

INTRODUCCIÓN

I.—Misión de la Filosofía del Derecho.

1.—DEL CONCEPTO DEL DERECHO.

Entendemos por Filosofía del Derecho aquellas doctrinas generales que se pueden proclamar dentro del campo jurídico con un alcance absoluto (1).

Toda cuestión de Derecho se plantea frente a hechos concretos de la vida, encierra siempre una especial aspiración positiva o negativa, y se basa necesariamente en determinadas normas e instituciones. No hay una sola aspiración jurídica ni una norma en que se condense que no se halle condicionada históricamente, como producto de una situación dada, y en cuanto a tal sujeta a cambios y mudanzas y condenada a desaparecer en un plazo más o menos largo (2).

(1) La expresión *Filosofía del Derecho* parece procede de HUGO; v. su Curso de Derecho civil, esp. II: *Tratado de Derecho natural o Filosofía del Derecho positivo*, 1797. Antes de él el título de los libros que se escribían sobre estas materias respondía a la orientación de sus doctrinas, o se le adscribía como tema simplemente el *Derecho natural*. CONRING habla de *civilis philosophia*. KANT emplea la expresión *Metafísica de las costumbres*: I parte, *Doctrina del Derecho*. SCHMALZ da a la 4.^a ed. de su *Reines Naturrecht*, 1807, el tit. de *Handbuch der Rechtsphilosophie*, después de haber publicado FRIES, en 1803, una *Philosophische Rechtslehre*, y WEISS, en 1804, un *Lehrbuch der Philosophie des Rechtes*. V. también WARNKÖNIG, § 2, pg. 4.—Tr. I, 8.

(2). La llamada a exponer el contenido especial de los órdenes jurídicos concretos que se suceden en la Historia es la jurisprudencia técnica, a la que incumbe la reproducción compendiada y precisa de las normas de un Derecho dado. Es misión de esta disciplina técnica el reconstruir sobre las fuentes lo estatuido como Dere-

Pero hay algo común a todas estas disquisiciones así planteadas, y es *el concepto del Derecho*, que les imprime peculiaridad armónica y las reduce a unidad. El concepto del Derecho es el que delimita y separa las normas jurídicas de otras manifestaciones típicas: los meros hechos naturales, la moral, los usos sociales y el poder arbitrario.

El concepto del Derecho es, por tanto, una noción general y absoluta (3), la sustantividad siempre idéntica de una parte de las aspiraciones humanas, inseparable, como tal, de estas aspiraciones, cualquiera que sea su modo de manifestarse; pero no entraña nada de específico ni de mudable como las propias aspiraciones, sino que es, por el contrario, la esencia armónica que a todas las condiciona y las reduce a unidad dentro de nuestro espíritu (4).

cho. TR. IV 19; STAMMLER, *Begriff und Bedeutung der Rechtsphilosophie*, en *Zeitschrift für Rechtsphilosophie*.—Toda investigación jurídica debiera, pues, empezar por esta pregunta: ¿Se pretende simplemente reproducir lo que es inherente a un Derecho histórico concreto, o se aspira a afirmar principios de alcance general? Sobre este extremo aún se puede consultar con provecho el libro de FEUERBACH *Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft*, 1804.

(3) Cuando hablamos de nociones generales aludimos a una nota peculiar y característica. Nuestras nociones pueden referirse a hechos transitorios y concretos, y pueden también remontarse sobre toda transitoriedad; en este caso se dice que las nociones son generales y absolutas. Carácter que nada tiene que ver, evidentemente, con el número de personas que las aprueben o las mantengan. Hay quienes, como SIMMEL v. gr., en su *Philosophie des Geldes*, se aparta esencialmente del sentido de la distinción tal como aquí se establece, al afirmar que lo que se denomina el valor objetivo no es prácticamente sino lo que estima como apreciable la mayoría. Pretendiendo negar la distinción que aquí afirmamos, lo que hace es aplicarla insensiblemente, al atribuir a su afirmación un valor absoluto. V. también §§ 79-81; 101.

(4) El concepto del Derecho se nos presenta tan pronto como nos ponemos a analizar la unidad de nuestra conciencia y la posibilidad—como simple posibilidad abstracta (cfr. § 21 n. 5)—de ordenar armónicamente los hechos de la vida humana. En este sentido se puede decir que el concepto del Derecho es uno de los criterios absolutos que hacen posible sistematizar la confusa variedad de los hechos que acaecen (§ 8). Sobre el método de investigación necesario para determinar este concepto, v. §§ 5 y 22.

Queda con esto definido uno de los puntos que constituyen la misión de la Filosofía del Derecho: desenvolver el concepto del Derecho y ver cómo aparecè en la vida humana.

2.—DE LA IDEA DEL DERECHO.

Misión de la Filosofía del Derecho es también, en segundo lugar, el enseñar en qué consiste la justicia (1).

El concepto *del Derecho* es una noción parcial que sólo sirve para deslindar una categoría de actos de la voluntad humana frente a otras modalidades y categorías de la voluntad: la moral, los dictados convencionales y el poder arbitrario. Conceptos éstos que hemos de émpazar por delimitar y definir con arreglo a notas lógicas características.

Pero resuelto este problema, y por encima de él, surge en seguida otra cuestión: la de saber si son legítimos, intrínseca y fundamentalmente, los dictados de la voluntad así investigados y clasificados. Es este un problema distinto que nada tiene que ver con la clasificación de los actos de nuestra voluntad en categorías diferentes, conceptualmente definidas. No se podría, por ej., trazar la distinción entre las normas jurídicas y los preceptos de la cortesía u otras prácticas cualesquiera, diciendo que aquéllas son las únicas que ordenan lo justo, como si los demás preceptos sólo pudiesen disponer en un sentido reprochable; e idénticamente por lo que se refiere a la contraposición entre el Derecho y la moral o a la diferencia entre los imperativos jurídicos y los que emanan de la violencia (2).

(1) Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque coimus et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ab iniuro separantes, licitum ab illicito discernentes, bono non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes. ULPIANUS, libro primo institutionum, D. I, 1, 1 § 1. V. § 11 n. 5.

(2) No coincide con esta doctrina la de R. LÖENING, *Ueber Würzel und Wesen des Rechtes*, 1907, pág. 21, que identifica los conceptos del *Derecho* y de lo *justo*. No se advierte al hacer esa afirmación que el establecer el concepto del Derecho, deslindándolo de las demás categorías de la voluntad humana, no exige que el Derecho, en cuanto tal, absorba todos los dictados justos de la voluntad, quedando los falsos como contenido de las demás categorías (ya indicadas provisionalmente en el texto). Cfr. RSt., § 8, IV.

Cabe, por el contrario, que todas las modalidades de la voluntad, sean cuales fueren, se demuestren intrínsecamente legítimas o dignas de reprobación en su modo concreto de manifestarse (3). La noción de lo justo y de lo injusto seccionan intrínsecamente los actos de la voluntad humana en un sentido distinto del de la clasificación conceptual a que nos veníamos refiriendo. La noción de la justicia nace de la posibilidad de armonizar en nuestra mente de un modo absoluto todas las aspiraciones concebibles.

