, 663-664.
Brusiin, O., 170, 377.
Bryce, J., 95, 219, 326, 618.
Bucellato, M., 274.
Budé, G., 139, 435-436, 446, 465.
Buenaventura, San, 370, 382-384.
Bugnet, J., 606.
Bullón, E., 480.
Burckhardt, J., 332.
Buisson, L., 367.
Búlgaro, 365-366.
Bülow, O. von, 154-156.
Burdeau, G., 684.
Burkert, W., 260.
Burligame, E. W., 214.
Burnet, J., 255.
Burnouf, E., 216.
Burriel, A. M., 460.
Busse, M., 552.
Butler, S., 179.

Cabanelas Rodríguez, D., 462.
Cabrera Núñez de Guzmán, M., 71, 72.
Calamandrei, P., 48.
Calasso, F., 357-358, 363, 371, 414.
Calcaterra, A., 320.
Calhoun, G. M., 265, 277.
Callís, J., 468.
Calvino, J., 135-148, 151, 485, 491, 493-495.
Camacho Evangelista, F., 486.
Cambacéres, J. R. de, 607.
Camerario, B., 70.
Camerario, J. Vide Krämer, J.
Camporeale, S. I., 423.
Cancioncilla, C. Vide Cantiúncula, C.
Cannetti, P., 425.
Cano, M., 476.
Cantiúncula, C., 446-450, 453-456, 472.
Cantor, G., 669.
Cantú, C., 310.
Cañal, C., 355.
Capece, S., 70.
Capelle, W., 254.
Capparelli, V., 259.
Capra, B., 424.
Caprioli, S., 427.
Caputo, L., 70.

Caraffa, G. A., 468.
Carbonnier, J., 684.
Carcaterra, A., 59.
Cardozo, B. N., 109.
Carle, G., 287.
Carlomagno, 358, 364.
Carlos I de las Españas, 71, 82, 451.
Carlos II de las Españas, 71, 501.
Carlos VII de Francia, 432.
Carlos de Viana, 468.
Carlyle, A. J., 366.
Carlyle, R. W., 366.
Carnap, R., 604.
Carnelutti, F., 42, 584.
Caro de Roma, 332.
Carondas, 261, 272.
Carreras y Arañó, J., 375.
Carreras i Artau, J., 395, 400, 463.
Carreras i Artau, T., 395, 400.
Carro, V. D., 477.
Carton, R., 384, 385.
Caserta, N., 451.
Casiodoro, 347.
Cassandro, J., 491.
Castán Tobeñas, J., 31, 87.
Castañeda, V., 72.
Castiglia, T. A., 598.
Castilla, J. de, 461.
Castillo de Bovadilla, G., 48, 49-51, 85, 125, 172, 470.
Castro, A. de, 477.
Castro, F. de, 42, 44, 114-115, 127.
Cathrein, V., 637, 644, 661.
Catón, M. P., 59, 122, 314, 323.
Cattaneo, M. A., 619, 656.
Cattenburgh, van, 491.
Cavalieri, M., 371.
Cave, Lord, 103.
Cayetano, cardenal. Vide Vio, T. de.
Cecchini, A., 418.
Cenderelli, A., 293.
Cenni, E., 469.
Cerulario, M., 345.
Cesarini Sforza, W., 584, 684.
Cesarinus, J. Vide Kirstein, J.
Chakraberty, C., 218.
Chalmers, D., 100.
Chandragupta de India, 216.
Chansonnette, C. Vide Cantiúncula, C.
Chang Wing-tsit, 233.
Chao, 242.
Chapaprieta, J., 124.
Charma, M. A., 237.
Chavannes, E., 230, 242.
Chen Pu-hai, 242, 244-245.
Cheng Tien-tsi, 231.
Chenu, M. D., 367-368.
Chethimattan, J.-B., 214.
Chen Tao, 241-242, 244-245.
Chiappelli, L., 426.
Chicca, G., 303.
Chieh, 243.
Ch'in, 229.
Chopius, F. J., 535.
Chou, duque de, 232.
Chouraqui, A., 181, 187.
Choynowsky, M., 179.
Church, W. F., 436.
Cicerón, M. T., 59-64, 122, 139, 273, 283, 284, 290, 294, 295. 307, 310, 315-317, 323-326, 423, 424, 434, 446-447, 456, 473, 474, 535.
Cino de Pistoia, 45, 413-414, 417, 423, 424.
Cipriano, San, 340, 385.
Claudius Marcellus, 122, 314.
Clavero Arévalo, M. F., 119.
Clemente VI, papa, 390.
Clemente de Diego, F., 31, 87.
Cleon, 89.
Cneus Flovius, 313.
Cochrane, C. N., 333.
Cohen, H., 597, 638.
Cohen, M. R., 109.
Coing, H., 583, 622, 629, 664-665.
Colocyrus Sextus, 345.
Coloma, C., 499.
Commodo de Roma, 332.
Comte, A., 158, 277, 384, 579-582, 586, 588, 606, 608, 609, 621, 628.
Condomines Valls, F. de A., 51.
Confucio, 229-240, 243-245, 519.
Conrado III de Würzburg, 545.
Conrat, M., 357.
Constancia II de Roma, 339.
Constantino I de Roma, 333, 336.
Constantino II de Bizancio, 348.
Constantino V de Bizancio, 344.
Constantino X de Bizancio, 345-346.
Constantino Cloro de Roma, 333.
Cook, 187.
Cook, A. B., 300.
Corbellini, A., 423.
Corral, D. del, 460.
Correia, A., 31, 375.
Corsano, A., 492.
Cortés Góngora, L., 354.
Corti, I., 186.
Cossío, A. de, 631.
Cossio, C., 604.
Costa, E., 62, 122, 325.

Cotarelo Valledor, A., 465.
Couffignal, L., 175, 179, 187.
Covarrubias, D. de, 179, 486.
Crasso, P., 362.
Crassus, L., 59.
Cratino, 337.
Creuzer, L., 551, 566, 568.
Crinito, P. Vide Ricci, P.
Crisipo, 123, 330.
Croce, B., 167, 510, 513.
Cropp, F., 588.
Cuadra, P. de la, 460.
Cujas, J., 355.
Cumberland, R., 613.
Cuq, E., 224, 226.
Curi Breña, D., 340.
Czarnecki, Z. J., 275.

Çanayka, 216-217.

Dabin, J., 159-160.
Dámaso de Hungría, 367.
Dambruyant, M., 217.
Danza, E., 70.
Danza de la Muerte, 45.
Darmstaedter, F., 544.
Darwin, C. R., 625.
Dasgupta, S., 211, 212.
Daub, 551.
Daurella Rull, S., 273.
David, A., 176, 181-182.
David, R., 101, 103, 209.
Davdson, W. L., 613.
Decio de Roma, 332-333.
Decembrio, P. C.. 423, 428.
Decomberousse, 606.
Degrassi, A., 301.
Delahodde, J., 186.
Delaruelle, L., 435.
Delatte, A., 259, 261.
Delbos, V., 516.
Delitala Castellví, J., 23.
Demócrito, 272.
Demolombe, J. C. F., 608.
Demóstenes, 52.
Dempf, A., 358, 483.
Denina, C., 261-262.
Dennert, J., 436.
Deslandres, M, 606.
Despotopoulos, C., 273, 279.
Deussen, P., 211-212.
Díaz García, E., 80.
Díaz García, J., 32.
Díaz de Montalvo, A., 467.
Dibelius, O., 663.
Dicey, A. V., 100.
Didier de Viena, 348.
Diels, H., 254-256, 269-271.
Diès, A., 274.
Dilthey, W., 595.
Diocleciano de Roma, 333, 335, 336.
Diógenes Laertio, 255, 256. 267, 283.
Dionisio II de Siracusa, 372.
Dionisio de Halicarnaso, 291, 300, 310.
Dioscórides, 479.
Do-Dinh, P., 234, 236.
Dölger, F., 343.
Domenico Fiocchi, A. de, 429.
Domingo Gundisalvo, 360-361, 365-366.
Dominici, G., 425.
Donato Piperno, 370.
Doneau, H., 439-440.
Donnellus, H. Vide Doneau, H.
Dorado Montero, P., 199.
Doroteo, 336-337.
Dracón, 252, 261.
Dranguet, A. R., 81.
Driver, G. R., 224.
Dualde, J., 119.
Duarte I de Portugal, 69.
Dubois, J., 215.
Dufour, A., 564.
Duguit, L., 587.
Dujovne, L., 533.
Dulckeit, G., 533, 554.
Dumezil, G., 297-299, 302, 307.
Dumont, L., 217.
Dunning, W. A., 418.
Duns Scoto, J., 370, 386-391, 396, 412, 470.
Durán y Bas, M., 566.
Duruy, V., 265.
Dutt, M. N., 218.

Eck, J., 444.
Eckert, J. P., 177.
Eckmann, H., 621.
Edelmann, J., 629.
Ehrenberg, V., 91, 248-250, 257, 263.
Ehrlich, E., 155-156, 160-162, 164, 167-168, 632-634.
Eichler, S., 459.
Eiximenis, F. de, 45, 69.
Ellul, J., 89, 95, 96, 292.
Emiliano, 332.
Emmanuel, H., 78.
Engisch, K., 168-169, 562, 649, 684.

Ennio, 294.
Enrique III de Castilla, 460.
Enrique VI de Castilla, 462.
Epicuro, 613.
Erasmo de Rotterdam, 443, 445, 449.
Espinosa, Fernando de, 467.
Espinosa, Francisco de, 470.
Esquilo, 255, 268.
Esser, J., 169, 662.
Esteban de Tournai, 367, 368, 371.
Euclides, 691.
Eurico, rey, 347.
Eurípides, 263.
Eusebio de Cesarea, 339.
Everardo de Yprès, 367.
Evola, J., 258.

Falck, N., 589.
Falcó, J., 49.
Farré, L., 390.
Fassó, G., 272, 497, 513, 609, 613.
Fatini, L., 462.
Febrero, J., 72.
Fechner, E., 666.
Federico, G. di, 186.
Feijóo y Montenegro, B., 79-80.
Felipe de Roma, 332.
Felipe II de las Españas, 70-72, 82, 83, 125, 172, 394.
Felipe III de las Españas, 70, 71.
Felipe IV de las Españas, 70, 71.
Felipe V Bourbon, 82.
Felix de Marsella, 348.
Fellner, O., 629.
Fenech, M., 129.
Fernández de Henestrosa y Boza, 375.
Fernández de Palencia, A., 460.
Fernández de Villadiego, G., 461.
Fernández del Corral, J. M., 120.
Fernández Galiano, A., 257.
Fernández Galiano, M., 283.
Fernández Guerra, A., 349.
Fernández Navarrete, D., 231, 233, 238.
Fernando I de Aragón, 461.
Fernando II de León, 67.
Ferrari, G., 501.
Ferrari, J., 515.
Festo Mauro, 302.
Fichard, J., 444, 445.
Fichte, J. G., 536, 540, 542, 546, 562.
Fidelis, 354.
Field, S. J., 107.
Filolaos de Corinto, 261.
Fiorelli, P., 465.
Fitting, H., 309, 357, 362-364.
Flacco, V., 96.
Fleischmann, J., 552, 553.
Florido Sabino, F., 421, 428.
Floriot, R., 84.
Focio, 344.
Folchieri, G., 512.
Folgado, A., 387-388.
Fontaines, G. de, 412.
Forke, A., 229-231.
Forteguerri, G., 425.
Fortescue, J., 99.
Fortuin, H., 499.
Fortunianus, 325.
Fouillée, A., 533.
Foulkes, A. S., 156, 165, 652.
Fournol, E., 432.
Fraenkel, A. S., 188.
Fraga Iribarne, M., 481.
Fragmentum Praguensis, 266.
Franchis, G. de, 469.
Francisci, P. de, 121, 287, 293, 301, 304.
Francisco de Asís, San, 382.
Francisco I de Francia, 432, 433.
Franco, F., 127.
Franke, O., 230.
Fränkel, H., 257.
Franklin, J. H., 438.
Franqueville, Ch. de, 98.
Frazer, J. G., 299-300.
Freccia, M., 70.
Freddi, G., 81.
Frege, C., 669.
Freire, A., 276.
Frías, M. de, 464.
Friedländer, P., 269.
Friedmann W., 110, 617.
Friedrich, C. J., 621.
Fries, J. F., 562, 646-650.
Fritz, K. von, 260.
Fromherz, V., 462.
Frosini, V., 190, 682.
Fruin, R., 489.
Fuchs, E., 156, 165-166, 168.
Fuchs, J., 375, 665.
Fuente, V. de la, 480.
Fuero de Cuenca, 67.
Fuero Juzgo, 125.
Fuero Real, 67.
Fuero Viejo de Castilla, 67.
Fung Yu-lang, 234, 242.
Fustel de Coulanges, N. M., 291.

Gadier, J., 142.
Galán y Gutiérrez, E., 74, 418, 488, 688.
Galba de Roma, 314.
Galeno, 479.
Galerio de Roma, 333.
Galizia, A., 186.
Galmés, S., 398.
García Gallo, A., 350-351.
García García, A., 461, 466.
García Maynez, E., 671.
García Morente, M., 523.
García Ormaechea, R., 119.
García Pelayo, M., 352-353.
García Valdecasas, A., 73.
Garidas, 345.
Gavazzi, G., 582, 583.
Gawirth, A., 419.
Gay, J., 613.
Gayo, 293, 301, 311-312, 317, 326, 328, 334, 337, 341, 352.
Gelasio II, papa, 363.
Geldart, W., 100.
Gennaro, A. de, 599.
Gény, F., 156-160, 163, 609.
Gerber, K. F. W., 594.
Germann. O. A., 583, 609.
Gernet, J., 231.
Gernet, L., 91, 246-247, 250, 262, 271.
Gerónimo, San, 385.
Giacon, C., 391.
Gianturco, E., 512-513.
Gibbon, E., 287, 299.
Gierke, J. von, 567.
Gierke, O. von, 458, 532.
Gigante, M., 253.
Gigon, O., 254.
Gil Cremades, J. J., 376, 378, 536.
Gil y Robles, E., 577-578.
Gilson, E., 386.
Giménez Fernández, M., 583.
Gingsberg, M., 645.
Girard, J., 270.
Girard, P. F., 425-426.
Giuliani, M. A., 327.
Giussani, C., 324.
Giustiniani, L., 370.
Glafey, A. F., 487.
Glober, J., 456.
Glotz, G., 89, 247, 267.
Goethe, H. W., 651.
Goez, W., 358.
Gogarten, F., 663.
Goldmann, L., 517.
G. Olmedo, F., 465.
Gomar, F., 491.
Gómez, G., 461.
Gómez de la Serna, P., 114, 337.
Gómez de Zamora, D., 461.
Gómez Jiménez de Cisneros, J., 70, 78.
Gómez Piñán, A., 474.
Gomperz, T., 267, 276.
Gönner, N. T., 566.
González, Jerónimo, 632.
González, Julio, 461, 462.
González de Alba, P., 87-88.
González de Bustamante, G., 461.
González Palencia, A., 360.
González Vicén, F., 531, 532, 582-583.
Gorgias de Leontinoi, 52, 57, 268-270.
Gothofredus, J., 421.
Goudot-Perrot, A., 179.
Gough, J. W., 100.
Grabar, V. E., 363.
Grabmann, M., 349, 359, 360, 373, 374.
Grace-Hutchison, M., 486.
Gracián, B., 79.
Graciano, 334, 366-368, 370.
Graevius, J. G., 329.
Graneris, G., 376.
Granet, M., 227, 234-236, 240.
Grant, M., 323.
Graveson, 615.
Greednidge, A. H. J., 95, 198, 385.
Gregorio, 335-337, 341, 354.
Gregorio I Magno, San, 348, 365, 385.
Gregorio IX, papa, 363, 370.
Gregorio de Tours, 348.
Gregorio el Acéfalo, 354.
Greniewski, H., 190.
Griesheim, K. J. von, 557, 559.
Griffith, J. A. G., 102.
Grocio, H. de, 485, 487-501, 503, 505, 507-515, 519, 541, 583, 605, 636, 637, 665.
Groicki, B., 459.
Gronovius, J. F., 497.
Grundmann, G., 191.
Guasp, J., 687, 688, 690-697.
Gudea de Lagash, 221.
Guénon, R., 212.
Guérin, P., 251.
Guevara, P. de, 411.
Guizzi, F., 305.
Gurvitch, G., 580, 661, 682, 684.
Gutiérrez, J., 70.
Gutiérrez Alviz, F., 84, 130.