Esto es sólo una *idea*, y como tal idea una noción abstracta, noción de totalidad de cuantos hechos son posibles en la vida humana. Claro que esta totalidad, meramente especulativa, no se debe concebir a modo de un objeto concreto y determinado. De lo que se trata es de ver si una aspiración cualquiera se armoniza con aquella idea de absoluta totalidad que abarca todos los posibles fenómenos concretos. Puede decirse, pues, que la idea es como la estrella polar que nos guía a través de los hechos de la experiencia, sin que ella misma se pueda nunca presentar en toda su integridad en la realidad sensible (4).

Después de fijar el concepto del Derecho se le plantea, pues, a

(3) En las mismas imposiciones de un poder arbitrario pueden, en un caso dado, alentar aspiraciones justas, de consecución tal vez imposible o muy dudosa para quien no se quiera apartar del Derecho en vigor. Piénsese, por ejemplo, en la súplica de Basanio al juez en *El mercader de Venecia*: «Ajustad la ley, por una vez siquiera, a vuestro buen criterio, os lo suplico; cometid una pequeña falta en defensa de un gran derecho». V. § 106, n. 1.—TR., VI 13; cfr. 16.

(4) Las diferentes aspiraciones clasificadas conceptualmente como jurídicas se hallarían intrínsecamente dispersas a merced del azar, si nuestra mente no las sometiese en conjunto a una noción de unidad, bajo el prisma de un pensamiento central absoluto. Se aspira en realidad a restituir a su puesto dentro del imperio general de los fines, sujetándolas a su ley fundamental, las diferentes modalidades de la voluntad humana y como una de tantas la modalidad jurídica (§§ 79 ss.). Pero toda disquisición sobre la idea de justicia presupone, como es natural, el concepto del Derecho. STAHL, I, pg. 1, adopta una fórmula demasiado limitada al definir la filosofía del Derecho como la «ciencia de lo justo». En los desenvolvimientos de sus doctrinas sobre el Derecho y el Estado, II, pg. 191 ss., en el plano de los principios, entra, sin embargo, en el concepto *del Derecho* e investiga sus relaciones con la *moral* y no en un sentido ideal, sino procediendo por categorías.

nuestra ciencia un problema ulterior (5). Se trata de esclarecer el fin último ideal que ha de informar y dirigir toda aspiración jurídica en los cauces concretos por los que discurre, para que pueda calificarse como fundamentalmente justa (6).

Este segundo punto de la misión de la Filosofía del Derecho se puede formular así: ¿qué es lo que fundamentalmente constituye la *idea del Derecho*? ¿Cómo puede la idea del Derecho triunfar en la práctica y cuál es su significación para la historia de la Humanidad?

II.—Objeto de la Filosofía del Derecho.

3.—LAS FORMAS PURAS DE LAS NOCIONES JURÍDICAS.

Lo que constituye el objeto de investigación de la Filosofía del Derecho podríamos definirlo más propiamente como el sistema de las formas puras que envuelven nuestras nociones jurídicas (1).

Al concebir como jurídica una afirmación cualquiera o al afirmar ó negar que sea justa, lo que hacemos es aplicar mentalmente a la materia condicionada de ciertos impulsos y afares un criterio armó-

(5) V. además sobre el concepto y la idea, § 82.

(6) MARTENS, *Der Dialog mit dem Anarchisten*, 1912, v. esp., pgs. 145 ss. Interesantes en cuanto al planteamiento del problema que nos ocupa son los esfuerzos del autor para llegar a una base segura de razonamiento.

(1) Contenido de una noción es lo que en concreto le es inherente. Son los caracteres específicos que la distinguen de otras nociones. No se hable, pues, de nociones vacías, faltas de contenido, porque no hay noción que carezca de sus caracteres propios y peculiares. Cfr. §§ 25 n. 1; 92 n. 8.

En el contenido cabe distinguir *forma* y *materia*, es decir, la modalidad condicionante, el concepto del Derecho con su alcance absoluto, v. gr., y lo condicionado: tal, por ej., una institución jurídica cualquiera, como el contrato de arrendamiento, el legado, una función pública.

No es, pues, muy acertado separar en absoluto el *contenido* y la *forma*. La forma no es sino una parte del mismo contenido, depurada de la materia condicionada que encierra. Pero existen también nociones que se caracterizan por el hecho de reducirse a modalidades o criterios metódicos de ordenación: éstas son las *formas puras*.

nico y absoluto. Las nociones de Derecho y de justicia no son sino eso: modalidades armónicas de ordenación, que orientan y determinan toda posible aspiración humana, siempre idénticas y fieles a sí mismas en esta su misión ordenadora (2).

No hay hombre reflexivo que, consciente o inconscientemente, no proceda así (3), a través de una serie de conceptos y principios puros, que van surgiendo como irradiaciones de la noción de Derecho y se pueden sustantivar como condiciones necesarias de nuestra dialéctica jurídica, en nuestros conceptos, en nuestros juicios y en nuestras conclusiones (4).

Estas formas puras de las nociones de Derecho no son precisa-

(2) La distinción entre forma y materia es de importancia fundamental para el esclarecimiento de nuestro patrimonio espiritual. Téngase presente, de una vez para siempre, que se trata de los elementos lógicos que condicionan nuestras nociones, a diferencia de los otros factores que resultan lógicamente condicionados. Cfr. sobre este punto WR., § 22. NATORP, *Platos Ideenlehre. Eine Einführung in den Idealismus*, 1921, esp. pgs. 5 ss.; 26 ss. El concepto de lo *formal*, en este sentido, es el que queremos expresar cuando en nuestra terminología decimos *condicionante* [que muchas veces se traduce por *absoluto* en esta versión]. Esta expresión, usada en vez de la voz *formal*, que tanto se prodiga irreflexivamente, puede contribuir a la claridad conceptual.

(3) De modo semejante a lo que ocurre, según el paralelo habitual, con la aplicación de las reglas gramaticales de la lengua propia.

(4) Los elementos condicionantes o formales de una noción pueden muy bien ser objeto especial de estudio, mientras que los factores materiales, condicionados o determinados por aquéllos, sólo se pueden investigar en vista de las condiciones formales que los determinan. Así, la Física como ciencia sólo es posible bajo forma matemática, mientras que la Matemática se presta perfectamente a ser estudiada aparte e independiente (§ 5 n. 1). Sólo en este sentido cabría comparar la Filosofía del Derecho con la ciencia matemática. La comparación pierde su razón de ser al entrar en los desenvolvimientos peculiares de cada una de estas ciencias, porque la nuestra no labora como la Matemática sobre las formas de la percepción en el tiempo y en el espacio. Mayor afinidad con nuestra disciplina presentan las ciencias naturales puras (con sus leyes de causalidad, persistencia o perduración de la sustancia, etc.); pero el camino de estas ciencias y el de la Filosofía del Derecho se separan al abandonar el campo de los conceptos y principios puros.— Cfr. § 56 n. 6 y § 35 n. 8.

mente algo *innato* en el hombre (5); no gozan de una existencia aparte. Sólo se manifiestan dentro de un Derecho históricamente condicionado, y se le revelan acada individuo en los hechos concretos de su vida jurídica (6).