Hackmann, H., 236.
Haensel, W., 530.

Haft, F., 181, 189.
Hägerström, A., 290.
Hailsham, Lord, 103.
Haines, 189-190.
Hales, A. de, 370, 381-382.
Halevy, E., 613.
Hall, J., 604.
Hall, R. W., 274.
Hallema, A., 490.
Haller, C. L. von, 574.
Hamaker, H. G., 489.
Hamburger, J., 619.
Hamburger, M., 282.
Hamilton, A., 106.
Hammurabí, 221, 223-226.
Hammur-api. Vide Hammurabí.
Han Fei-tsé, 229, 241, 243-245.
Hardie, W. F. R., 282.
Harmenopoulos, C., 345-346.
Hart, H. L. A., 584-585, 619.
Hartley, T. C., 102.
Hassemer, W., 33.
Hauriou, M., 681.
Hauser, R., 652.
Hazeline, H. D., 413.
Heck, Ph., 166, 629-632.
Hegel, G. W. F., 227, 510, 518, 533, 535-560, 562, 579-583, 624, 694.
Hegendorph, C., 454.
Heidegger, M., 677.
Heine, H., 517, 564.
Heinrich, 551.
Heinsius, D., 489.
Heinze, M., 370.
Heise, G. A., 588.
Heliogábalo de Roma, 332.
Heller, H., 543, 597.
Hellwig, K., 166.
Helvetius, G. A., 613.
Hengstenberg, H. E., 667.
Hensley, 189.
Heráclito de Efeso, 247, 255-258, 272.
Hermágoras de Temnos, 325-326.
Hermenegildo, San, 354.
Hermógenes, 335-337, 354.
Hermógenes de Tarso, 66, 326-327.
Hernández Gil, A., 42, 74, 83, 565, 590, 593, 595, 608, 623, 681, 684, 687-690, 694, 697.
Heródoto, 261.
Herrmann, M., 440.
Herz, H., 668.
Hesiodo, 250-251, 253, 256.
Heydte, A. Freiherr von der, 662.
Hevia Bolaños, J. de, 84.
Hilario, San, 385.
Hildebrand, K., 248.
Hildebrandt, A., 216.
Hilger, M. L., 170.
Hillgarth, J. N., 395.
Hincmar de Reims, 358.
Hinojosa, E. de, 291-292, 345, 471.
Hiparco, 479.
Hipereides, 23.
Hipócrates, 176, 254.
Hipodamo el Pitagórico, 259.
Hippel, E. von, 373, 627, 661-662.
Hippel, F. von, 562, 661.
Hirzel, R., 61, 248-249, 256.
Hobber, T., 541, 513, 620.
Hoffmeister, J., 536, 544.
Höffner, J., 485.
Hohenlohe, C., 337-338.
Holland, Th. E., 98, 100, 620.
Holmes, O. W., 107-109.
Holoander, G., 444.
Hölscher, E., 398.
Homero, 249, 253, 256.
Homeyer, C. G., 549, 551, 556.
Homo, L., 288.
Homobono de Barcelona, 359.
Honorio de Roma, 339.
Hopt, K., 187.
Horacio, 322.
Horak, F., 323.
Horn, N., 416.
Horty, J. F., 187.
Hospital, M. de l', 436.
Horvat, M., 295, 313, 413.
Hotho, H. G., 557, 559.
Hotman, F., 436-437.
Hübner Gallo, J. I., 21.
Huby, P. M., 266.
Hugo, G., 561-653, 619.
Hughes, Ch. E., 108.
Huguet y Campañá, P., 73.
Huizinga, J., 494.
Hume, D., 612, 613.
Hurtado, M., 33, 567.
Husserl, E., 666, 669, 677.
Husserl, G., 674-675, 679.
Hutschenreuter, H., 191.
Hyppolite, J., 537.

Iglesias, J., 296, 319-320.
Ilting, K. H., 549, 551, 557.
Imbert, J., 91, 265.
Irnerio, 355-356, 361, 363-365, 367, 422, 425.
Ionescu, C. V., 277.
Iorga, N., 346.

Isaios, 54, 55, 63.
Isay, H., 167.
Iserloh, E., 389.
Isidoro de Sevilla, San, 66, 302, 347-357, 359, 361, 362, 367, 369, 378, 385, 605.
Isócrates, 52, 55-56, 62, 63, 270.
Isorni, J., 49.
Izquierdo, S., 411.

Jacquard, J., 177.
Jacquiminot, 607.
Jaeger, W., 56, 253, 256, 266, 278.
Jaffer, G., 467.
Jamblico, 260.
Janet, P., 487.
Jansson, J. M., 598.
Jardé, A., 260.
Javolenus Priscus, 64, 122, 320.
Jefferson, T., 106, 107.
Jellinek, G., 595-596.
Jenks, E., 102.
Jhering, H. von, 593.
Jhering, R. von, 33-37, 295, 311, 329, 375, 587, 589-595, 612, 623-630, 639, 681.
Joannis, P., 461.
Jöckel, W., 602.
Jordan, S., 153.
Jourdan, A., 608.
Jovellanos, G. M. de, 47, 49.
Juan Andrés, 417-418.
Juan II de Castilla, 71, 417, 460, 463.
Juan VIII, papa, 356.
Juan XXII, papa, 390.
Juan de Fontana, 367.
Juan de Imola, 473.
Juan el Lidio, 344.
Juan el Teutón, 367.
Juan Manuel, Infante don, 69.
Juez y Sarmiento, J., 73.
Juliano de Roma, 334.
Julio César, 314, 424.
Julius Victor, 326.
Jung, E., 153.
Junius Braccanus, 314.
Justiniano I de Bizancio, 65, 198, 330-332, 334, 336-345, 351, 355-357, 369, 383, 416, 423, 424, 429, 431, 440, 479, 555.
Juventius Celsus, 320.

Kafka, G., 258, 283.
Kahrstedt, U., 90.
Kaltenmark, O., 233.
Kamandaki, 218, 219.
Kane, P. V., 219.
Kannegiesser, K. H., 191.
Kant, I., 472, 515-534, 536, 540-542, 554, 562, 563, 569, 583, 597, 636, 638, 640, 643-646, 652, 664, 695.
Kantorowicz, H., 162-168, 171, 652.
Kao Tin, 230.
Karczmascyk, Z., 459.
Kaufmann, A., 33.
Kaufmann, F., 669-670, 679.
Kautilya. Vide Çanayka.
Keim, A., 178.
Kelsen, H., 275, 277, 532, 583, 597-605, 609, 611, 637, 638, 669, 675, 679, 681, 682, 684.
Kempski, J. von, 684-685.
Keraly, H., 378.
Kielruff, J. F. M., 589-590.
King, P. D., 355.
Kipp, H., 484, 662.
Kirafly, A. K. R., 101.
Kirchbaum, E., 334.
Kirchbaum, J. H. von, 574-576.
Kircher, A., 228, 410.
Kirk, G. S., 256.
Kirschenmann, P. P., 191.
Kirstein, J., 459.
Kisch, G., 430, 432, 446, 448-459, 451.
Kisza, A., 182, 189.
Kleinhappl, J., 484.
Klöppel, P., 156.
Klüber, F., 662.
Klug, U., 616, 656.
Knapp, L., 596-597.
Knapp, V., 188, 189.
Koerner, J., 269.
Kohler, J., 156, 476.
Kopp, H., 593.
Korax, 53-54, 57.
Koschaker, P., 225, 362, 363, 421, 429, 443, 566, 567.
Köstler, R., 251.
Krämer, H. J., 274.
Krämer, J., 278.
Kramer, S. N., 221-222.
Kranz, W., 254-255.
Krische, A. B., 260.
Krüger, P., 325, 341.
Kubler, H., 349.
Kuhlmann, B. E., 375.
Kunkel, W., 296.
Kunz, J. L., 597, 599, 603, 605.
Küry, E. E., 645.

Labanca, B., 418.
Laband, P., 596, 597.
Labrousse, R., 480.
Lachance, L., 376.
Lacorte, C., 540.
Lactancio, 339.
Lafontaine, J. de, 79.
Lagarde, G., 361, 373, 389, 418.
Lagus, K., 456.
Laínez, D., 480.
Lalande, A., 20.
Lalinde Abadía, J., 477.
Lamanna, E. P., 533.
Lamas, F. A., 627-628.
Lambert, W. G., 225.
Lampridius, A., 60.
Lamsdorff-Galagane, W., 687, 694, 697.
Lanckart, R., 593.
Landino, C., 426.
Landolfi, L., 70.
Landry, B., 381, 387.
Landsberg, E. Vide Stintzing, R.
Lanfranco, 359.
Lang, E., 190-191.
Lang, W., 191.
Langner, A., 644.
Larenz, K., 546, 553-554, 556, 583, 595.
Larraz, J., 74.
La Roche-Flavin, 440-441.
Lask, E., 651, 661.
Lasson, G., 544.
Latte, K., 90, 248, 262, 290.
Lautmann, R., 170.
Lavinheta, B., 411.
Leandro, San, 354.
Le Bas, Ch., 309.
Ledesma Ramos, R., 73.
Ledig, G., 671, 679.
Le Douaren, F., 439.
Le Duc, 435.
Lefevre d'Etaples, J., 471.
Legaz Lacambra, L., 597, 681, 687, 688, 697.
Legge, J., 231.
Leibholz, G., 597, 671.
Leibnitz, G. W., 329, 355, 669, 672.
Leicht, P. S., 418.
Leisching, P., 379.
Lenin, 584.
León III de Bizancio, 65, 343-344, 358.
León VI de Bizancio, 65, 345, 346.
León IX, papa, 358.
León de Narbona, 347.
Leonardo de Argensola, B., 46, 77, 78, 85.
Leone, G., 613.
Leoni, B., 375.
Leoni, P., 403.
Leonowens, A., 80.
Lepore, E., 323.
Lerat, P., 687.
Lesniak, K., 176.
Lesnodorwski, B., 459.
Less, G., 157, 170.
Lévy, A., 269. 324.
Lévy, E., 96, 318.
Lévy, I., 258-259.
Lévi-Strauss, C., 685-686, 688, 693-697.
Liao, W. K., 241.
Libanio, 65, 66.
Libman, Ch., 78.
Liciniano de Cartagena, 354.
Licurgo, 261.
Liebig, J., 593.
Liebmann, R. O., 637.
Likoudes, C., 346.
Li Kuei, 241.
Lillie, W., 268.
Linhardt, R., 375.
Lisias, 54-55, 58, 62, 63.
Lisser, 530.
Li Ssaeu, 241.
Litt, T., 519.
Litz, F. von, 651.
Liu Wa-chi, 231.
Lloyd, D., 102.
Lloyd of Hampstead, Lord, 619.
Llull, R., 69, 84, 370, 394-411, 455, 473.
Löbl, R., 669.
Locke, J., 612, 613.
Loevinger, L., 180.
Lo Parco, F., 433.
López, P., 460-461.
López Calera, N., 535, 556-557, 683-684, 697.
López de Ayala, P., 460, 461.
López de Haro, C., 130.
López de Oñate, F., 126.
López de Palacios Rubios, J., 480.
López de Segovia, J., 463.
López de Tovar, G., 475.
López Medel, J., 663.
López-Muñiz Goñi, M., 185, 188.
López Núñez, C., 301.
López-Rey y Arrojo, M., 80, 83.
Lorenzo de España, 367.
Lorenzo el Magnífico de Florencia, 404, 407.
Losano, M. G., 175, 180, 182.
Lotario I de Alemania, 358.
Lottin, O., 373.

Louzao, E., 118.
Love, A., 613.
Löwenhaupt, W., 619.
Löwith, K., 510.
Loyson, P. H., 300.
Luca da Penna, 412-416, 422.
Lucas, San, 492-493.
Lucius Julius Caesar, 122, 314.
Lucrecio, 613.
Luden, H., 489, 491.
Luis XII de Francia, 432, 441.
Luitprando de Cremona, 343.
Lumia, G., 531.
Luño Peña, E., 687.
Lutero, M., 164, 389, 442, 445, 481, 482, 493, 503, 504, 516-519, 659, 660.
Lutterbeck, E., 183.
Lyndhurst, Lord, 102.

Maciá Manso, R., 485.
Mack, M. P., 615.
Mackenzie, L., 63.
Macrobio, 260.
Madison, J., 106.
Madrid, J. A. de, 460.
Madrigal, A. de, 460, 463, 467.
Maffei, D., 421-422, 466, 468, 469.
Magdelain, A., 291.
Maggiore, G., 590, 591.
Magistrado del Tribunal Supremo, Un, 82, 123.
Mahoma, 294.
Maitland, F. W., 101.
Maldonado Fernández del Torco, J., 470.
Manilowski, B., 683, 692.
Manna, G., 70.
Manzano, J., 349.
Mao Tse-tung, 230.
Maquiavelo, N., 216, 243.
Mercadé, V. N., 608-609.
Marcial, M. V., 45, 62.
Marcic, R., 169-171, 602, 682.
Marco Aurelio de Roma, 326-327, 332-333.
Marcorelle, 606.
Marcus, H., 276.
Marcuse, H., 191-192.
Maretti, E., 186.
Marín, J., 231.
Marquilles, J., 467.
Marquard, O., 555.
Marrast, M. A., 554.
Marsala, M. V., 122.
Marshall, J., 107.
Marshall, J., 209.
Martínez, D., 461.
Martínez Alcubilla, M., 125-126.
Martínez de Osma, P., 463-465, 467.
Martínez de Villarreal, A., 460.
Martínez de Zamora, F., 641.
Martínez Gijón, J., 7.
Martínez Marina, F., 67, 68.
Marx, C., 563, 653, 683.
Maschi, C. A., 318.
Maspero, H., 234.
Maspétiol, R., 680.
Massey, J. L., 178.
Masson-Oursel, P., 216, 233.
Massurius Sabinus, 321.
Mateo, San, 492, 496, 498.
Mathiot, A., 684.
Mathis, B., 532.
Mattingly, H., 333.
Maura y Montaner, A., 75.
Maurenbrecher, R., 375.
Maurer, R., 277.
Maximiano de Roma, 333.
Maximiliano I de Alemania, 443.
Maxwell, J. C., 177.
Mayer, E., 298, 328.
Mayer, M., 109.
Mayer, O., 596.
Mayer, Th., 121.
Mayer-Maly, T., 303.
Mayr, R. von, 291.
Mc Gregor Dawson, R., 105.
Mc Whinney, 98.
Mediavilla, R. de. Vide Middletown, R.
Medina, B., 484.
Medina Echevarría, J., 654.
Mehl, L., 186.
Melanchton, F., 451.
Menasce, G. de, 613.
Mendoza, B. de, 499.
Menéndez y Pelayo, M., 348, 354-355, 466, 472.
Menzel, A., 267.
Merkel, A. J., 587, 591, 596, 628, 668.
Merkl, A., 601.
Mesa Mengíbar, A., 690.
Mesía, J., 29.
Mesnard, P., 438, 458, 483.
Messner, J., 661.
Meyer-Cording, V., 170-171, 685.
Meyer-Unlentied, K. H., 185.
Michelakis, E. M., 281.
Michoud, L., 614.
Middletown, R. de, 412.
Mieres, T., 467.

Mignot, Mlle., 186.
Miguel V de Bizancio, 346.
Miguel VII de Bizancio, 345.
Miguel y Romero, M., 44, 119.
Miles, J., 224.
Mill, J. S., 613, 614, 618, 621-623.
Millares Carlo, A., 480.
Minar, E. L., 259.
Mirabelli, A., 290-291.
Mochi Onory, S., 367.
Modestinus, H., 320, 328, 355, 425.
Moeller, E. von, 435.
Moerbeke, G. de, 463.
Mohamed al-Shakanhiri, 613, 618, 621.
Moisés, 138, 164, 294.
Moix Martínez, M., 248.
Moliérac, J., 43.
Molina, E., 266.
Molina, L. de, 477, 481, 484.
Molinari, E., 679.
Mommsen, T., 96-97, 198-199, 286, 288, 294, 298, 322.
Mondolfo, R., 256.
Monefoy, J. F., 382.
Montano, O., 70.
Montenegro Duque, A., 289.
Montero Díaz, S., 354.
Montes, J., 172.
Montesquieu, Barón de, 99.
Montserrat, M. de, 467.
Moolhuysen, P. C., 489.
Moór, J., 597, 602.
Moreau-Reibel, J., 439.
Morison, W. L., 619.
Moro, G., 460.
Mouchly, J. P., 177.
Mourlon, C. E., 607.
Mueller, G. E., 552.
Mühl, M., 261, 272.
Müller, A., 579, 589.
Müller, H. C. A., 499.
Müller, M., 169-170.
Müller, M., 373.
Müller-Erzbach, R., 166.
Muñoz, J. B., 466.
Muñoz Alonso, A., 475.
Muñoz Torrado, A., 350.
Muratori, L. A., 49, 330.
Myres, J. L., 249.

Nabopalassar de Babilonia, 226.
Nadeau, R., 327.
Napoleón I de Francia, 587, 606.
Napoleón III de Francia, 581.
Narsés, 338.
Natorp, P., 638.
Navarro de Palencia, J. M., 609.
Naville, P., 178.
Nebrija, A. de, 460, 465-468, 473.
Negri, A., 536, 556, 568.
Nell-Breuning, O., 662.
Nelson, L., 637, 645-650, 661.
Nestlé, W., 254.
Neumann, J. von, 177.
Newman, W. L., 277.
Newhook, 187.
Nicolini, F., 287, 502-504, 513.
Nietzsche, F., 256.
Noailles, P., 95, 304, 306, 311, 312.
Nohl, H., 537, 538.
Nolen, D., 517.
Northrop, F. S. C., 619.
Nougués Secall, M., 43, 49.
Nouhaud, M., 267.
Novísima Recopilación, 72.
Nueva Recopilación, 71, 82.
Numa Pompilio de Roma, 287, 289 299, 317, 342.
Núñez, C. H., 465.
Núñez Contreras, L., 478.
Núñez de Balboa, V., 71.
Núñez Lavedeze, L., 690.
Nuzzo, E., 510.

Occam, W., 370, 389-393, 415, 612.
Odo de Dour, 367.
Odofredo, 363, 365.
Odriozola, A., 465.
Ogg, F. A., 106-107.
Oldendorp, J., 423, 448-453, 456.
Oldfather, W. A., 260.
Olgiati, F., 378.
Ollero, C., 418.
Olózaga, S., 130.
Omodeo, A., 139.
Ompteda, D. H. Freiherr von, 489.
Oncken, W., 277.
Opocher, E., 265.
Orestano, R., 288, 302, 328.
Orígenes, 340.
Oriol y Urquijo, A., 84.
Oromí, M., 386.
Ors, A. d', 142-149, 151.
Ortega, T., 355.
Ortega y Gasset, J., 131, 291-292.
Ortiz de Zúñiga, M., 73, 114.
Ossorio y Gallardo, A., 44, 49, 74, 75, 79.
Ostrogorsky, J., 343.

Ostwald, M., 262.
Otaka, T., 598.
Oto, R., 213.
Ottaviano, C., 411.
Ottenwälder, P., 494.
Ovidio, 304.

Pablo, San, 340, 491, 496, 498.
Pablo de Hungría, 367.
Pablo de Mérida, 354.
Pabón y Suárez de Urbina, J. M., 272.
Padua, M. de, 412, 418-419.
Pagano, A., 590.
Pallottino, M., 289.
Palma de Mallorca, A. de, 394, 395.
Palmer, R., 296, 301.
Palstra, J. T. M., 187.
P'ang, 232.
Papías, 359.
Papiniano, Ac., 46, 96, 288, 293, 326, 328-329, 337, 341, 417, 447, 480.
Parrasio, G., 434.
Partidas, Las Siete, 67-68, 80, 83.
Pascal, B., 176.
Pascual Quintana, J. M., 582.
Pasini, D., 503, 512, 581, 593, 682.
Pastore, A., 530.
Paton, G. W., 102-103, 156-157, 621.
Paucapalea, 368.
Paul, W., 653.
Pauli, V. E., 246.
Paulo, J., 122, 293, 320, 325, 328, 337, 358, 424.
Paulsen, F., 516.
Pauw, F. de, 490.
Pavón Pereyra, E., 74.
Paz, M. de, 480.
Pedro Damián, San, 359.
Pedro de Blois, 367.
Pedro de Coimbra, 468.
Pedro Lombardo, 373.
Pedro I de Castilla, 68.
Peerlkamp, P. H., 489.
Pemán Pemartín, J. M., 20.
Peña, A. de la, 80, 83.
Peppone, 363.
Pérez de Anaya, F., 72.
Pérez de Gracia, J. A., 680.
Pérez de Sevilla, A., 461.
Pérez de Urbel, J., 354, 355.
Pérez Luño, A. E., 33, 188, 192.
Pérez Martínez, L., 404.
Pérez Pujol, R., 348.
Pérez Serrano, N., 75.
Pericles, 267.
Peschka, V., 668.
Peset Roig, M., 72.
Pessina, H. C., 186.
Peters, R., 510.
Peterson, W., 43.
Petrarca, F. de, 422.
Petruzzelis, N., 504.
Pezzi, D., 249.
Piaget, J., 686, 696.
Pieretti, A., 282.
Pina, R. de, 51.
Pinna Parpaglia, P., 317-318.
Pío, G. B., 427.
Piovani, P., 555.
Pisides, G., 344.
Pitágoras de Samos, 258-260, 272.
Pizarro, F., 71.
Pizzorni, R. M., 379.
Placentino, 366, 425.
Plassmann, J. O., 358.
Platón, 56, 57, 177, 247, 272-276, 278, 319, 479, 513.
Plaza, M. de la, 74, 124.
Plinio el Viejo, 290.
Plutarco, 123, 271, 292.
Podlech, A., 181, 186.
Pohlenz, M., 263.
Poley, M., 29.
Polis, R., 553.
Poliziano, A., 422, 425-427, 430, 434, 465.
Pompeyo de Roma, 314.
Pomponio Leto, G., 428, 462, 466.
Pomponio, S., 295, 308, 310-311, 313, 327.
Pont-Euzières, 606.
Popp, W., 187.
Porcari, M., 425.
Porter, L. C., 242.
Posada, A., 623.
Pound, R., 106.
Pozzo, G. M., 580.
Pozzo, P. del, 468.
Prado, G., 340.
Praetextatus, 334.
Prandtl, C., 64.
Predieri, A., 186.
Prélot, M., 639.
Priestley, J., 613.
Prieto Castro, L., 129, 130.
Prietzen, J. C. von, 457.
Primo de Rivera, J. A., 73-74.
Pringsheim, F., 246.
Probo de Roma, 332.
Próculo, 293.

Pródicos de Ceos, 270-271.
Profuno, B. de, 581.
Protágoras de Abdera, 53, 267-269, 584.
Psellos, M., 66, 345, 346.
Ptolomeo de Alejandría, 479.
Publius Aelius Paetus, 314.
Puchta, G. V., 569-574, 578, 579, 587, 589, 590.
Puente Egido, J., 602.
Puffendorff, S., 508, 541.
Puigdollers, M., 473.
Puig Maestro-Amado, E., 84.
Puig Peña, F., 487.
Pusiani, D., 181.
Puy Muñoz, F., 276, 478, 484, 662, 696.

Quadri, G., 303.
¿Qué es el Carlismo?, 130.
Quereda, F. de P., 24.
Quevedo y Villegas, F. de, 47, 70.
Quiles, I., 350.
Quillet, J., 419.
Quintiliano, M. F., 43, 61, 286, 325.
Quintus Aelius Tuberus, 323.
Quintus Fabius Maximus Servilianus, 122, 314.
Quintus Fabius Scaevola, 59, 304, 321, 325, 423-425.

Rábade Romeo, S., 391.
Rabelais, F., 437.
Rada y Delgado, J. de D. de la, 349.
Radbruch, G., 165, 168, 637, 650-661, 665.
Radhakrisnan, S., 217.
Raeder, H., 270.
Raimundo de Toledo, 360.
Ramée, P. de la, 457.
Ramón de Penyafort, San, 378.
Ransson, G., 24, 125.
Rau, Ch., 608.
Raven, J. E., 256.
Ray, P. O., 106-107.
Re, D. del, 469.
Reale, M., 317, 682.
Recaséns Siches, L., 641, 644, 656, 660, 669-670.
Recopilación de las leyes de los Reinos de Indias, 71.
Reddie, J., 19.
Regiliano, 332.
Rehberg, A. W., 588-589.
Rehbinder, M., 632-633.
Rehm, H., 56, 277, 315-316.
Reibstein, E., 485, 487.
Reich, K., 521-522.
Reinach, A., 667-673, 679.
Reinhold, K. L., 562.
Reitemeier, J. F., 560-561.
Renard, G., 376.
Renzi, G., 282.
Resende, A. de, 475.
Reulos, M., 441.
Rey, A., 255.
Reyes, A., 53, 57, 269.
Reyscher, A. L., 571-572, 574, 578.
Riaza, R., 352, 461.
Ricci, M., 228.
Ricci, P., 427.
Riché, P., 347.
Rickert, H., 517, 650.
Riebschläger, K., 167.
Riedel, M., 535.
Riegger, J. A., 445.
Riehl, W. H., 594.
Río Cisneros, A. del, 74.
Ritchie, J., 105.
Ritter, G., 429.
Ritter, J., 281, 535.
Rivail, A. de, 433, 469.
Rivera de Ventosa, E., 386.
Rivet, A., 490, 493.
Rivier, A., 347, 431, 446.
Roa, F. de, 463-465, 467.
Robin, L., 266.
Röder, K. D. A., 623.
Rodolfo de Campolongo, 372.
Rodríguez, A., 461.
Rodríguez, A. J., 529-530.
Rodríguez, J. M., 112.
Rodríguez Adrados, F., 250.
Rodríguez Iturbe, J., 146.
Rodríguez Molinero, M., 645, 661, 662.
Rodríguez Paniagua, J. M., 483, 534, 651, 656.
Rodríguez Valcarce, F., 124-125.
Roffredo de Benevento, 370, 425.
Rogerio de Benevento, 366.
Roguin, E., 609-611.
Rohner, A. M., 373.
Rojas Zorrilla, F. de, 46-47.
Rolandino dei Passaggieri, 372.
Román, G., 244, 422, 470.
Romano, S., 681.
Rommen, H., 636.
Rómulo, 282, 294, 311.
Ronsard, P., 441.
Rosenberg, K., 547.

Rosenkranz, K., 338, 539.
Rosenzweig, F., 543, 564.
Ros y Gómez, J., 76.
Ross, A., 154, 277, 565, 577.
Ross, D., 527.
Rot, H., 187.
Rota, C., 70.
Rotario, 357.
Rothe, R., 557.
Rotili, M., 370.
Rousseau, J. J., 78, 521, 537, 538, 541.
Roy, J., 681.
Rubert Candau, J. M., 392.
Rubinstein, R., 83.
Rubio, R., 82.
Rucellai, B., 428.
Ruiz, J., 461.
Ruiz de Alarcón, J., 79.
Ruiz Jarabo, F., 129.
Rümelin, M., 593, 626.
Rumpf, M., 165.
Russel, H. W., 334-335.
Russell, B., 669.
Rutten, M., 222.
Ruvo, V. de, 530.
Ruysman, R. Vide Agrícola, R.
Ryffel, H., 254, 664.