Lo que las caracteriza como nociones puras no es, pues, su origen, sino su campo de acción (7). Y no sólo tienen por función el

(5) La vieja discusión sobre la existencia de nociones *innatas* se puede dar por descartada totalmente desde KANT. V. COHEN, *Kants Theorie der Erfahrung*, 1871, pg. 1 (2.^a ed. 1885, esp. pgs. 30 y 41). Sin embargo, en los libros de ciencias sociales aún resuenan constantemente ecos de la antigua doctrina sobre este problema. ARNOLD, *Kultur und Rechtsleben*, 1865, pgs. 90 ss., distingue tres esferas sociales: la Economía, el Derecho y el Estado, afirmando que cada una de ellas gira en primer término sobre un instinto central que nos es innato, y al mismo tiempo sobre los instintos que dominan e informan los dos campos restantes: el impulso cardinal del campo económico, dice este autor, es el egoísmo; el del jurídico, el sentido del Derecho; el del político, el sentimiento del bien común. Estos instintos o facultades, añade, aun siendo inherentes al hombre en general, se hallan sujetos a diferencias nacionales.— PÖZL, *Über den Rechtssinn*, Disc. rect. en Munich, 1868, entiendo por sentido jurídico el respeto ante la ley como resorte de nuestra conducta, pero sin decir qué es lo que inspira este respeto.— V. también § 75 n. 2; § 76 i. f., y § 146.

(6) *Innatas* puede decirse que sean, a lo más, las facultades que el hombre posee para llegar a adquirir aquellas nociones armónicas; pero el contenido de una noción se adquiere siempre, necesariamente, en contacto con la vida. Y en ese contenido, así adquirido, puede un análisis crítico separar la forma de ordenación (o método determinante) y la materia ordenada (o elementos concretos determinados por aquella forma). V. § 5.

(7) Lo que en primer término y más primordialmente nos interesa para llegar a dominar y compendiar el mundo de nuestros pensamientos, es el esclarecimiento crítico de la conciencia y no la trama psicológica. Materia de análisis crítico es lo existente y no sus orígenes; los orígenes, la génesis, constituye el objeto de la psicología. Aquél establece los criterios condicionantes que pueden armonizar los más variados hechos dentro de nuestra mente; ésta aspira a ver cómo determinadas nociones, definidas conceptualmente, prenden y arraigan en la conciencia de los hombres. Este segundo estudio, el psicológico, presupone necesariamente el primero y viene a completarlo. Nosotros hemos de consagrarle nuestra atención en el lib. II. Cfr. sobre esta distinción §§ 22, 28 n. 4; 80 y 83; en esp. sobre el problema psicológico §§ 73 ss.—En la historia de la Filosofía esta distinción se nos presenta reiteradamente;

elaborar y esclarecer determinados problemas concretos, sino que cuentan entre los criterios de ordenación de todos nuestros posibles conocimientos (8).

La aplicación consciente de estos principios de ordenación en la elaboración del Derecho es precisamente lo que da carácter científico a la jurisprudencia (9).

PLATÓN y ARISTÓTELES son los primeros que la establecen. A esta distinción se refiere también GOETHE cuando dice que en todo hombre se nota siempre una cierta preferencia por una de estas dos orientaciones fundamentales. V. § 10.

(8) Existen formas puras y condicionadas. Las primeras no se hallan lógicamente subordinadas a ninguna otra, sino que constituyen las condiciones últimas y supremas para la ordenación de nuestra conciencia. Una forma pura no presupone la existencia de aspiraciones o percepciones ya previamente ordenadas, porque sólo encierra la posibilidad de armonizar en una unidad suma la vida toda de nuestro espíritu. Queda dicho con esto lo que entendemos por formas condicionadas, concepto opuesto al de las formas puras. Así, por ej., el concepto de heredero es una forma condicionada de ordenación, mientras que el de sujeto de derecho entraña una forma pura (cfr. § 21 n. 5). Sólo mediante las formas puras de nuestros pensamientos podemos construir un sistema armónico cumplido, es decir, una unidad que abarque todo lo existente y lo concebible (§ 133). No es la materia infinita de las impresiones y aspiraciones la que puede dar integridad a un sistema (§ 28 n. 1). TR., I 3-5. Cfr. § 115 esp. n. 2 y 3.

(9) Más de una vez se ha discutido si los estudios jurídicos constituyen una verdadera ciencia. KIRCHMANN, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1848, es el que llega a afirmaciones más radicales sobre este punto. Son tres las razones que alega KIRCHMANN para negar a la jurisprudencia valor científico: que la materia del Derecho varía incesantemente; que no corresponde solamente al campo del saber, puesto que afecta también al imperio de los sentidos, y que se basa exclusivamente en la emanación de normas positivas. Esta polémica no tiene razón de ser. El carácter de ciencia no depende precisamente de la materia elaborada, sino de la forma que la domina. Ciencia quiere decir ordenación de nuestro mundo espiritual conforme a un plan armónico absoluto. Planteado exactamente el problema, debiéramos, pues, preguntar si se da esta posibilidad respecto de las nociones jurídicas. Precisamente la Filosofía del Derecho es la llamada a responder afirmativamente a esta pregunta sobre una base crítica. Sobre las doctrinas de KIRCHMANN, v. STAHL, *Rechtswissenschaft oder Volksbewusstsein?*, 1848. SCHÖNSTEDT, *Die Bedeutung der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1848. STERNBERG,

4.—INADMISIBILIDAD DE UN DERECHO IDEAL.

Frente al Derecho que es producto de una evolución histórica, y como tal deficiente y mudable, se ha querido alguna vez erigir un Código perfecto, aplicable a todos los tiempos y a todos los pueblos. Esto es pretender lo imposible. Por ideal que sea el Dere-

H. v Kirchmann und seine Kritik der Rechtswissenschaft, 1908. V. también § 49 n. 2.—Más amplia bibl. en WINDSCHEID, *Recht und Rechtswissenschaft*, Greifswald, 1854; EL MISMO, *Discurso a los estudiantes*, Munich, 1867; EL MISMO, *Die Aufgaben der Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1884. EXNER, *Die praktische Aufgabe der romanistischen Wissenschaft* (§ 11 n. 7). C. ERDMANN, *Über die Stellung der Rechtswissenschaft vor der Richterstuhl der Laien und der Schwesterwissenschaften*, Dorpat, 1875. LORENZ, v. STEIN, *Gegenwart und Zukunft der Rechts und Staatswissenschaft Deutschlands*, 1876, esp. páginas 104 ss. (v. también § 35 n. 1). BRINZ, *Rechtswissenschaft und Rechtsgesetzgebung*, Munich, 1877 (§ 123 n. 3). OFNER, *Studien sozialer Jurisprudenz*, 1894, I, *Die Jurisprudenz als soziale Technik*, pgs. 1 ss. L. SAVIGNY, *Die Stellung der Rechtswissenschaft zur Universität*, Fribourg, 1895. H. O. LEHMANN, *Die Systematik der Wissenschaften und die Stellung der Jurisprudenz*, 1897. SCHWANN, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 7, pgs. 513 ss. HABRUCKER (§ 115 n. 3). KUHLENBECK, *Die Rechtswissenschaft in ihren Beziehungen zu anderen Wissenschaften*, 1905. LEONHARD, *Stimmen des Auslands über die Zukunft der Rechtswissenschaft*, 1906. RUMPF, *Volk und Recht*, 1910, pgs. 86 ss.—*Ist Jurisprudenz eine Wissenschaft?* NUSSBAUM, *Über Aufgaben und Wesen der Jurisprudenz*, en *Zeitschr. f. soz. Wiss.*, 9, pgs. 1 ss. GAREIS, *Moderne Bewegungen in der Wissenschaft des deutschen Privatrechtes*, Munich, 1912. STAMMLER, *Die Zukunftsaufgaben des Rechts und der Rechtswissenschaft*, en «*Kultur der Gegenwart*» (*Systemat. Rechtswiss.*, II), 1913, páginas 551 ss. KRETSCHMAR, *Über die Methode der Privatrechtswissenschaft*, 1914; EL MISMO, *Grundfragen der Privatrechtswissenschaft*, en *Jherings Jahrb.*, 67, pgs. 233 ss. JOERGES, *Rechtsunterricht und Rechtsstudium* (§ 74 n. 1), esp. pgs. 140 ss. y 159 ss. HUCH, *Der Begriff Wissenschaft im kantischen Sinne*, 1917. BOZI, *Im Kampf um ein erfahrungswissenschaftliches Recht*, 1917; sobre este libro v. BOVENSIEPEN, en *Schollers Jahrb.*, 41, pgs. 1.601 ss., y *Deutsche Richter-Zeitung*, 1918, pág. 88. MARX, *Der Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz*, 1918. SALOMÓN, *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*, 1919, páginas 13 ss. BINDER, *Der Wissenschaftscharakter der Rechtswissenschaft*, en *Kantstudien*, 25, pgs. 321 ss.