Saavedra Fajardo, D., 48.
Sabellico, M. A., 429.
Sabunde, R. de, 488.
Sáinz de Andino, P., 72.
Saitta, G., 268.
Sala-Molins, L., 395.
Saldaña, Q., 43, 47, 74, 75, 79, 84.
Salmond, J., 98, 619.
Salomon, M., 268, 281.
Salustio, 290.
Salvio Juliano, 96.
Sánchez, A., 461.
Sánchez, M., 461.
Sánchez, P., 460.
Sánchez Barbero, F., 48, 85.
Sánchez de Arévalo, R., 462.
Sánchez de la Torre, A., 247, 684.
Sánchez de Lizarazo, P. J., 411.
Sánchez del Río, C., 192.
Sánchez García, E., 513.
Sánchez Mazas, M., 181.
Sánchez Román, F., 117.
Sánchez Ruipérez, M., 248.
Sancho IV de Castilla, 68-69.
Sander, F., 597, 644.
San Isidro, E. de, 467.
Santacruz Teijeiro, J., 326.
Santalucía, B., 61.
Santarem Santerna, P. de, 486.
Santiago apóstol, 492.
San Víctor, H. de, 360.
Sarayna, G., 468.
Sargon de Accad, 221.
Sauer, W., 632, 641.
Sauli, F., 436.
Saussure, F. de, 472, 685, 686.
Sauter, J., 229, 387.
Savigny, F. C. von, 29-33, 37, 329, 357-358, 363, 365, 370-371, 411, 414, 423, 426, 433, 443, 466, 564-572, 583, 588, 591, 612, 628, 681.
Saxi, J. A., 424.
Sayre, K. M., 179.
Scarpelli, U., 585.
Schambeck, H., 658.
Schapp, J., 674.
Schapp, W., 674, 675, 681.
Schein, J., 156.
Schelauske, H. D., 662-663.
Scheler, M., 677.
Schelling, F. W., 539, 542, 544, 546, 562.
Schelsky, H., 594, 627.
Schilling, O., 340, 347. 375.
Schilpp, P. A., 520.
Schlink, B., 187.
Schlossmann, S., 154, 161.
Schlözer, A. L., 560.
Schlütter, J., 490.
Schmitt, C., 483.
Schmökel, H., 223.
Schmölz, F. M., 379.
Schneid, M., 375.
Schneider, H. P., 33.
Schöll, R., 310.
Schönfeld, W., 596, 605, 621, 628, 664.
Schopenhauer, A., 518, 530, 532, 533
Schram, H., 187.
Schreier, F., 671-673, 679.
Schubert. G., 189.
Schulte, J. F. von, 367.
Schulz, F., 59, 61, 62, 97, 314, 316, 326, 335.
Schwarz, 566.
Sclopis, F., 70.
Scrocca, A., 513.
S. de Bustamante y Montoro, A., 642.
Seel, O., 317.
Segovia, J. de, 462.
Seguí, J., 411.
Sejourné, P., 349, 353.
Selden, J., 508.

Semerari, G., 503.
Sempere, J., 417-418.
Sempronius Tuditanus, 314.
Séneca, L. A., 60, 267, 286.
Senn, F., 375-376.
Septimio Severo de Roma, 309, 333, 336.
Sergio, 347.
Serrano, A. E., 182, 184.
Serrano Villafañe, E., 555, 690.
Servio Tulio de Roma, 287, 289, 296, 317.
Servius Sulpicius Rufus, 314, 323, 423, 424.
Se Tsien-kao, J. B., 236.
Sexto Empírico, 267, 269.
Sextus Aelius Paetus, 314.
Sextus Pompeius Festus, 300.
Shastri, D., 218.
Shklar, J. N., 106.
Shun-Chih, 230.
Siao King-fang, 239-241.
Sicardo de Cremona, 367.
Sichard, J., 444.
Sidonio Apolinar, 347.
Sièyes, M. J., 607.
Siger de Brabante, 373.
Simó Santonja, V. L., 463.
Simone, G. de, 419.
Simonetos, G. S., 283.
Simplicio, 222.
Smith, G., 262.
Snell, B., 253.
Sobrado Chaves, J. J., 691.
Sócrates, 56, 83, 272, 276, 516.
Sófocles, 263.
Solari, G., 500, 528, 532.
Solón de Atenas, 247, 252-254, 262-263.
Solóvine, M., 258.
Sorioux, J. L., 687.
Sostegni, R., 502.
Soto, D. de, 477, 478, 484.
Soulier, E., 256.
Sousa, J. P. Galvão de, 33, 377, 419, 569.
Spencer, H., 681.
Spengler, O., 258.
Spiazzi, R., 375.
Ssuma-Ch'ien, 242.
Ssuma T'an, 242.
Stadtmüller, G., 489.
Staebler, F. J. von, 178.
Stahl, F. J. von, 576-578.
Stammler, R., 161, 518, 566, 637-646, 650-652, 661, 678.
Stampe, E., 164-165.
Stein, F., 181.
Steinmüller, W., 187.
Steinwenter, A., 247.
Stern, J., 29.
Stern, P., 216.
Stintzing, R., 429-430, 443, 444, 453, 570, 574, 575, 577, 588, 589.
Stobbe, O., 444.
Stobeo, 283.
Stockhammer, M., 275, 583.
Stokes, M. C., 258.
Stoll, A., 568.
Stoll, H., 167.
Stone, J., 621, 623.
Stover, C. F., 190.
Strabon, 222.
Stratenwerth, G., 388.
Strauch, D., 567.
Strauss, D. F., 557, 559.
Stroux, J., 318.
Stübe, R., 230.
Suárez, F., 418, 470, 477, 478, 484-485, 488, 494, 501, 512-513, 617.
Suárez, R., 48.
Suhr, D., 187.
Sulzer, J. J., 540.
Summer Maine, H., 309.
Summu-abum, 222.
Symbatios, 345.
Szlechter, E., 225.
Szmulewicz, F. L., 555.

Tácito, C. C., 513.
Tales de Creta, 261.
Tales de Mileto, 213.
Tammelo, I., 184, 684.
Taparelli d'Azeglio, L., 639.
Tapper, C., 185, 188.
Tarquino Prisco de Roma, 289, 299.
Tatakis, B., 66, 34 .
Taulier, F., 609.
Tegethoff, W., 568.
Teng Si, 241.
Teodoreto de Ciro, 340.
Teodoro de Gadara, 327.
Teodosio I de Roma, 335, 339.
Teodosio II de Bizancio, 65, 336-339, 341, 343, 354, 358, 364.
Teofilacto, 66.
Teófilo, 337.
Teofrasto, 246-247, 283-284, 325.
Terencio, 424.
Tertuliano, 340.
Teuffel, S., 60.

Terré, F., 157.
Thibaut, A. F. J., 29, 564, 588.
Thieme, H., 479.
Thomas, J, 309.
Thomasius, C., 496, 541.
Thon, A., 596.
Thaur. A. von, 166.
Tierney, B., 367.
Tisias, 53-54, 57.
Tito de Roma, 435.
Tito Livio, 64, 288, 290, 294, 310, 312, 434.
Todescan, F., 481, 483, 484.
Toharía, J. J., 81, 83.
Tolomei, C., 466.
Tomás de Aquino, Santo, 25, 49, 50, 51, 84, 144-148, 164, 170-172, 205-206, 278, 349, 356, 370, 374-381, 383-384, 386, 387, 390, 391, 396, 397, 399, 412, 415, 460, 463, 470, 477-479, 481-484, 493, 497, 499, 504, 513, 583, 605, 636.
Toni, T., 462.
Tönnies, F., 692.
Toreno, Conde de, 617.
Torras i Bages, J., 378, 395.
Tostado, El. Vide Alfonso de Madrigal.
Toynbee, A. J., 209, 219.
Trajano de Roma, 320, 322, 435.
Trame, R. H., 462.
Travaglia, S., 516.
Trebatio Testa, C., 63, 314.
Tregderous, P., 323.
Treves, R., 80, 81, 598, 601.
Triboniano, 336-337, 339, 342, 425, 429, 436, 437.
Tricerri, C., 622.
Trigault, N., 228.
Troeltsch, E., 577.
Troller, A., 677-679.
Troplong, R. T., 338, 608.
Trude, P., 279.
Truyol y Serra, A., 574, 575.
Tuchlczyk, J. C., 459.
Tulio Hostilio de Roma, 299, 317.
Torolla, E., 272.
Tsen Ch'an, 240.
Tsui Chi, 233.
Tucci, G., 218.
T'ung Tsu-ch'ii, 238.

Ucelay, E., 73.
Uguccio de Pisa, 367-369.
Ullmann, W., 413, 415.
Ulmer, S. S., 189-190.
Ulpiano, D., 61, 96, 122, 123, 198, 293, 301, 320, 325, 326, 328-330, 334, 337, 351, 352, 417, 424, 425.
Unamuno, M. de, 388.
Unger, J., 166.
Unghad, A., 225.
Untersteiner, M., 267.
Uphues, K., 274.
Urdánoz, T., 563.
Ure, P. N., 344.
Ureña, R., 461.
Ur-Namu, 222.
Urukagina de Larsa, 221.
Uscatestu, G., 505.
Utz, A. F., 662.

Valentiniano III de Bizancio, 65, 96, 364.
Valera, C. de, 136.
Valerio Máximo, 95, 113.
Valerius Marsala, 314.
Valla, L., 421-424, 426-428, 430, 435, 465.
Vallet de Goytisolo, J., 42, 192, 694.
Valls y Taberner, F., 359.
Valsecchi, F., 613.
Valsesia, S., 183-184.
Vanni Rovighi, S., 519.
Varrón, M. T., 288-289, 293, 305, 307, 314.
Vasoli, C., 390, 513.
Vázquez de Menchaca, F., 470, 485, 487-488.
Vecchio, G. del, 535.
Vecchiotti, I., 340.
Vega, Lope de, 45-46, 49.
Vegio, M., 424, 426, 430.
Vendryes, M., 298.
Veniamin, V., 582.
Verdenius, W. J., 250.
Verdross, A., 282, 554, 599.
Vespasiano de Roma, 435.
Viano, A., 282.
Viard, P. E., 433.
Vicente de España, 367.
Vico, G. B., 287, 291, 296, 301, 305-306, 309, 330, 501-514.
Vidari, V. G., 622.
Viehweg, T., 64, 326, 462, 583.
Villa, G., 510.
Villadiego, A. de, 355.
Villey, M., 157, 276, 292, 377, 477-478, 481, 483, 532.
Vio, T. de, 484.

Virgilio, 302, 424.
Vischer, J., 188.
Visconti, G., 434, 435.
Vitale, S., 70.
Vitoria, F. de, 476, 478, 480, 482-485, 487, 617.
Vitoria, U., 324-325.
Vives, L., 471-475, 488.
Vlachos, G., 276.
Vleerchauwer, H. J. de, 530.
Voegelin, E., 281.
Vogel, P., 539.
Voggensperger, R., 340.
Vogt, J., 534.
Volk, K., 589.
Voltaire, 488.
Volterra, E., 222.
Volz, O., 577.
Vonglis, B., 328.
Vonlanthen, A., 602.

Waas, A., 358.
Wagner, 189.
Wahlen, 187.
Waley, A., 240.
Waline, M., 583-584.
Wamba, rey, 355.
Weamer, W., 178.
Weber, W., 479.
Weische, A., 324.
Weinberger, O., 184, 189.
Weinstein, S. M., 178.
Welzel, H., 567, 583, 681-682.
Wen, 232, 236.
Werner, K., 389.
Wertenbruch, W., 34, 35, 626.
Whitney, W. D., 210.
Wieaecker, F., 325, 364, 430, 444, 454, 466, 564, 568.
Wiener, N., 177, 178, 181.
Wijnmalen, T. C. L., 488.
Wild, J., 275.
Wilhelm, H., 234.
Wilhelm, R., 233, 234.
Wilhelm, W., 566.
Willmann-Grabowska, H. de, 216.
Wilson, J., 107.
Windelband, W., 650.
Windscheid, B., 595, 623.
Wintenberg, H., 444.
Wismann, H., 256.
Wittfogel, K. A., 228.
Wittmann, M., 377.
Wlassak, V., 295.
Wohlhaupter, E., 395, 398, 399, 410.
Wolf, E., 34, 54, 251-252, 254, 258, 262, 267, 430, 443, 451, 497, 652, 656.
Wolf, J., 326.
Wolff, Ch., 518-520, 541.
Wolff, H. J., 91.
Woeke, G., 191.
Wolzendorff, K., 532.
Wright, H. F., 493.
Wróblewski, J., 190.
Würtenberger, T., 653.
Wüstendörfer, H., 170.
Wuyts, A., 344.

Xirau, J., 48.

Yáñez Parladorio, J., 475.
Yao, 243.

Zachäriä von Lingenthal, K. E., 345.
Zahar Vergara, A., 484.
Zaleuco, 261.
Zama, P., 340.
Zamayon, P. de, 387.
Zander, M., 101, 103.
Zaragoza, A., 75.
Zasius, U., 429, 442-448, 456, 465.
Zavala, S., 480.
Zimmer, H., 210.
Zittelmann, E., 161, 596.
Zong Uk Tjong, 655, 659.
Zuccante, G., 280.
Zulueta, F. de, 413.
Zuntz, G., 263.

INDICE POR MATERIAS

Pág.

DEDICATORIA ... 3

NOTA PREVIA ... 7

LECCION 3.ª EL SABER JURIDICO COMUN.

1. Definición.—2. Características.—3. Lo que no es.—4. Es saber racional.—5. Es afirmación bajo forma negativa.—6. No es saber técnico.—7. No es saber científico.—8. Relaciones con el saber filosófico.—9. No es sentimiento.—10. Es el saber de la ley natural.—11. Permanece por encima de las culturas jurídicas históricas 9

LECCION 4.ª EL SABER JURIDICO TECNICO.

1.—Definición.—2. Características.—3. Lo que no es.—4. Papel de la técnica.—5. Lógica o retórica de los hechos.—6. Los sujetos del saber jurídico técnico.—7. Criterios para la técnica jurídica 17

GLOSAS A LA LECCION 4.ª

1. Los dos planteamientos iniciales modernos de la técnica jurídica 27
2. Los sujetos del saber jurídico técnico 39
3. Dos fundamentaciones teológicas del saber jurídico técnico ... 133
4. El movimiento del derecho libre 151
5. La cibernética jurídica 173

LECCION 5.ª LOS SABERES SUPERIORES DEL DERECHO: CIENTIFICOS Y FILOSOFICOS.