cho, siempre habrá de tener por contenido, necesariamente, la regulación de las aspiraciones humanas, basadas por fuerza sobre necesidades concretas de la vida y sobre el modo de satisfacerlas. La materia de las aspiraciones que el Derecho regula es, pues, y será siempre, inevitablemente condicionada y finita y sujeta a cambio incesante (1). Y mudable y relativo tendrá que ser, por la misma razón, el orden que rija la cooperación para la satisfacción de esas necesidades (2). No puede, por tanto, darse una sola norma jurídica cuyo contenido concreto sea la encarnación de la justicia suma (3).

Todo Derecho se halla, pues, por fuerza, históricamente condicionado. Hasta la utopía concebida por la más libre imaginación construye sobre la experiencia de lo vivido y es producto de ella (§ 53). Y en cuanto expresión de normas e instituciones jurídicas condicionadas por su materia, no hay ninguna utopía que se pueda atribuir un valor absoluto e ilimitado (4), porque esta virtud

(1) V. sobre esto WR., § 32: Imposibilidad de un Derecho que sea absoluto por su contenido.—*Infra*, §§ 14 y 15.

(2) Puede ocurrir, sin duda, que ciertas doctrinas científicas de valor universal influyan sobre instituciones de Derecho y sobre problemas jurídicos, y a esto es a lo que debe aspirar una doctrina de la idea del Derecho críticamente establecida. La investigación se encargará luego de analizar esto y esclarecer las fuentes de determinadas normas y disposiciones de un Derecho. Tal es la finalidad de los estudios de GOEPFERT, *Über einheitliche, zusammen-gesetzte und Gesamtsachen nach rom. Recht* 1871, y SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrechte. Sachbegriff und Körper in der klassischen Jurisprudenz und der modernen Gesetzgebung*, 1902 (v. sobre este libro RABEL, en *Vierteljahrsschrift f. wissensch. Philos. und Soziologie*, 1904, pgs. 108 ss). Esta obra estudia la influencia de los estoicos y otras corrientes filosóficas griegas en el Derecho romano de cosas. Pero todos estos estudios se reducen a tratar problemas aislados, sin entrar en la médula de los problemas reservados a la Filosofía del Derecho.

(3) Cabe únicamente, según la doctrina de la justicia que en seguida desenvolveremos (§§ 91 ss.), señalar determinados límites, de los cuales no deberá salirse ningún Derecho para no ser injusto. V. § 81 n. 2.

(4) Las utopías son concepciones poéticas que describen un Estado modelo y bosquejan peculiares instituciones jurídicas, con las consecuencias a que conducen. Es digna de mención, sobre todo la de THOMAS MORUS, *De optimo rei publicae statu deque nova insula Utopia* (1516). MORO toma por punto de partida el diálogo fragmentario de PLATÓN, *Kritias o Atenas y Atlantis 9.000 años*

sola la tienen las líneas formales de orientación que informan nuestros conceptos y nuestros juicios (5).

antes de Solón (que no se debe confundir con el diálogo sobre *El Estado*; v. § 10 n. 10). Esta clase de obras se vienen repitiendo con frecuencia desde la de MORO, y muy especialmente en los tiempos modernos. RST., § 3. Una utopía sólo se distingue de un plan usual de reformas políticas por el hecho de atribuir a los hombres que pinta cualidades irreales, dejando rienda suelta a la fantasía para disponer las posibilidades tecnológicas más convenientes. Este fantaseamiento arbitrario de una materia que no existe es lo que priva a la utopía de todo valor científico serio. V. § 53 n. 3; además, §§ 172, 17 y 57 n. 6.

(5) Pretende rebatir esta afirmación CATHREIN, *Recht, Naturrecht, positives Recht* (2ª. ed. 1909), pgs. 164 ss. Señala este autor como ejemplos de normas jurídicas concretas, que según él tienen un alcance absoluto, las dos siguientes: *dar a cada uno lo suyo y no dañar a otro*. Pero éstas no son, en realidad, tales normas jurídicas, a modo de los artículos de un Código. Estos *juicios prácticos*, que así los llama el mencionado autor, no hacen más que reiterar el problema planteado referente a la necesidad de encauzar todo Derecho vigente, atemperándolo a los principios de la justicia. Son la expresión del anhelo y de la tendencia hacia una ley última armónica, que luego habremos de precisar como la idea del Derecho. En otro caso, si para determinar lo que en el primero de los postulados se dice *lo suyo* se arranca de un régimen de la propiedad cualquiera o para apreciar el concepto de *daño* ilícito se toma por pauta una determinada legislación, entonces no saldremos de los ámbitos de las instituciones jurídicas históricas, y como tales mudables e inadecuadas para cimentar sobre ellas ningún principio apriorístico por razón del contenido positivo que entrañan. Son estas instituciones jurídicas las que constituyen la materia condicionada que se ha de orientar y encauzar siguiendo las líneas formales directivas que trace una noción suprema y absoluta. De acuerdo con el pensamiento central de estas líneas, L. SAVIGNY, *Das Naturrechtsproblem und die Methode seiner Lösung*, en *Schmollers Jahrb.*, 23, 407 ss.

III.—Método de la Filosofía del Derecho.

5.—MÉTODO CRÍTICO.

Las nociones de Derecho son nociones sintéticas que se pueden, por tanto, descomponer en los elementos que las constituyen. Son de dos clases estos elementos: Los primeros son los elementos concretos peculiares de un Derecho determinado y que le distinguen de todos los demás Derechos posibles. Los segundos, los comunes a todo Derecho, los que en todo Derecho se contienen idénticamente. Estos últimos son los que interesan a la Filosofía del Derecho.

Pero los elementos generales y concretos de una noción jurídica no aparecen yuxtapuestos visiblemente y de un modo mecánico, por decirlo así, sino refundidos íntimamente como lo condicionante y lo condicionado (1).

Los elementos formales o condicionantes son los que nos llevan en nuestra investigación al concepto del Derecho. Son modalidades unitarias de ordenación de las más variadas aspiraciones. Podremos, pues, obtenerlas estudiando la posibilidad de reducir a unidad en nuestras concepciones cuantas materias jurídicas puedan ofrecérsenos. El método de investigación indicado para esto es el de

(1) La relación de dependencia que media entre los distintos elementos constitutivos de una noción es una relación de condicionalidad lógica. No se trata de una subordinación en el tiempo ni de una conexión causal. El contenido sintético de una noción se alumbra simultáneamente en todas sus partes. «No podemos concebir nada como relacionado en el mismo objeto sin que ya nosotros mismos lo hayamos relacionado previamente», dice KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, II, 1, 2, 2, § 15; todo análisis presupone necesariamente una síntesis. Mediante un análisis crítico podremos llegar a formular una teoría especial en cuanto a la forma, es decir, en cuanto a los elementos lógicamente condicionantes (ya se ha advertido más atrás, § 3 n. 4); pero la materia, la parte formalmente condicionada, sólo cabe concebirla con sujeción a una forma cualquiera, pues si mentalmente la desnudásemos de toda forma sólo quedaría una masa caótica y confusa, y ni aun de ésta nos podríamos formar una noción clara que no entrañase una cierta forma. V. la importante aplicación de estos principios al concepto de lo social en § 35, y además en § 145 n. 3, para lo referente a la posibilidad de una elección justa.

proceder por introspección crítica hasta llegar a aquellos conceptos y principios que son inexcusables para someter a unidad y ordenación todas las cuestiones de Derecho concebibles (2).

Al investigar y exponer las condiciones necesarias para determinar y orientar de manera armónica la materia jurídica se deberá descartar cuanto sólo tenga un valor relativo (3). Ciertamente que hemos de partir en nuestra investigación de la existencia de un Derecho históricamente dado, pero no de ésta o la otra manifestación jurídica concreta. El método de las investigaciones filosófico-jurídicas ha de tender al análisis de cuantos problemas de Derecho sean posibles. Para lo cual el plan de nuestra vida espiritual que se trata de someter a ordenación se ha de disponer de modo que tengan un sentido inteligible la noción del Derecho y todos los problemas jurídicos aislados que puedan plantearse (4). La Filosofía del De-

(2) La posibilidad de una noción de unidad es indudablemente la base lógica de toda consideración crítica. Esta unidad de ordenación es la que nos da la fórmula única para el esclarecimiento de nuestro conocer. Y si pretendiésemos compararla a otras nociones, subordinándola a ellas, tendríamos que ordenar nuevamente estas otras nociones, reduciéndolas a una superior unidad. En nada contradice a lo afirmado el que podamos poner en claro esta posibilidad con sus características peculiares mediante la introspección crítica. Esa posibilidad es también la única que nos permite hablar de *necesidad*, dando a esta expresión su verdadero sentido. Necesidad es la coincidencia de un dato concreto con un procedimiento de ordenación unitario y fundamental, Tr. E. 5. V. § 34 n. 3.

(3) Cfr. SCHEIN, *Unsere Rechtsphilosophie und Jurisprudenz*, 1889. WALLASCHEK, *Studien zur Rechtsphilosophie*, 1889. DEL VECCHIO, *I presupposti filosofici della nozione del diritto*, Bologna, 1905 (sobre este libro v. REICHEL, *Krit. Viert. Jahr. Schrift*, 3.ª serie, 11, pgs. 209 ss).

(4) Es evidente que los métodos unitarios condicionantes del pensar jurídico—y, por consiguiente, los conceptos fundamentales puros y los principios del Derecho—sólo aparecen dentro de la experiencia histórica y sólo dentro de ella puede descubrirlos la investigación. No tiene sentido objetar que no se puede obtener ningún concepto fuera de toda experiencia. Según esto, claro que no cabe una investigación *no histórica*. Para nada se trata aquí, según el método que seguimos, de un conocer a base de la *razón pura*. Se trata, por el contrario, de analizar críticamente los datos de la experiencia histórica. Cuando hablamos de nociones puras no queremos referirnos para nada a sus *origenes*, sino a su *alcance* o campo de aplicación (§ 3). V. también § 21 n. 5, 24 n. 3, § 110, esp. n. 3 s.; § 115 n. 4.

recho que procede del modo indicado, en cuanto al objeto de su estudio y en cuanto a su método, es la que nosotros denominamos *teoría crítica del Derecho* (5).

6.—FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DOCTRINA GENERAL DEL DERECHO.

No se debe confundir la Filosofía del Derecho con la doctrina general del Derecho (1).

Por doctrina general del Derecho se entiende la exposición de aquellas instituciones jurídicas que no se presentan sólo en un punto de la Historia, sino que son comunes a diferentes pueblos y tienen un carácter de relativa generalidad, como ocurre, por ej., con ciertos sistemas de organización de los Estados (2). Para investigar cuáles sean las instituciones de este género se plantean determinadas cuestiones concretas que aparecen y se repiten normalmente en varios órdenes jurídicos, y luego se comparan entre sí las soluciones que les dan los diferentes Derechos estudiados (3).

Las cuestiones planteadas pueden tener un alcance general. Tal,

(5) Sobre el método de la teoría crítica del Derecho: TR. E. LEONHARD, *Deutsche Liter.-Zeitung*, 33, 1221. NATORP, *Kant-Studien*, 18, 1 ss. TESAR, *Zeitschr. Staatswissensch.*, 34, 256 ss. WIELAND, *Die historische und die kritische Methode in der Rechtswissenschaft*, 1910. SCHEPPER, *Nieuwkantiaansche Rechtsbeschouwing* Haarlem, 1917. VORLÄNDER, II, § 72 n.º 3. Entre las obras del autor, v., además de las mencionadas a continuación del Índice bajo la rúbrica *Abreviaturas*, las citadas en §§ 15 n.º 13; 18 n.º 3 y 14; 37 n.º 3; 103 n.º 2; 141 n.º 2; 143 n.º 1. Cfr. §§ 94 n.º 1 y 115 n.º 3.

(1) KORNFELD, *Allgemeine Rechtslehre und Jurisprudenz*, 1920. E. HUBER, *Recht und Rechtsverwirklichung. Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie*, 1921, pgs. 10 ss.—Sobre Ad. MERKEL, v. § 18 n.º 2 ss.

(2) Una «doctrina general del Estado» la han publicado los siguientes autores: HENSCHEL, 1890; BORNHAK, 1894; REHM, 1899 (y en *Sammlung Göschen*, 1907); JELLINEK, 1900 (3.ª ed., 1914); RICH, SCHMIDT, 1901-1903. V. también EDG. LOENING, en *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, 3.ª ed., VII, pgs. 726 ss., y PILOTY, *Stengels StaatsWörterbuch*, 2.ª ed., III, 1904, pg. 464.