1. El saber científico del Derecho.—2. Las ciencias jurídicas.—3. Derecho público y derecho privado.—4. Tabla presente de las ciencias jurídicas.—5. El saber filosófico del Derecho.—6. Relaciones entre los saberes científicos y filosóficos.—7. Contenido de la filosofía del Derecho.—8. La filosofía jurídica cristiana 193

GLOSAS A LA LECCION 5.ª

1. El saber jurídico en el hinduismo 209
2. El saber jurídico en Mesopotamia 221

3. El saber jurídico en la China clásica, según la doctrina de los «li» ... 227
4. La primera Grecia: de la teología a la filosofía del Derecho ... 246
5. Los saberes filosóficos en la Grecia clásica: de la retórica a la ciencia del Derecho ... 265
6. Ciencia y filosofía del Derecho en Roma ... 285
7. Los saberes jurídicos en la compilación justinianea ... 332
8. Los saberes jurídicos en Bizancio ... 343
9. La cristianización de los saberes jurídicos en Occidente: San Isidoro de Sevilla ... 347
10. La independización del saber científico en Occidente: Gundisalvo de Toledo ... 357
11. Los saberes jurídicos en el siglo XIII: Santo Tomás de Aquino. 370
12. Los saberes jurídicos en la línea franciscana desde Alejandro de Hales hasta Guillermo de Occam ... 381
13. El primer sistema total de los saberes jurídicos: Ramón Llull. 394
14. Los saberes jurídicos en el siglo XIV ... 412
15. El impacto del Humanismo ... 421
16. El Renacimiento en Francia ... 431
17. El Renacimiento en los países germánicos y en Polonia ... 442
18. El Humanismo jurídico en las Españas ... 448
19. El Renacimiento jurídico en las Españas ... 470
20. La quiebra de la sistemática hispánica: Hugo de Grocio ... 487
21. La réplica a la ruptura protestante: Giambattista Vico ... 501
22. La racionalización de la quiebra protestante: Kant ... 515
23. Del derecho natural a la filosofía del Derecho: Hegel ... 535
24. El romanticismo en los saberes jurídicos: la escuela histórica. 560
25. Los saberes jurídicos en el positivismo ... 579
26. El positivismo jurídico formalista en Alemania ... 588
27. Alusión al positivismo jurídico formalista en el mundo de lengua francesa ... 606
28. El positivismo jurídico sociológico ... 612
29. El retorno de los saberes filosóficos del Derecho en Alemania. 636
30. Impacto de la fenomenología en los saberes jurídicos ... 666
31. Impacto del método estructuralista en los saberes jurídicos ... 681

INDICES

Onomástico ... 701
Por materias ... 719

OTRAS PUBLICACIONES DE FRANCISCO ELIAS DE TEJADA

I.—FILOSOFIA DEL DERECHO

1.—**Introducción al estudio de la Ontología jurídica.** Madrid, Victoriano Suárez, 1942.

2.—**Historia de la filosofía del Derecho y del Estado. I.** Madrid, Escelicer, 1946.

3.—**Historia de la filosofía del Derecho y del Estado. II.** Madrid, Escelicer, 1946.

4.—**Si es posible una filosofía jurídica existencialista.** Salamanca, 1950.

5.—**Necesidad de sustituir los principios generales del derecho por el Derecho natural hispánico.** Madrid, Esus, 1962.

6.—**La vigencia del Derecho natural.** En **Derecho natural hispánico.** Madrid, Escelicer, 1973.

7.—**El saber filosófico en la aplicación del derecho.** En **Anuario de Filosofía del derecho.** Madrid, XVII (1973-1974).

8.—**Programa de un curso de Filosofía del derecho.** Murcia, Imp. La Verdad, 1941.

9.—**Programa de Derecho natural.** Sevilla, González Cabañas, 1973.

10.—**El Derecho natural en 1972.** Madrid, Speiro, 1972.

11.—**Tratado de Filosofía del Derecho.** I, Sevilla, Universidad, 1974.

12.—**El Derecho natural, fundamento de la civilización.** Santiago de Chile, Universidad Católica, 1975.

II.—FILOSOFIA POLITICA Y SOCIAL

13.—**El Fuero del Trabajo.** Apéndice a LUIS J. PEDREGAL: **Notas al Fuero del Trabajo.** Cádiz, Cerón, 1938.

14.—**En torno al concepto de nación.** Madrid, Nueva Economía nacional, 1939.

15.—**La causa diferenciadora de las comunidades políticas (Tradición, nación e imperio).** Madrid, Reus, 1943.

16.—**Los Fueros como sistemas de libertades políticas.** Madrid, Arbor, 1943.

17.—**El racismo. Breve historia de sus doctrinas.** Madrid, Pace, 1944.

18.—**O racismo.** Lisboa, Pro Domo, 1944.

19.—**Consecuencias del protestantismo.** Salamanca, 1949.

20.—**Derecho político.** En la **Enciclopedia Seix.** Barcelona, Seix, 1951.

21.—**Raíces de la persona humana.** Sevilla, Edelce, 1951.

22.—**Die soziale Herrschaft Christi.** München, Neues Abendland, 1952.

23.—**El superhombre y don Juan.** Sevilla, EEHA, 1952.

24.—**Sovversivismo sociale e rivoluzione cristiana.** Brescia, Morcelliana, 1953.

25.—**Sacrum Imperium und überstaatliche Ordnung.** München, Neues Abendland, 1953.

26.—**Revolution und Tradition.** München, Neues Abendland, 1954.

27.—**La monarquía tradicional.** Madrid, Rialp, 1954.

28.—**Idea europea e concetto di nazione.** Brescia, Morcelliana, 1956.

29.—**Tres notas sociológicas sobre el deporte.** Buenos Aires, Revista de Derecho deportivo, 1961.

30.—Prólogo a RAFAEL GAMBRA: **Eso que llaman Estado.** Sevilla, Montejurra, 1958.

31.—**Abstrakte Freiheit und konkrete Freiheiten.** Oslo, Universitetsforlaget, 1963.

32.—**Construcción de la paz y asociaciones intermedias.** Madrid, Sociedad española de filosofía jurídica y social, 1964.

33.—**La monarchia tradizionale.** Torino, Edizioni dell'Albero, 1966.

34.—**Libertad abstracta y libertades concretas.** Madrid, Speiro, 1968.

35.—**Poder y autoridad en la concepción tradicional cristiana.** Madrid, Speiro, 1970.

36.—**Municipio y orden público.** Madrid, Speiro, 1971.

37.—**La Cristiandad medieval y la crisis de sus instituciones.** Madrid, Speiro, 1972.

38.—**¿Qué es el Carlismo?** Madrid, Escelicer, 1972 (en colaboración).

39.—**A monarquía em 1973.** Porto Alegre, Mensagem, 1973.

40.—**De la teología y la política.** Madrid, Speiro, 1974.

41.—**Le tre costanti del pensiero político.** Roma, Civiltà, 1975.

42.—**Le tre vie politiche.** Napoli, L'Alfiere, 1975.

III.—LAS ESPAÑAS

43.—**Las Españas.** Madrid, Ambos Mundos, 1948.

44.—**Anteportada a Ediciones Montejurra.** Madrid, 1958.

45.—**La Tradición de las Españas.** En **Teoría política tradicionalista.** Madrid, Escelicer, 1972.

46.—**El pensamiento tradicionalista hispánico.** Madrid, Centro Zumalacárregui, 1964.

IV.—POLEMICAS SOBRE LA CULTURA ESPAÑOLA

47.—**Crónicas apolíticas de quince días.** En GABRIEL ELORRIAGA: **Periodismo político en la España actual.** Madrid, Fundación Continental, 1973.

48.—**Así informa «Informaciones».** Sevilla, Imp. de los Teatinos, 1976.

V.—EL PENSAMIENTO CASTELLANO Y ESPAÑOL EN GENERAL

49.—**Notas para una teoría del Estado según nuestros autotres clásicos (siglos XVI y XVII).** Sevilla, Raimundo Blanco, 1937.

50.—**Gerónimo Castillo de Bovadilla.** Madrid. Suárez, 1939.

51.—**Ideas políticas de Angel Ganivet.** Madrid, Suárez, 1939.

52.—**Para interpretar a Angel Ganivet.** Berlín, Ibero-amerikanische Institut, 1940.

53.—**Acerca de una posible historia del pensamiento político español.** Madrid, Reus, 1941.

54.—**Monarquía y caudillaje (En torno a dos textos clásicos olvidados).** Madrid, Universidad, 1941.

55.—**Jorge Santayana y Borrás, español fuera de España.** Madrid, Arte y Letras, 1943.

56.—**La riqueza espiritual de España.** Madrid, Prensa Española, 1943.

57.—**El hegelismo jurídico español.** Madrid, Editorial Revista de Derecho privado, 1944.

58.—**La filosofía jurídica en la España actual.** Madrid, Reus, 1949.

59.—**Ecos existencialistas en la filosofía del Derecho en la España actual.** Madrid, Reus, 1949.

60.—**Bases filosóficas del pensamiento de Miguel de Cervantes.** Lisboa, AEPC, 1950.

61.—**Panorama della filosofia del diritto nella Spagna attuale.** Milano, Bocca, 1950.

62.—**Echi esistenzialisti nella filosofia del diritto della Spagna attuale.** Siena, Circolo giuridico, 1950.

63.—**Die hegelsche Rechtsphilosophie in Spanien.** München, Neues Abendland, 1951.

64.—**La filosofía del derecho en el mundo hispánico.** Apéndice al **Curso de Filosofía del derecho** de FELICE BATTAGLIA, tomo I. Madrid, Reus, 1951.

65.—**La ciencia del Derecho político en la España del siglo XIX.** São Paulo, Universidade Católica, 1952.

66.—**Den statsrättliga vetenskapen i Spanien under 1800-talet.** Stockholm, Almquist och Wicksell, 1952.

67.—**El concepto del Derecho natural en los comentaristas hispanos de Graciano.** Bologna, Studia Gratiana, 1953.

68.—**Los dos primeros filósofos hispanos de la historia: Orosio y Draconcio.** Madrid, Anuario de Historia del Derecho español, 1953.

69.—**La esencia hispánica de la monarquía del Barroco.** Madrid, Arbor, 1955.

70.—**La estela sociológica de José Ortega y Gasset.** Bologna, Zanichelli, 1959.

71.—**Ideas políticas y jurídicas de San Isidoro de Sevilla.** Madrid, Reus, 1960.

72.—**Juan Vázquez de Mella en su centenario.** Salvador, Estudios Centroamericanos, 1961.

73.—**Ideas jurídicas de San Isidoro de Sevilla.** Panamá, Universidad, 1962.

74.—**Actualidad de Vázquez de Mella.** En **Centenario de Vázquez de Mella.** Madrid, Acueducto, 1962.

75.—**Derivaciones éticas y políticas del aristotelismo salmantino del siglo XV.** En la **Miscellanea medioevalia.** Berlin, De Gruyter, 1962.

76.—**Prefacio a una teoría tradicional del poder.** Guimaraës, Gil Vicente, 1963.

77.—**Derecho y ley en José Ortega y Gasset.** Granada, Universidad, 1966.

78.—**El concepto del derecho en José Ortega y Gasset.** Madrid, Anuario de Filosofía del derecho, 1966.

79.—**Ortega y Gasset ante la Filosofía del derecho.** En el Homenaje al profesor **Giménez Fernández.** Sevilla, Universidad, 1967.

80.—**La filosofía jurídica del profesor De Asís Garrote.** Sevilla, González Cabañas, 1970.

81.—**El bien común en los teólogos juristas españoles de los siglos XVI y XVII.** Santiago de Chile, Universidad Católica, 1975.

VI.—CULTURA CATALANA

82.—**El realismo renacentista del Cardenal Gerundense.** Madrid, Las Ciencias, 1948.

83.—**El pensamiento político de los juristas catalanes medievales.** Madrid, Reus, 1948.

84.—**Balmes y la tradición política catalana.** Madrid, C.S.I.C., 1948.

85.—**El pensamiento político de Aparisi y Guijarro.** Madrid, Facultad de Derecho, 1948.

86.—**El pensamiento político mallorquín medieval.** Palma, Schola Lullistica, 1949.

87.—**El pensamiento político de Balmes.** São Paulo, Reconquista, 1950.

88.—**Antología de Antonio Aparisi y Guijarro.** Madrid, Editorial Tradicionalista, 1951.

89.—**Las doctrinas políticas en la Cataluña medieval.** Barcelona, Aymá, 1950.

90.—**Visión de Cataluña.** Madrid, Arbor, 1955.

91.—**La metodología jurídica lulliana.** Granada, Universidad, 1961.

92.—**Torras i Bages en el pensamiento político catalán.** Barcelona, Institut d'Estudis Catalans, 1962.

93.—**El pensamiento político catalán. II. Mallorca y Menorca clásicas (1231-1479).** Sevilla, Montejurra, 1963.

95.—**El pensamiento político catalán. III. Valencia clásica (1238-1479).** Sevilla, Montejurra, 1965.

96.—**La Tradición de Cataluña. En Los Fueros catalanes.** Sevilla, Montejurra, 1972.

97.—**Aparisi y Guijarro en 1972.** En **Aparisi y Guijarro.** Sevilla, Montejurra, 1973.

98.—**Antonio Aparisi y Guijarro en la Tradición valenciana.** En **Aparisi y Guijarro.** Sevilla, Montejurra, 1973.

99.—**El Reino de Valencia.** En **Los fueros valencianos.** Sevilla, Jurra, 1974.

100.—**Balmes en la Tradición política de Cataluña.** En **El otro Balmes.** Sevilla, Jurra, 1974.

101.—**Ramón Llull, cumbre del pensamiento jurídico medieval en Occidente.** En el **Libro-homenaje a Ramón M. Roca Sastre.** Madrid, Junta de Decanos de los Colegios notariales, 1976.

VII.—EUSKALERRIA

102.—**Las doctrinas políticas del Príncipe de Viana.** Madrid, Reus, 1944.

103.—**Navarra-España en los escritores navarros medievales.** Pamplona, Príncipe de Viana, 1945.

104.—**La lección política de Navarra,** São Paulo, Reconquista, 1950.

105.—**Memoria de Zumalacarregui.** Sevilla, Montejurra, 1960.

106.—**El Señorío de Vizcaya (hasta 1812).** Madrid, Minotauro, 1963.

107.—**Manuel de Larramendi en la trayectoria del pensamiento político guipuzcoano. A propósito de un olvidado manuscrito suyo.** San Sebastián, Real Sociedad vascongada de Amigos del País, 1964.

108.—**La Provincia de Guipúzcoa.** Madrid, Minotauro, 1965.

VIII.—GALICIA

109.—**La Tradición gallega.** Madrid, Gráficas González, 1944.

110.—**La saudade desde una posible sociología existencialista.** Vigo, Galaxia, 1953.

111.—**Un capítulo olvidado.** Buenos Aires, Asociación gallega de Beneficencia, 1954.

112.—**Ramón Otero Pedrayo y el tradicionalismo cultural gallego.** En el **Homaxe a Ramón Otero Pedrayo.** Vigo, Grial, 1966.

113.—**La historiografía barroca en Galicia.** Vigo, Grial, 1966.

114.—**El Reino de Galicia (hasta 1700).** Vigo, Galaxia, 1966.

IX.—DE LA PATRIA EXTREMADURA

115.—**Para una nueva perspectiva del pensamiento político de Donoso Cortés.** Madrid, Facultad de Derecho, 1944.

116.—**El concepto de lo extremeño.** Salamanca, Universidad, 1949.

117.—**Para una interpretación extremeña de Donoso Cortés.** Cáceres, Diputación.