(3) El ensayo de proporciones más grandiosas, dentro de este género de estudios, es el de MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748). V. sobre este libro BLUNTSCHLI, pgs. 298 ss., y MEITZEL, en *Handw. d. Staatswiss.* (3.ª ed.), VI, pg. 775.

por ej., la que se refiere a la propiedad, como la última y decisiva palabra en cuanto a la disposición sobre una cosa, o las relativas al matrimonio y a la familia, en cuanto a la regulación de las relaciones entre ambos sexos y respecto de la descendencia (4). Pero cabe también que las cuestiones estudiadas surjan condicionadas a otras instituciones jurídicas concretas coincidentes en los órdenes jurídicos comparados; así, v. gr., el régimen hipotecario en países de economía pecuniaria en que existen los registros de inmuebles. Sólo los problemas mismos son los que se presentan con carácter general, aun en el primer caso; las soluciones que a esos problemas de los distintos órdenes jurídicos serán siempre diferentes y se hallarán sujetas a cambio constante.

En todo estudio de Derecho comparado, sean coincidentes o divergentes las instituciones jurídicas que se comparen, se trata, pues, de elaborar de un cierto modo materias jurídicas relativas y condicionadas. Claro que de este modo cabe estudiar en su sentido y alcance los distintos Derechos comparados mejor que limitándose a uno solo de ellos (5). Este estudio comparativo se nos puede ofre-

(4) Habrá que procurar también que medie una cierta analogía entre los órdenes jurídicos que se comparan, por lo que se refiere a sus condiciones y vicisitudes históricas. Más allá llega FEHR, *Hamurapi und das salische Recht*, 1910. Cfr. KOSCHAKER, *Rechtsvergleichende Studien zur Gesetzgebung Hamurapis*, 1917. V. además CROME, *Les similitudes du code civil allemand et du code civil français (Extrait du livre du centenaire du code civil)*, 1904; RABEL, *Die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders besonders in den Papyri*, 1909, pgs. 1 ss.

(5) E. M. ARNDT, *Versuch in vergleichender Völker-geschichte* (2.ª ed.), 1884. BERNHOFT, en *Zeitschr. f. vergleichendes Recht*, I (1878), pgs. 1 ss. POST, *Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichender ethnographischer Basis*, 2 vols., 1880 s. EL MISMO, *Ueber die Aufgaben einer allgemeinen Rechtswissenschaft*, 1891. ACHELIS, *Natur und Kultur*, en *Grenzböten*, 43, 375 ss. (1884). SEYDEL, *Vergleichende Rechtswissenschaft*, en *Münchener Neueste Nachrichten*, 1889, n.º 93. HENTIG, *Rechtsvergleichung und Politik*, en *Blätter f. vergl. Recht*, III (1907), 19 ss. DEL VECCHIO, *Sull'idea di una scienza del diritto universale comparato* 1909 (sobre este libro v. HOLLDAK, en *Krit. Viert. Jahr. Schrift*, 3.ª serie, XVII, 440 ss.). HOLLDAK, *Vom Wesen und von den Grenzen der Rechtsvergleichung*, 1912. DEL VECCHIO, *Die Idee einer vergleichenden universalen Rechtswissenschaft*, 1914.

cer como medio auxiliar para planes de reformas legislativas. Y, en ciertas circunstancias, hasta podrá dar lugar a la instauración de un nuevo orden jurídico, ya en sustitución de otro que hasta entonces se hallase vigente, ya como un orden jurídico en relaciones internacionales sobrepuesto a los diferentes Derechos comparados, al modo del *ius gentium* de los romanos (6).

A lo que de ningún modo se puede llegar por vía de comparación y generalización de un Derecho dado es a descubrir aquellas nociones absolutas, sin las cuales es de todo punto imposible una verdadera ciencia del Derecho (7).

IV.—Importancia de la Filosofía del Derecho.

7.—RESOLUCIÓN DE CUESTIONES CONCRETAS CON ARREGLO A PRINCIPIOS.

Sin las investigaciones filosófico-jurídicas no sería posible una ciencia del Derecho (§ 3). Y esto, no sólo tiene una importancia decisiva para los fines de la enseñanza, sino que es también de enorme trascendencia en cuanto a la práctica del Derecho.

(6) Un carácter semejante tuvieron durante algún tiempo las modernas codificaciones en países con Derechos locales aislados. V. como claro ejemplo de esto la Exposición de Motivos del Cód. civ. al., IV, 133 ss., sobre régimen de bienes dentro de matrimonio. En términos generales: *Erläuterungen zum Vorentwurf des Schweizer. Zgb.* (por HUBER, 2.^a ed., Berna, 1914).—Cfr. § 11 n. 11.

(7) Para poder comparar un Derecho con otro y generalizar sus normas hay que presuponer como algo evidente las condiciones necesarias (o formas puras) que permiten concebirlo científicamente. Son cosas esencialmente distintas el esclarecer críticamente la posibilidad de una ciencia del Derecho y el describir con sus caracteres generales una serie de hechos sociales y las instituciones jurídicas que los condicionan. Estudios dignos de mención en este segundo sentido: W. H. RIEHL (1823-1897), *Die Naturgeschichte des Volkes als Grundlage einer deutschen Sozialpolitik.*, 4 vols. (a partir de 1853): I. *El territorio y los habitantes* (11.^a ed., 1908); II. *La sociedad civil* (10.^a ed., 1907); III. *La familia* (12.^a ed., 1904); IV. *Libro del emigrante* (4.^a ed., 1903). GUSTAV FREITAG (1816-1895), *Bilder aus der deutschen Vergangenheit.*, 5 vols. (a partir de 1859).

Toda cuestión jurídica de carácter práctico abre ante nuestro espíritu dos distintas orientaciones:

1.^a El jurista indaga en primer lugar la existencia de normas positivas aplicables al caso concreto. Tal es la función de los artículos de los Códigos y demás disposiciones, de los preceptos de la Constitución y de las reglas del Derecho consuetudinario ya consolidadas. La Filosofía del Derecho es la llamada a precisar la técnica de la expresión, a mostrar los remedios que pueden ponerse en práctica para colmar las posibles lagunas del Derecho y a enseñar el arte de obtener en todo caso las normas jurídicas oportunas; y la Filosofía del Derecho es también la que nos tiene que guiar en nuestra dialéctica jurídica, adiestrándonos en el arte de hilvanar los hechos en las reglas más adecuadas. Cuestiones todas éstas a las que sería imposible dar solución si nos atuviésemos estrictamente a la reproducción de un Derecho determinado, y que hay que plantear y resolver de un modo absoluto, debiendo ser aplicables las doctrinas a que se llegue a todo Derecho posible.

2.^a Pero los artículos de una ley, sea cual fuere, son simples ensayos que tienden a anticipar la solución justa de litigios que puedan surgir. El acierto de la solución propuesta puede dar lugar a reparos, ya en cuanto al fondo de la decisión, ya en cuanto al modo de resolver el caso concreto litigioso. Para poder medir y contrastar así el contenido de una norma necesitamos poseer una pauta cualquiera sobrepuesta a los preceptos jurídicos técnicamente moldeados.

Por esto muchas veces el orden jurídico renuncia, al regular ciertas cuestiones, a dictar artículos precisos y taxativamente determinados, optando por remitir a las partes, a sus consejeros y al juzgador que intervenga en el litigio, a su propio arbitrio y a lo que éste les prescriba como justo, en vista de las circunstancias del caso concreto (§ 127). Nuestra legislación tiene numerosas expresiones para designar este modo de proceder: se habla de *buena fe*, de *equidad*, de *deberes morales*, de *evitación de abusos*, de *buenas costumbres*, de *fundamentos bastantes*; etc. (1). Todas ellas

(1) Expresiones equivalentes las encontramos también en gran número en los textos de los juristas romanos: *bonum et aequum*, *bona fides*, *aequitas*, *ius naturale s. naturalis ratio*, *boni mores s. mos*, *benevolentia*, *humanitas*, *pudor*, *pietas s. officium pietatis*, *justa causa*, *arbitrium boni viri*, *justitia*, etc.—S. otras legislaciones v. RR., pg. 47.

responden al mismo sentido: que en cada caso se habrá de elegir la norma jurídica que refleje la solución fundamentalmente justa (2).

Ahora bien: ¿cuál ha de ser la pauta que nos guíe y nos permita llegar a conclusiones de principio sobre la legitimidad de una norma jurídica predeterminada o elegida en vista del caso litigioso?

La respuesta sólo puede darla la Filosofía del Derecho. Esta es la ciencia que tiene que enseñar y poner en práctica un método mediante el cual se pueda *demostrar* que una norma jurídica cualquiera es o no fundamentalmente justa en su aplicación a la cuestión concreta planteada (3).

8.—EL DERECHO EN LA VIDA DEL ESPÍRITU.

La Filosofía del Derecho, al estudiar el Derecho en su unidad armónica debe, consecuentemente, preguntarse cómo se enlaza el Derecho con la totalidad de la existencia humana (1). Nuestra mirada se encuentra así con la multitud infinita de acontecimientos en que por series inmensas se van desenvolviendo los destinos de los hombres. Y esto nos lleva al problema de determinar el concepto de la *Historia*. ¿Cómo encontrar en nuestro pensamiento el hilo cen-

(2) Muy exactamente dice Papiniano: *Generaliter observari convenit bonae fidei iudicium non recipere praestationem, quae contra bonos mores desideretur* (D. XXII, 1, 5).

(3) Sobre el valor que tiene el remitirse al *sentimiento de honradez*, al modo de pensar *justo y equitativo* o al *sentimiento natural del Derecho* del que ha de juzgar, v. § 146. Ni basta tampoco entregarse al *tacto* o al *libre arbitrio* del juez: aquél podría a lo más significar las dotes personales del juez para descubrir la resolución justa en cada caso, pero nunca el criterio determinante de la noción de justicia; y cuando se habla de libre arbitrio judicial, se olvida que el juez no puede sentenciar jamás *libremente*, llevado por sus caprichos subjetivos, sino que debe fundamentar objetivamente sus resoluciones (§ 143). Mucho se puede, pues, esperar todavía de los progresos de la Filosofía del Derecho en el sentido indicado.

(1) En sentido inverso llega a este problema FECHNER, *Die praktische Philosophie und ihre Bedeutung für die Rechtsstudien*, 1888.

tral que nos permita concebir unitariamente en su multiplicidad el incesante acaecer histórico? Y en seguida surge la duda: ¿es que cabe ver en la Historia de modo inequívoco un progreso constante hacia lo mejor? (2).

Y si, como no podemos menos, seguimos adelante, estas reflexiones a que nos mueve la Filosofía del Derecho se engarzan con el último y definitivo problema: el de dar satisfacción a nuestro anhelo de una perfección suma. Los esfuerzos por lograrlo nos llevarán, por fin, a lo que podremos llamar justificadamente una visión universal, excitarán en nosotros la consagración a esta idea suma y nos pondrán en posesión de una concepción acabada de la vida (3).

(2) V. *infra* §§ 178 ss.

(3) Una vez que hayamos puesto fin a estas consideraciones preliminares, nuestra exposición se ajustará al siguiente plan:

- I. Concepto del Derecho.
- II. Génesis del Derecho.
- III. Idea del Derecho.
- IV. Metodología del Derecho.
- V. Aplicación del Derecho.

I. Teniendo presente la misión que nos hemos propuesto más arriba (§ 1), hemos de demostrar la peculiaridad del *concepto del Derecho* y su distinción de los conocimientos naturales, de la moral, de los usos sociales y del poder arbitrario.

II. Materia de esta sección es ver cómo aparece el concepto del Derecho en la ordenación de las aspiraciones humanas. Estudiaremos aquí la *vigencia* y los *orígenes* del Derecho y la *psicología del Derecho*. Y examinaremos, finalmente, las relaciones entre el *Derecho* y la *Economía social*.

III. Corresponde aquí desenvolver la *doctrina de la justicia* y demostrar la posibilidad de llegar a juicios fundados sobre la rectitud objetiva de una aspiración jurídica cualquiera.

IV. Partiendo de todo lo expuesto, se puede trazar una *metodología del Derecho*, a base de los conceptos fundamentales del Derecho y de la posibilidad de una construcción jurídica. Con esto se halla relacionada la doctrina de la normación jurídica; y a continuación expóndremos la referente a su técnica. es decir, a la técnica de la formulación de los preceptos y a los defectos y lagunas que en la formación del Derecho pueden presentarse; finalmente, estudiaremos el modo de elevar un sistema jurídico.

V. La *teoría de la práctica jurídica* pondrá punto final a nuestras investigaciones. Materia de esta sección será exponer los caracteres peculiares de la dialéctica jurídica y la posibilidad de una actuación práctica del Derecho con arreglo a estos principios. Haremos ver cómo en los casos litigiosos se puede elegir la norma ju-

V.—Historia de la Filosofía del Derecho.

9.—EL PROBLEMA.

El problema filosófico-jurídico está en encontrar el *concepto* y la *idea del Derecho*, la naturaleza esencial del Derecho y de la Justicia y en ver cómo se manifiestan en la Historia y cómo se desenvuelven y aplican (1). Este problema es siempre y dondequiera uno y el mismo; ha existido en todos los tiempos y existirá con el mismo carácter uno e idéntico mientras haya hombres y mientras los hombres reflexionen sobre su existencia (2).

Fuera de estas cinco cuestiones en que se descompone el problema que constituye la misión de la Filosofía del Derecho, no cabe otra alguna de alcance absoluto en materias jurídicas. Para que una doctrina goce de una absoluta generalidad tiene que ser un método unitario condicionante; de otro modo no será absoluto su campo de aplicación. La posibilidad de una visión jurídica de trascendencia absoluta se reduce, por tanto, a las formas puras de nuestros conceptos y de nuestros juicios en materia de Derecho, en lo que haya de condicionante en su génesis y en su vigencia, en los métodos que hacen del Derecho una ciencia y que rigen su actuación (§ 81).

ridica justa entre las varias aplicables y cómo se puede lograr una política científicamente encauzada. Y a esto se refiere, por fin, la articulación del Derecho dentro de la historia de la Humanidad.

(1) V. el plan de nuestra obra en la nota anterior.