118.—**José Cascales Muñoz, sociólogo extremeño del 98.** Madrid, Universidad, 1949.

119.—**Tres escritores extremeños.** Cáceres, Diputación, 1950.

120.—**Antología de Juan Donoso Cortés.** Madrid, Editorial Tradicionalista, 1953.

X.—PORTUGAL

121.—**En torno al erasmismo de Gil Vicente.** Madrid, Misión,1942.

122.—**La sátira política en Portugal durante el siglo XV.** Madrid, Universidad, 1942.

123.—**Las doctrinas políticas en Portugal (edad media).** Madrid, Escelicer, 1943.

124.—**Las ideas políticas de Gil Vicente.** Madrid, Universidad, 1944.

125.—**As idéias políticas de Gil Vicente.** Lisboa, Pro Domo, 1945.

126.—**A sátira política en Portugal durante o século XV.** Lisboa, Pro Domo, 1945.

127.—**Las doctrinas políticas de Gerónimo Osorio.** Madrid, Anuario de Historia del derecho español, 1945.

129.—**Ideología e utopía no «Livro de Virtuosa Bemfeitoría».** Braga, Cruz, 1947.

130.—**Leyendo un libro portugués.** Guimaraës, Gil Vicente, 1949.

131.—**Oliveira Martins y Durkheim.** Guimaraës, Gil Vicente, 1951.

132.—**La lección de Antonio Sardinha,** São Paulo, Reconquista, 1953.

133.—**Positivismo y tradición en el pensamiento de Ramalho Ortigao.** Sevilla, Universidad, 1953.

XI.—LAS ESPAÑAS AMERICANAS

134.—**Trayectoria del pensamiento político colombiano.** Madrid, Información Jurídica, 1949.

135.—**Las doctrinas políticas de Eugenio María de Hostos.** Madrid, Cultura Hispánica, 1949.

136.—**Raimundo de Farias Brito na filosofía do Brasil.** Braga, Revista portuguesa de filosofía, 1950.

137.—**Trayectoria del pensamiento político colombiano.** Popayán, Universidad del Cauca, 1951.

138.—**Trayectoria del pensamiento político colombiano.** Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1951.

139.—**El pensamiento político de fray José Antonio de San Alberto.** Sevilla, EEHA, 1951.

140.—**La espada de Damocles. Farias Brito.** São Paulo, Reconquista, 1951.

141.—**As doutrinas políticas de Raimundo de Farias Brito.** São Paulo, LEIA, 1953.

142.—**Las doctrinas políticas de Raimundo de Farias Brito.** Sevilla, EEHA, 1953.

143.—**Hostos americanista.** Madrid, Eugenio Carlos de Hostos, 1952

144.—**Puerto Rico y el federalismo en el pensamiento de Hostos.** Sevilla, EEHA, 1954.

145.—**Novela y poesía centroamericana.** Sevilla, EEHA, 1954.

146.—**Filosofía jurídica brasileña.** Sevilla, EEHA, 1954.

147.—**El pensamiento político del padre Félix Varela.** En el **Homenaje al profesor García Oviedo.** Sevilla, Universidad, 1954.

148.—**El pensamiento político de los fundadores del Nuevo Reino de Granada.** Sevilla, EEHA, 1955.

149.—**Pinheiro Machado visto por Costa Pôrto.** Sevilla, EEHA, 1956.

150.—**Arlindo Veiga dos Santos desde el tradicionalismo castellano.** São Paulo, Patria Nova, 1958.

151.—**Meditaçao brasileira no centenario de Farias Brito.** São Paulo, Convivium, 1962.

152.—**Raimundo Farias Brito na filosofía do Brasil.** São Paulo, Revista Brasileira de filosofía, 1962.

153.—**El Reino de Chile en el padre Alonso de Ovalle.** Madrid, Speiro, 1974.

XII.—LAS ESPAÑAS ITALICAS

154.—**El pensamiento político del Reino hispánico de Cerdeña.**. Sevilla, imp. de la E. A., 1954.

155.—**Nápoles hispánico. I. La Casa aragonesa (1442-1503).** Sevilla, Montejurra, 1958.

156.—**Nápoles hispánico. II. Las décadas imperiales (1503-1554).** Sevilla, Montejurra, 1958.

157.—**Nápoles hispánico. III. Las Españas aúreas (1554-1498).** Sevilla, Montejurra, 1959.

158.—**Nápoles hispánico. IV. Las Españas argénteas (1958-1621).** Sevilla, Montejurra, 1961.

159.—**Nápoles hispánico. V. Las Españas rotas (1621-1665).** Sevilla, Montejurra, 1964.

160.—**El primado napolitano en las lides literarias.** Napoli, Le parole e le idee, 1959.

161.—**Cerdeña hispánica.** Sevilla, Montejurra, 1960.

162.—**La filosofía jurídica en la Cerdeña hispánica.** En el **Homenaje al profesor Legaz Lacambra.** Santiago de Compostela, Universidad, 1960.

163.—**Napoli spagnuola.** Napoli, L'Alfiere, á962.

164.—**La Casa d'Aragona in Napoli.** Napoli, L'Alfiere, 1962.

165.—**Vincenzo Braca e le farse cavaiole.** Napoli, L'Alfiere, 1962.

166.—**Doctrinas manejadas en el Parlamento sardo de 1481-1485.** En el **Liber memorialis Antonio Era.** Bruxelles, Carten, 1963.

167.—**Pietro Iacopo di Gennaro.** Napoli, L'Alfiere, 1963.

168.—**Tommaso Campanella contro il Regno ispánico di Sardegna.** Padova, Antonio Milani, 1963.

169.—**Tommaso Campanella, filósofo luciferino.** Napoli, L'Alfiere, 1963.

170.—**Giordano Bruno.** Napoli, L'Alfiere, 1963.

171.—**La tradizione giuridica di Napoli.** Napoli, L'Alfiere. 1963.

172.—**Portugal en el pensamiento napolitano durante la unión de ambas Coronas (1580-1640).** Coimbra, Gráficas Coimbra, 1965.

173.—**La monarchia tradizionale.** Napoli, L'Alfiere, 1967.

174.—**Giambattista Vico.** Napoli, Gli Amici della Spagna, 1968.

175.—**La Napoli auténtica di Giambattista Vico.** Napoli, L'Alfiere, 1968.

176.—**La storiografía nell'età del Vicerregno.** Bari, Societá di Storia patria per la Puglia, 1972.

177.—**El pensamiento político de los poetas puglieses del siglo XVII.** Galatina, Mario Congedo, 1972.

178.—**Sardegna Ispánica.** Torino, La Quercia, 1973.

179.—**La tradizione italiana in G. B. Vico.** Torino, La Quercia, 1975.

180.—**El aristocratismo humanista de Antonio de Ferrariis el Galateo.** Galatina, Mario Congedo, 1975.

XIII.—LAS ESPAÑAS FRANCESAS

181.—**El pensamiento político del Franco-Condado de Borgoña.** Sevilla, Universidad, 1967.

182.—**El Franco-Condado hispánico.** Sevilla, Jurra, 1975.

XIV.—ITALIA

183.—**La trayectoria filosófico-jurídica de Felice Battaglia.** Madrid, Reus, 1951.

184.—**Perché siamo tomisti.** Napoli, Rivista di letteratura e di storia ecclesiástica, 1974.

185.—**Sao Tomaz d'Aquino hoje.** São Paulo, Hora presente, 1974.

186.—**Julius Evola desde el tradicionalismo hispánico.** Buenos Aires, Instituto de Filosofía práctica, 1973.

187.—**Julius Evola alla luce del Tradizionalismo ispánico.** Génova, Arthos, 1974.

188.—**La idea de la «pietas» en Santo Tomás de Aquino.** Madrid, Speiro, 1975.

XV.—CULTURA SEFARDI

189.—**Las doctrinas políticas de Bahya ben-Yosef ibn-Paquda.** Madrid. Sefarad, 1948.

190.—**As doutrinas políticas de Samuel Usque.** Braga, Revista portuguesa de filosofía, 1949.

XVI.—CULTURA ARABE

191.—**Fray Gerónimo Román y el estudio del Islam político en España.** Madrid, Universidad, 1951.

192.—**Los dramas teológicos del Oriente.** Madrid, Casa Hispano-Arabe, 1967.

XVII.—RUMANIA

193.—**Tres libros del profesor Paul Georgescu.** Madrid, Reus, 1944.

194.—**La filosofía del Derecho y del Estado en Rumanía.** Salamanca, Universidad, 1949.

195.—**Alexandru Xenopol, între Vasile Conta si Heinrich Rickert.** Madrid, Destin, 1951.

196.—**Del dôr e la saudade.** München, Revista scritoriilor români, 1966.

197.—**Derecho y clase en la actual filosofía jurídica rumana.** Madrid, Anuario de Filosofía del derecho, 1966.

198.—**Curso sobre la filosofía política y jurídica en Rumanía.** Sevilla, 1969.

XVIII.—INGLATERRA

199.—**El papel de Roger de Waltham en la historia del Derecho constitucional inglés.** Madrid, Las Ciencias, 1943.

200.—**Etica, política y Derecho en Juan de Salisbury.** En el **Homenaje a Walter Starkie.** Barcelona, Janés, 1945.

201.—**Las doctrinas políticas de la baja edad media inglesa.** Madrid, Estudios políticos, 1946.

202.—**Suárez y el pensamiento inglés contemporáneo.** Salamanca, Universidad, 1948.

XIX.—ALEMANIA

203.—**El peligro nietzscheano.** Madrid, Arte y Letras, 1943.

204.—**A filosofía do direito de Julius Binder.** Lisboa, Ministerio de Justicia, 1948.

205.—**Mecanicismo y organicismo en la filosofía jurídica del Schelling juvenil.** São Paulo, Anais do Congresso internacional de filosofía, 1956.

206.—**Il tempo nella filosofía giuridica di Kant.** Milano, Giuffre, 1958.

207.—**El tiempo en la filosofía de Kant.** En el **Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano.** Madrid, Reus, 1959.

208.—**Lo spirito oggettivo nella teología hegeliana della storia.** Lille, Actes du III Congrés pour l'étude de la philosophie de Hegel, 1969.

209.—**El mito del marxismo.** Madrid, Speiro, 1969.

210.—**Ciencia, ciencias y filosofía en Hegel.** Granada, Universidad, 1970.

211.—**Prólogo** a la segunda edición de **La cultura del renacimiento en Italia** de JACOBO BURCKHARDT. Madrid, Escelicer, 1974.

XX.—ESCANDINAVIA

212.—**La literatura jurídica sueca.** Madrid, Editorial Revista de Derecho privado, 1947.

213.—**Doce nudos culturales hispano-uecos.** Salamanca, Universidad, 1950.

214.—**La filosofía del Derecho en Finlandia.** Madrid, Reus, 1951.

25.—**La filosofía jurídica en la Noruega contemporánea.** Madrid, Reus, 1954.

216.—**La ciencia jurídica en Islandia.** Madrid, Reus, 1954.

XXI.—RUSIA

217.—**Prólogo** a WLADIMIRO LAMSDORFF-GALAGANE: **El concepto de justicia en el marxismo soviético actual.** Santiago de Compostela, Porto, 1969.

XXII.—GRECIA

218.—Συμβολὴ εἰς τὴν ἔννοιαν τῆς Ἑλληνικῆς Παραδόσεως · Ἀθῆναι · Ἀνδρώπινες Σχέσεις · Ὀκτώβριος 1975 ·

219.—Ἡ εἰκὼν τῆς Βυζαντινῆς Αὐτοκρατορίας εἰς τὴν Ἱσπανίαν τοῦ 15ου Αἰῶνος · Ἀθῆναι , Βυζαντινός Ἱσλιτισμός · 1976.

XXIII.—HUNGRIA

220.—**La ragioni di Mindszenty.** Torino, La Quercia, 1974.

XXIV.—CULTURAS ASIATICAS ORIENTALES

221.—**Cinco calas en el Japón.** Madrid, Punta Europa, 1956.

222.—**The Meiji ere'in modern sociology. En Essays to commemorate the sixteen birthday of Kotaro Tanaka.** Tokyo, Yuhikaku,, 1954.

223.—**Nueve noticias de Indochina.** Barcelona, Aymá, 1957.

XXV.—OCEANIA

224.—**El «adat» de los dayak de Borneo ante la filosofía del Derecho.** Madrid, Revista de Estudios políticos, 1972.

XXVI.—CULTURAS AFRICANAS

225.—**Mozambique, pueblo nuevo.** Sevilla, Universidad, 1951.

226.—**Sociología del Africa negra.** Madrid, Bialp, 1956.

227.—**Bemerkungen über die Grundlagen des Banturechtes.** Wien, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, 1960.

228.—**Etiopía, 1973.** Milano, Il conciliatore, 1973.

229.—**La encrucijada jurídica de la Costa de Marfil.** En **Estudios de Derecho bantú.** Sevilla, Universidad, 1974.

XXVII.—VARIOS

230.—**Aspectos jurídicos de la toma de posesión del Mar del Sur por Vasco Núñez de Balboa.** Cáceres, Amigos de Guadalupe, 1952.

231 a 242.—Un libro y once estudios menores, traducidos del alemán, francés, italiano, rumano y sueco.

243 a 326.—Artículos menores en prensa periódica y revistas.

pecial calidad es el fin a que tiende, que es la ordenada convivencia humana en sociedad. En el plano científico el Derecho es un querer, en cuanto concepto del Derecho; en el plano filosófico es un ideal social. La delimitación de la ciencia y de la filosofía del Derecho tiene lugar según la pregunta que cada uno se propone. Considerémoslas separadas.

El saber científico stammleriano del Derecho consiste en determinar el concepto del Derecho, llamando concepto del Derecho a la fijación unidora o común de los objetos separados, a diferencia de la idea del Derecho de que se ocupa la filosofía del Derecho y que consiste en la representación de la unidad armónica de la totalidad de los objetos posibles, como refiere en el *Manual de filosofía del derecho* [16].

La determinación del concepto del Derecho no tiene lugar arrancando de las percepciones, cual sucede en las ciencias naturales. Su punto de partida es la conciencia estimadora de los fines del querer humano. Al concepto del Derecho hay que buscarlo viendo en él una dirección unidora de la conciencia, «eine einheitliche Richtung des Bewusstseins» en las palabras precisas de 1914 en *Begriff und Bedeutung der Rechtsphilosophie, Concepto y significación de la filosofía del derecho* [17].

La averiguación de tal concepto que es tema de la ciencia jurídica tiene lugar en modo lógico, «logischerweise», según se lee en el *Manual de filosofía del derecho* [18]. Lo cual quiere decir que no se logrará mediante la comparación empírica de los modos del derecho positivo, como opinaran los positivistas. El Derecho está en las normas y en las instituciones reales, pero su concepto o saber científico no nace de la comparación de las experiencias concretas; dado que cada hecho jurídico existente en la realidad es en verdad una aplicación del concepto general del Derecho, esa noción del Derecho va presupuesta en los hechos jurídicos, o sea es anterior a los hechos jurídicos. El método, tal como se precisa en *La esencia del derecho y de la ciencia del derecho*, consistirá no en la comparación de los hechos, sí en averiguar por medio de una introspección crítica las condiciones genéricas de la posibilidad del concepto del Derecho para definirlo separándolo de la ética, de los usos y de la arbitrariedad [19]. La ciencia del Derecho es, por tanto, temática de los conceptos jurídicos, manado de la introspección crítica que advierte en los hechos jurídicos la encarnación de aquel concepto de Derecho anterior a la experiencia y deducido lógicamente del querer humano en relación al fin del orden de la convivencia social.

Bien entendido que el querer jurídico está en el plano de la lógica y no en el de la psicología. Lo advertirá en la *Teoría de la ciencia jurídica* numerosas veces [20]. La ciencia del Derecho procede manejando una noción lógica y no psicológica del querer, está dentro de las fronteras del pensamiento, es crítica tomando el vocablo en la acepción de Kant. «Die Grundbegriffe —als reine Formen der Denkes und Urteilens— können wir nur in kritischer Analyse von gegebenen Gedankeinhalte festlegen. Die Psychologie kann das nicht leisten» [21]. Los conceptos fundamentales, a fuer de formas puras del pensar y del enjuiciar, solamente pueden ser finados merced al análisis crí-

16. R. STAMMLER: *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 179.
17. En *Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge*, II, 1-26. Cita a la pág. 19.
18. R. STAMMLER: *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 67.
19. En *Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge*, I, 388.
20. R. STAMMLER: *Theorie der Rechtswissenschaft*, 8, 147.
21. R. STAMMLER: *Theorie der Rechtswissenschaft*, 150.

tico del contenido dado del pensamiento; la psicología no aporta nada a estos efectos. Con envidiable nitidez lo ha trasladado Luis Recaséns Siches en *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico* al escribir que el «Wollen» o querer significa para Stammler una mera estructura lógica, o más exactamente dicho, gnoseológica, exenta de toda relación con la vida psíquica real; pues el «Wollen» no es más que un modo final, teleológico, de concebir determinados datos de la conciencia; una estructura conceptual presidida por las nociones de fin y de medio, esto es, ordenada teleológicamente [22].

El teleologismo de Stammler termina por ser la adecuación del querer lógico a la norma que para él vale, como señala Fritz Berolzheimer en *System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Sistema de filosofía jurídica y económica* [23]. Desde este planteamiento teleológico el método será el de ir descomponiendo por medio de la abstracción crítica en sus elementos simples. Los cuales ha de tenerse en cuenta no son iguales ni en su naturaleza ni en su valor. Presentándose en dos maneras: unos como constantes, que se reproducen en toda representación concreta sujeta a consideración; otros, variables en su calidad y en sus manifestaciones. En el ejemplo traído por Stammler en *Economía y derecho*, en cada línea de un código cualquiera asoman ambos aspectos; hay, de una parte, los presupuestos comunes a la totalidad de las normas jurídicas y sus reglas de aplicación consecuencia de ellas; de otro lado, la masa abigarrada de las múltiples situaciones jurídicas. Para advenir al saber científico del Derecho será preciso averiguar aquel primer sector permanente y común, aquello que mantiene la unidad del concepto en esta parcela variable y diversa; pues sólo a través de tal unidad es dable concebir el contenido de nuestra conciencia. «Jene halten erst die unveränderlichen und unter sich verschiedenen zweiten Bestandteile in der Einheit der Betrachtung zusammen, in der das so Verbundene unseres Bewusstseinsinhaltes begriffen werden kann» [24].

El procedimiento para separar ambos sectores, lo que señala aparte los saberes científicos del Derecho, es la «kritische Selbstbesinnung» la introspección crítica en la conciencia. Mediante ella se delimita lo permanente y lo objetivo de lo variable y no científico. Por ella es hacedero establecer en la multiplicidad de los datos los conceptos superiores unidores, «wenn wir ein Mannifaltiges in einem einheitlichen Oberbegriffe festhalten» [25]. En cuya operación se labran los saberes científicos del Derecho; los factores que restan son la forma, los que se abandonan son la materia. Los saberes científicos del Derecho son de esta guisa saberes formales.

Es así como Stammler aplicó al Derecho la materia y la forma por Kant aplicadas a los saberes de la naturaleza. El primer avance aparece en la crítica al marxismo en *Wirtschaft und Recht*, como observa Wilhelm Sauer en el *Systen der Rechts- und Sozialphilosophie, Sistema de filosofía jurídica y social* [26]; para refutar la concepción marxista de que el Derecho es una superestructura de la economía, Stammler le opuso la tesis de que no hay economía sin Derecho anterior que la ordene; lo que equivale a decir que el Derecho es la forma y la economía la materia del orden social. En las ex-

22. Segunda edición. Barcelona, Labor, 1936, págs. 55-56.
23. De 1905. Cito por la edición en Aalen, Scientia Verlag, cinco tomos. Cita al II (1963), 420.
24. R. STAMMLER: *Wirtschaft und Recht*, 109.
25. Ibídem.
26. Segunda edición. Basel, Verlag für Recht und Gesellschaft, 1949, pág. 463.

Radbruch [105], Erik Wolf en su contribución al homenaje de 1968 [106] o Richard Hauser en *Die verborgene Lebenslinie, La línea vital escondida* [107]; y de lo cual diera testimonio personal en el ensayo *Il diritto nella visione goethiana del mondo, El derecho en la visión goethiana del mundo*, en 1940 [108]. Es el cálido humanismo de Goethe lo que se superpone al frío racionalismo kantiano para engendrar la desazón insatisfecha hacia el estrecho formalismo de Stammler. Toda la obra radbruchiana porta el sello goethiano, sea en la realidad, sea en la repugnancia al racionalismo seco, sea en el ancho humanismo abierto a la totalidad de las direcciones del pensamiento, sea en la sólida adscripción a los postulados de la conciencia, sea en la indecisión generosa de la mente ayuntada a la resuelta llamada del corazón. Tal como la doctrina de los saberes jurídicos de Radbruch aparece en el diálogo intelectual con Stammler, la palabra movedora de sus esfuerzos está en la remota, pero perenne y eficacísima, memoria del autor del *Fausto*. Salvadas las distancias de la grandeza literaria, no sería exagerado concluir que Radbruch implica, al socaire del neokantismo modulado por la escuela de los valores, la aplicación a los problemas jurídicos de la concepción goethiana del hombre, del mundo y de la vida. Es a través de Goethe de donde le llegó su talante de varón ilustrado, superando la enteca dimensión del puro racionalismo formalista de Kant.

La *Introducción a la ciencia del derecho*, publicada en primera edición en 1910, es el trasunto de estas actitudes. Había apoyado antes al movimiento de la escuela del derecho libre, sin duda arrastrado por su amistad fraternal con Hermann Kantorowicz, como ha mostrado con citas al canto incluso sacadas de la correspondencia privada Albert S. Foulkes en *Gustav Radbruch in der ersten Jahrzeiten der Freirrechtsbewegung, Gustavo Radbruch en los primeros decenios del movimiento del derecho libre* [109]; discutiendo aunque indirectamente los presupuestos sociológicos en 1905 en *Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung, La ciencia del derecho como creación del derecho* [110]. Mas en 1910 tiene tomada postura y va a ser la de la escuela de la filosofía de los valores.

El Derecho entra en el ámbito del deber-ser y no del ser, cual había querido el positivismo; es un fenómeno cultural, un «Kulturerscheinung» [111]. Mientras la «Sittlichkeit» o moralidad posee valores absolutos, moral y Derecho penden de que sean o no queridos por la sociedad, por el Estado o por el individuo. Frente a las leyes ciegas de la naturaleza y a las leyes ideales de la moralidad absoluta, el Derecho y la moral se acomodan a la cultura, son saberes plasmados en leyes culturales; diferenciándose entre sí en la medida en que la moral afecta a la vida interior de los sujetos, el Derecho comprende las relaciones de los hombres en sociedad. El saber jurídico, en la proporción en que es saber cultural de valores, hállase sometido a las mudanzas en la apreciación de los valores y está abierto a los fines posibles en un abanico de posibilidades relativo, dado que no ofrece solución definitiva desde el plano teórico. Los tres fines posibles, en cuyo seno caben todos

105. En el *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, XLV (1959), 505-537. Cita a las páginas 508-511.
106. En *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, 76-81.
107. En *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, 51.
108. En la *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XX (1940), 193-205.
109. En *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, 231-241.
110. En el *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, IV (1905), 355-370.
111. G. RADBRUCH: *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 16.

los posibles saberes jurídicos, son para Radbruch el individuo, la comunidad o la obra cultural; de donde la tríada de valores personalistas, colectivistas y transpersonalistas. El yerro del jusnaturalismo había estado en haber pretendido conseguir un valor absoluto, señalando fines decisivos para el Derecho, ya que es imposible responder a tal pregunta sobre el fin del Derecho de otro modo que enumerando las diversas opiniones de partido acerca de esos problemas; «aber es hat sich uns als unmöglich erwiesen, die Frage nach dem Zwecke des Rechts anders als durch die Aufzählung der mannigfaltigen Parteimeinungen darüber zu beantworten» [112]. La justicia es la simple igualdad delante de la ley, es someter lo particular a las reglas generales; es una forma, más que un contenido, al lado de la cual existe lo jurídico, centrado en la seguridad. Lo ético igualador y lo jurídico de la norma eficazmente válida del derecho positivo son dos valores a tener en cuenta, sin que sea dable elegir a favor de ninguno de ellos; «welcher dieser beiden Werte in einem solche Konfliktsfall der höhere ist, kann dagegen nicht allgemeingültig entschieden werden» [113]. Tal es la substancia de la relativización de los saberes jurídicos operada por Gustav Radbruch, lo que suele conocerse como su doctrina del relativismo jurídico.

A este relativismo será fiel la vida entera, aunque andando los años lo dosifique en diversos aspectos. En primer término con la doctrina del derecho social, tan concorde con sus posturas políticas de socialista demócrata, posturas que le irán empujando a tomar decisiones a favor de alguna de las posibles tesis o, para ser más exactos, preferencias. En realidad jamás comulgó con el materialismo histórico de Marx, predominando en él el teórico de los valores sobre el marxista, a tenor de su talante goethiano abierto, como ha señalado Wolf Paul en *Gustav Radbruchs Konzeption des sozialen Rechts und die marxistische Rechtstheorie, La concepción del derecho social de Gustavo Radbruch y la teoría marxista del derecho,* dado que para Radbruch era lucha por el Derecho lo que en Marx fue lucha de clases [114]. El derecho social de Radbruch no es ni siquiera sociología, es siempre dato cultural anclado en el «Sollen» de los valores, no en el «Sein» de los hechos, complementa Thomas Würtenberger en *Zur Idee des «sozialen Rechts» bei Gustav Radbruch, La idea del derecho social en Gustavo Radbruch* [115]. El hombre colectivo que en *Der Mensch im Recht, El hombre en el derecho,* es presentado por el sustituto del individuo egoísta alumbrado por el Renacimiento y llave de la especulación jurídica de los tres últimos siglos, es el hombre concreto integrado en el pueblo del que forma parte, no el hombre mera economía del socialismo marxista; «nicht mehr Triebwollen des unorganisierten Volksgeistes, sondern Zweckwollen des durchorganisierten Volkswillens» [116]. Opinión de 1925 remachada cinco años después, en 1930, en *Vom individualistischen zum sozialem Recht, Del derecho individualista al derecho social,* al ponderar que la mudanza supuesta por el nuevo tipo de Derecho que postula constituye la negación del individuo como tal, desligado de la sociedad, basado sobre el hombre concreto inmerso en la sociedad, «auf den konkreten und vergesellschafteten Menschen» [117] Esto es, un hombre integrado en la sociedad mediante una coparticipación de valores, no en mera inserción económica.

112. G. RADBRUCH: *Einführung in die Rechtswissenschaft,* 33.
113. G. RADBRUCH: *Einführung in die Rechtswissenschaft,* 34.
114. En *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch,* 106-120. Sobre todo en las págs. 113-116.
115. En *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch,* 200-206. Cita a la pág. 201.
116. Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1957, pág. 20.
117. En *Der Mensch im Recht,* 35-49. Cita a la pág. 37.

la aplicación del método especialmente en los campos del derecho histórico y del derecho comparado [63], y Luis Legaz Lacambra en el profundo estudio *Estructuralismo y derecho,* arriba mencionado.

Con su avidez inagotable de conocimientos, servida por aguda penetración crítica, Luis Legaz Lacambra no cae en los desmanes tenebrosos de Nicolás López Calera, pero ni en la imprecisión en fijar los términos exactos con arreglo a sus significados en las tendencias ortodoxas del estructuralismo. De cuantos autores se hayan acercado al tema, salvo la imposible hazaña de Jaime Guasp Delgado, Legaz es el más generosamente esperanzado en las posibilidades abiertas por el estructuralismo para los saberes del Derecho. No contento con subrayar la eficacia del método para algunas cuestiones, incluso no repugna admitir que, al menos en hipótesis, el estructuralismo «puede ofrecer posibilidades constructivas» para una posible filosofía del Derecho [64]. Aportando en pro de esta posibilidad esclarecimientos metódicos acerca de las conexiones entre los contenidos, los niveles y la estructuras que restarán como robustas perspectivas y sólidos criterios para todo estudio serio del estructuralismo jurídico [65].

Con ser harto pertinentes las actitudes de Luis Legaz Lacambra es Antonio Hernández Gil quien, no ya sólo entre nosotros sino hasta donde llegan mis noticias en todo el universo mundo de los juristas, ha trabajado con mayores alientos y mejores aciertos en la tarea de perfilar las repercusiones del estructuralismo en el Derecho; y no ya solamente con estudios personales, sino suscitando inquietudes entre sus alumnos, cuajadas en estudios de valía.

Acércase Antonio Hernández Gil al estructuralismo sin devociones de secuaz, movido de admirable curiosidad de estudioso atento. Después de que en el tomo I de su *Metodología de la ciencia del derecho* dibujó el gran espectáculo de la ciencia jurídica europea, por decirlo con palabras de Eustaquio Galán en *Antonio Hernández Gil y la ciencia jurídica europea* [66], consagra toda la segunda mitad del volumen a trabar el más sazonado y exhaustivo estudio del estructuralismo jurídico que yo sepa, insistiendo otra vez en el tema en la *Introducción al estudio del estructuralismo y el derecho* [67].

Para Hernández Gil el estructuralismo es una moda y a ella cede con afán científico, aun sin mayores esperanzas. Su actitud es abiertamente expectativa, sagazmente indagatoria, no afirmativa. «Visto lo que se significa y ofrece ¿tiene algún sentido utilizarle en el campo de la teorización jurídica? ¿Nuestra situación y nuestros problemas lo permiten e incluso lo aconsejan? Me expreso de una manera reprimida mediante interrogaciones porque cualquier apreciación crítica difícilmente puede traducirse en juicios asertóricos y porque en modo alguno pienso que el estructuralismo vaya a ser a modo de panacea o piedra filosofal. El saber jurídico es posiblemente el menos propicio a las revoluciones copernicanas. Sin embargo, la curiosidad, la inquietud y la insatisfacción justifican el intento» [68]. Por supuesto, Hernández Gil sabe perfectamente la imposibilidad de llegar por vías del estructuralismo a los saberes filosóficos del Derecho. La cuestión se plantea en el terreno de la ciencia, y aquí prudentemente asimismo parécele que «todavía es pron-

63. En los *Archives de philosophie du droit,* XIII (1968), 283-301. Cita a la pág. 300.
64. LUIS LEGAZ LACAMBRA: *Estructuralismo en el derecho,* 24.
65. L. LEGAZ LACAMBRA: *Estructuralismo en el derecho,* 25.
66. En el *Anuario de filosofía del derecho,* XVI (1971-1972), 267.
67. En el volumen *Estructuralismo y derecho,* 11-51.
68. A. HERNÁNDEZ GIL: *Introducción,* 31.

to para contestar» [69]. Lo que sucede es que Hernández Gil maneja un concepto de ciencia en que la reduce a una misión meramente descriptiva, neutral y no prescriptiva, o sea «indiferente a la crítica de lo que se describe» [70]. Siendo la clave del pensamiento de Antonio Hernández Gil ésta su concepción de la ciencia; pues si la definiera en el modo clásico que viene desde Aristóteles como inquisición del por qué de los problemas, en tal caso la pregunta de las posibilidades científicas del posible estructuralismo jurídico ni siquiera se la habría llegado a formular.

Mas aun así, aun ateniéndose a este peculiar concepto de la ciencia como actividad descriptiva, el obstáculo surge de que en el Derecho resulta sobremanera arduo construir un saber científico desprovisto de estimaciones axiológicas, puesto que el Derecho supone siempre la realización de un factor ético, según él mismo expresamente reconoce [71]. Si el otro saber social caracterizado por Claude Lévi-Strauss por científico, el de la lingüística, puede emparejarse con los de las ciencias exactas y naturales es en razón de que argumenta con temáticas exclusivamente lógicas; lo cual no cabe en los saberes del Derecho. De ahí que a la larga la construcción de una ciencia jurídica estructuralista antójese inasequible empeño, de ahí haya que renunciar a la forja de un sistema y que el lado provechoso del estructuralismo sea el del método. Para Hernández Gil más que ciencia labrada y sistemática, es el estructuralismo un método científico [72]. Lo único que queda es el empleo del método estructural, del análisis con calas de búsqueda de estructuras. «Se podrá llegar a «una» ciencia estructural del Derecho; pero difícilmente «la» ciencia del Derecho llegará a ser sólo ciencia de las estructuras jurídicas» [73].

Con éxito lo ha aplicado Hernández Gil al tratamiento de la posesión en *La función social de la posesión*, entendida por estructura última subyacente a la propiedad a fuer de «ontológicamente anterior a la institucionalización que representa la propiedad privada» [74]. Análisis estructuralista de la posesión que hasta hoy es el fruto más granado de la proyección del estructuralismo en el Derecho.

Es de admirar el equilibrio ponderado, el tacto sereno y la agudeza sensata con que Antonio Hernández Gil ha labrado la única teoría estructuralista de los saberes jurídicos digna de aprecio. Verdad es que está cimentada sobre lo que yo opino trátase de un concepto inadmisible de la ciencia, sobre la pretensión de desligar a los saberes filosóficos de los científicos, que a mi ver es imposible, ya que todo lo más es dable deslindarlos. Por esa su versión de la ciencia, novedosa pero para mí inexacta, es inútil el esfuerzo de aislar como saber autónomo jurídico unas estructuras ortodoxamente admisibles desde el ángulo de los escritores de esta tendencia, pero que serán más fácticas que jurídicas si se prescinde de sus coloraciones éticas. Lo que Hernández Gil logra con tanto talento y maestría tanta es el transfondo estructural de datos o relaciones sociológicas, más que propiamente jurídicas. Sin ética no cabe Derecho como él mismo expresamente reconoce; y siendo así, como es así, las estructuras por él tan diestramente descubiertas son algo más que fundamentos de las relaciones funcionales jurídicas empíricas;

69. A. Hernández Gil: *Metodología*, II, 247.
70. A. Hernández Gil: *Metodología*, II, 245, 459.
71. A. Hernández Gil: *Metodología*, II, 246.
72. A. Hernández Gil: *Metodología*, II, 419.
73. A. Hernández Gil: *Metodología*, II, 422 .
74. Madrid, Alianza Editorial, 1969, pág. 26.

1. *El saber jurídico en el Hinduismo*

La pregunta acerca de la existencia o no de un saber científico del Derecho en el hinduismo ha de circunscribirse a la India brahmánica, olvidando otros momentos o direcciones de la historia cultural del inmenso subcontinente del sur de Asia. Sin que tengan nada que ver con el planteamiento las aportaciones técnicas o científicas del actual Derecho de la Unión india, ni sus precedentes angloindios en el siglo XIX, cuajados en la aparición de un derecho hindú, moldeado sobre borradores ingleses y por ello catalogado como perteneciente a la familia del «common law», por René David en su libro *Les grands systèmes du droit contemporains, Los grandes sistemas contemporáneos del derecho*[1]. Ciencia o técnica jurídicas de un derecho moderno de la India, de la cual da huellas Charles Henry Alexandrowicz en su *A bibliography of Indian Law, Bibliografía del derecho indio*[2]. Epoca moderna en la cual incluso la técnica del ejercicio de la profesión legal cuenta ya con numerosos tratados, del tipo de los de J. P. Agarwala, *Pleadings in India, Alegaciones en la India*[3] o el de P. R. Aiyar, *Professional conduct and Advocacy, Conducta profesional y abogacía*[4]. La ciencia jurídica sobre cuya existencia o no nos demandamos, está muy lejos de la que pudiera tocar a este derecho, moldeado sobre plantillas del derecho inglés.

La civilización hindú a la que nos referimos es la tercera de las habidas sobre el suelo de la península indostánica, sucediendo a la primitiva civilización hermana de la sumérica, la cultura del Indus en la opinión de Arnold J. Toynbee en su *A study of history, Estudio de la historia*[5], una de las cuatro culturas primeras, herederas al comienzo de los tiempos con la minoica, la sumérica y la egipcia, de la cultura calcolítica adivinada por sir John Marshall en su *Mohenjo-daro and the Indus civilisation. Mohenjo-daro y la civilización del Indus*[6]. Es la civilización que se identifica con el brahmanismo, la religión que ha permanecido por cimiento permanente de la India desde hace cuatro mil años, desde que fuera introducido por los invasores arios que cruzaron el paso de Khyber en el siglo XVIII antes de Cristo, en invasión paralela a la de los hicsos en Egipto a través del Asia menor.

En la indescriptible multiplicidad de religiones y de corrientes del pensamiento que nosotros, desde la cómoda lejanía de nuestros conocimientos de occidentales, designamos confusamente como un todo unitario, hemos de dar

1. Paris, Dalloz, 1969, págs. 520-523.
2. Madras, Oxford University Press, 1958.
3. Calcutta, S. C. Sarkar and Sons, 1940.
4. Bombay, Eastern Book Co., 1954.
5. London, Oxford University Press. I (1951), 107-110 y VII (1955), 410.
6. London, Probsthain, tres tomos. Cita al I (1955), 410.

tanta auguria montem Palatinum Romulus tenuit» repitiendo lo que Ennio había consignado en sus *Annales*, 502: «augusto augurio postquam inclita condita Roma est». Tal era el acto de la «inauguratio» o bendición divina al comenzar alguna empresa o construir algún edificio. Sin la aprobación de los dioses nada podía acontecer en Roma.

Otro tanto sucedía en la provisión de los cargos públicos, en criterio que perdura hasta la época clásica, perdidos ya los rigores de la teología jupiterina de los primeros tiempos. El mando de los magistrados no consistía solamente en el «imperium», pero en el «auspicium imperiumque»; esto es, la doble facultad para los romanos inseparable a lo largo de su entera historia, de interrogar a los dioses y de dar órdenes a los hombres. Siendo de notar que lo segundo era posible gracias a lo primero, que nadie podía mandar a los hombres si con anterioridad no contaba con la aprobación de los dioses, autoridad que era la raíz de la «auctoritas» merced a la cual tenían derecho para exigir obediencia. En su *Compendio de derecho público romano* es Teodoro Mommsen quien subraya, pese a sus inclinaciones de debilidades liberales en la visión de las magistraturas romanas, como eran los augurios los que colocaban en su sitio al magistrado, no la mera «creatio» o elección según los casos por el Senado o por el pueblo [31]. Es que la «creatio» o indicación de nombre para un puesto público no pasaba de dar en la autorización para que el elegido estuviese capacitado para solicitar la «designación» de los dioses; «designatio» que Júpiter manifestaba, y de ahí el vocablo, a través de los «signa» interpretados por los augures en los auspicios. En los *Annales* de Tito Livio, XXI, 63, 5-9 y XXII, 1, 5-7 nárrase lo acaecido al cónsul Flaminio en el año 217, harto lejos ya de esta época teológica del Derecho, quien no fue obedecido por las tropas y fue tratado de «privatus» por el senado a causa de haber omitido la solicitud de la aprobación de su nombramiento por Júpiter a través de los adecuados auspicios. «Quod enim illi justum imperium? quod auspicium esse?» coloca Tito Livio por juicio de los senadores en XXII, 1, 5, mostrando como todavía en el siglo III antes de Cristo, sexta centuria de la historia de Roma, era Júpiter quien otorgaba la autoridad por virtud de la cual los cónsules estaban capacitados para requerir la obediencia de los ciudadanos. En la oración *Pro domo sua* 39-40, confirma Cicerón que los signos eran «signa in coelo», esto es los vuelos de las aves cuya interpretación constituía el objeto de la «aves spectio» o función característicamente reservada a los augures.

b) A esta primera característica de la religión romana, con los rasgos interiores orlados de nimbos mágicos, fundamento inexcusable del Derecho y de las instituciones romanas, uníase otro segundo rasgo: la concreción, el alcance individual, de las decisiones de los dioses. Débese a esta nota a que fue religión carente de revelación dogmática. No existió en Roma ningún Moisés establecedor definitivo de ningún *Decálogo* ni hubo jamás ningún Mahoma legislador para siempre en ningún *Alcorán*, ni siquiera conocieron un Dios hecho carne revelador de normas eternas en ningún relato evangélico. Los ritos indicaban lo que los dioses habían decidido para cada coyuntura, sin que semejante decisión tuviera validez más extensa que la de la circunstancia sobre la cual se les preguntaba.

La aplicación más notoria de esta característica fue la índole sagrada, pero al par irrepetible, del ordenamiento procesal, subrayada por Morijan

31. Versión española. Madrid, La España Moderna, s. a., pág. 371.

Horvat en su *Rimsko Pravo, Derecho romano* [32]. Lo que en el proceso interesaba era cumplir los ritos mágicos impuestos por los dioses para que la decisión mereciera su aprobación suprema, para que la decisión tomada estuviera dotada de la «auctoritas» que solamente ellos concedían. Puesto que el Derecho era un conjunto de fórmulas mágicas de carácter idéntico a las del culto, lo que contaba era que tales fórmulas fueran exactamente cumplidas; ya que importaba a los hombres impetrar ritualmente la aprobación divina, tan sólo los ritos en el cerrado menudo exacto formalismo que los ritos son. Lo que al magistrado corresponde es la función religiosa de cuidar tengan lugar los ritos jurídicos, a fin de que en el procedimiento denominado «in iure» haya acuerdo entre las partes o haya árbitro que resuelva la contienda. Las palabras rituales aseguran el valor religioso de los hechos jurídicos, gracias al vigor mágico que poseen; y eso es lo único que toca imponer al magistrado, cuya misión recórtase a asegurar la efectividad de los ritos; porque de otro modo, igual que en el caso de los auspicios para la designación de los magistrados, el incumplimiento del rito priva al hecho jurídico de su eficacia mágica. Es el dualismo entre la magia normadora y el hecho que la recibe, del que restan huellas en la apreciación de Cicerón de que el juez «privata iudicat iudicarive iubet», interpretada por V. Wlassak en su *Der Iudicationsbefehl des römischen Prozesses, El mandato de juzgar en el proceso romano*, en el sentido de que la identificación del «ius dicere» con el «ius reddere» era el establecimiento de una armonía rota, del orden quebrantado [33]; orden, añadamos, cuyos guardianes eran los dioses, no los hombres.

La concreción era magia precisa e individual. Muéstralo la universal aplicación de la regla fundadora de todo este derecho romano primitivo, la regla también mágica formulada en el siglo II por Pomponio en su *Manual de derecho civil* o *Enchiridion iuris civilis* y recogida en el *Digesto* I, 2, 2, pero clarísimo vestigio de tiempos antiquísimos, la de que se gobernaba por la «manus»: «Initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine iure certo primum agere constituit omnique manu a regibus gubernabantur». O sea: en los comienzos de nuestra ciudad vivía el pueblo sin ley cierta y sin derecho cierto, gobernándose todo por la mano de los reyes.

En su perspectiva positivista Rudolf Jhering supuso que la «manus» implicaba fuerza física, «physische Kraft», relacionándola con el manejo de la lanza y con la energía violenta de la guerra, con la «virtus» en cuanto disposición belicosa, en el capítulo 10 del *Espíritu del derecho romano, Geist des römischen Recht* [34]; pero en la mentalidad de los romanos viejos el empleo de la «manus» implicaba mucho más que el vigor de la violencia material; era una violencia espiritual superior a la fuerza física, era un poder mágico basado en la atribución de efectos especiales a determinados gestos rituales. La imposición de la «manus» acarreaba consecuencias que excedían al hecho material en sí. Por ello de la «manus» entendida en esta acepción ritual mágica derivan la mayoría de las instituciones jurídicas romanas: la propiedad viene de la «manus capere»; la «manceps» da origen a la potestad; el «mancipium» vale para las cosas susceptibles de sujeción al círculo mágico o «res mancipi»; la «mancipia» en el botín recogido al

32. Zagreb, Izdavacko poduzece Skolska Kniga, 1962, págs. 340-342.

33. En *Berichtigen der Wiener Akademie der Wissenschaften*. Philosophisch-historische Klasse. CXLVII (1921), 16-17.

34. Leipzig, Breitkopf und Härtel, cuatro tomos. En I (1907), 114-115.