(2) Otra es la opinión de SPIEGEL, *Schmollers Jahrb.*, 43, pgs. 64 ss. Este autor ve en la historia de la Filosofía del Derecho y del Estado una *multitud imponente* de problemas; y piensa que para poder exponerlos tenemos que compenetrarnos *con individualidades extrañas*. No obstante, reconoce que se trata siempre de encontrar solución a las *cuestiones jurídicas y políticas fundamentales*. En efecto, sería de todo punto imposible comparar entre sí concepciones divergentes si no se propusiesen todas ellas un problema único común. Este problema es el del *Derecho* y la *Justicia*. Claro que cada concepción lo enfoca de modo especial, con arreglo a su tiempo y a las demás circunstancias que la influyen. Esto lo ve cualquiera, y no hay para qué insistir en lo que se alcanza a la más nimia observación. Lo que a la ciencia le importa, y de un modo apremiante, es el llegar a ver claramente por sobre lo vario y lo múltiple la *noción de unidad* sin la cual no habría más que un caos de observaciones concretas.

A este problema de la Filosofía del Derecho se han dado diferentes soluciones en el curso de los tiempos. Y las divergencias entre las doctrinas que han surgido a este propósito se manifiestan en un doble sentido.

Unas veces se echa de ver una cierta inseguridad en cuanto al planteamiento del problema mismo, del que necesariamente se ha de partir. Cierto que toda reflexión que en estas materias se intente, sea la que sea, tiene que recaer por fuerza, inevitablemente, sobre el problema filosófico más arriba sintetizado. Pero este problema no siempre aparece en su verdadera esencia ante la conciencia del que investiga; muchas veces se hace resaltar solamente uno de sus aspectos, y hasta se llega a reducir a él la investigación y otras veces no se acierta a depurarlo suficientemente de la observación de puntos concretos de materias históricamente condicionadas.

Mas puede también ocurrir que, aunque se sepa llegar a la verdadera esencia del problema, su examen conduzca a resultados diferentes. En este caso, mediará una divergencia de criterio en cuanto al *método* que se haya de seguir para determinar y encauzar las nociones jurídicas de la solución de aquel problema.

La *historia de la Filosofía del Derecho* (3) tiene que tener en cuenta ambas posibilidades de divergencias doctrinales: la que se refiere al planteamiento del problema, y la que afecta al método empleado. Tiene su interés especial el seguir estas diferentes doctrinas, porque el observar las reflexiones que antes de nosotros se han hecho los espíritus superiores es siempre un medio excelente para entrar a dilucidar el mundo de nuestros propios pensamientos.

Este capítulo se reducirá, pues, a poner de manifiesto las orientaciones generales dentro de las cuales se hayan movido, en cada una de las grandes épocas, las nociones dominantes sobre el *concepto* y la *idea del Derecho*. Haremos resaltar los momentos capi-

(3) V. las citas de los más antiguos libros sobre la historia de la Filosofía del Derecho en GROS, *Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts* (6.^a ed., 1841), pg. 20 (cfr. MOHL, 1, 217 ss.). Las obras modernas más importantes v. en *Abreviaturas*, a continuación del Índice. Cfr. además RIVALTA, *Diritto naturale e positivo. Saggio storico*, Bolonia, 1899. WUNDT, *Völkerpsychologie*, IX. El Derecho (1918), pgs. 52-218 (§§ 26 n. 4; 31 n. 4; 39 n. 3; 75 n. 3).

tales que caractericen de un modo determinante, en lo que tengan de peculiar, las distintas soluciones dadas a nuestro problema. Podremos seguir para esto el curso general de la historia del espíritu, aunque una misma solución aparezca más de una vez, en el transcurso del tiempo, con sentido idéntico o poco alterado.

10.—LA TEORÍA DEL DERECHO EN LOS GRIEGOS.

Los estudios sistemáticos de la vida jurídica en el Estado, con tendencia a la formulación de una verdadera teoría, empiezan en la Antigüedad con la Filosofía griega (1). A los filósofos griegos se debe el concepto de *ciencia* que, tras diversas tentativas frustradas (2), descubre SÓCRATES (470-399) (3), sobreponiéndose a

(1) Claro es que el problema de la Filosofía del Derecho (§ 9) como problema intrínseco se presenta instintivamente en todas partes. AHRENS, I, § 5. Pero, como objeto de reflexión científica, no aparece, fuera de la Filosofía griega, en ninguna de las manifestaciones de la Antigüedad que nos son conocidas. ÜBERWEG, § 6. VORLÄNDER, I, Introd. n. 3.—La importancia y la dignidad del Derecho se ponen de relieve de un modo especial en el Ant. Testamento (Ps. 94, 15), que distingue entre el Derecho y el poder arbitrario, aunque sin entrar a examinar críticamente las características de lo jurídico, y ensalza la fidelidad ante el Derecho con palabras confortadoras. Sobre todo en los Profetas, y más que en ningún otro en Isaías (v. esp. cap. 9 y 32). GUTHE, *Das Zukunftsbild des Jesaja*, 1907. No se puede afirmar con seguridad que se contenga ya aquí la *idea* de la rectitud de un Derecho. Cfr. sobre este extremo BREUER, *Die rechtsphilosophischen Grundlagen des jüdischen und des modernen Rechts*, en *Jahrb. d. jüd.-lit. Ges.* 8, 1 ss. V. también STRACK, *Einleitung in das Talmud* (2.^a ed., 1894). WEISEMANN, *Talion und öffentliche Strafe im mosaischen Rechte*, en *Festschrift f. Wach*, 1913. ZENKER, *Soziale Moral im China und Japan*, 1915. Es interesante también HEARN, *Lafcadio, Kyūshū, Träume und Studien aus dem neuen Japan*, 1908.

(2) SCHMAUS, pg. 10; HUGO, § 9; GEYER, pg. 8; HILDEBRAND, pgs. 41 ss.; AHRENS, I, pg. 36.—FLÜGEL, *Die Idee des Rechtes und der Gerechtigkeit bei Homer und Hesiod*, 1909. HERODOT, III 38, VII 104. Cfr. *RR.* pg. 219.—Hirzel *Νῆμος ἀναφορ.* en *Sächs. Ges. d. Wiss., Hist.-phil. Kl.*, t. 20 (1900).—ÜBERWEG, I, § 28. VORLÄNDER, I, § 104. MENZEL, *Protagoras, der älteste Theoretiker der Demokratie*, en *Zeitschr. f. Pol.*, 3, pgs. 205 ss. (cfr. § 170 n. 6).

(3) SCHMAUS, § 4; HUGO, § 10; GEYER, pgs. 9 ss.; HILDE-

las dudas de los sofistas (4), y al mero subjetivismo, que sólo admitía un vivir confuso del instante, desenvuelto al azar de hora en hora, como una masa caótica de acaecimientos sin trabazón orgánica alguna (5). Admitida la posibilidad de introducir en los hechos de la vida una ordenación *metódica, unitaria y absoluta*, este nuevo orden de ideas tenía que conducir, necesariamente, al problema de la Filosofía del Derecho.

No obstante, el problema del Derecho y su vigencia no pasan a primer término en los filósofos griegos. Lo fundamental para ellos era la política y la gobernación del Estado (6). Estas cuestiones aparecen expuestas de un modo consumado y brillantísimo en PLATÓN (427-347) (7), principalmente en su diálogo sobre el Estado (8). PLATÓN, aleccionado por los infortunios de su patria, Atenas, se hace adversario convencido del gobierno de las masas. Tras profundas reflexiones, llega a penetrar en la antítesis que media entre la idea del *bien*, por una parte, y por otra, la simple *acumulación numérica* de los más variados intereses. A la corrompida realidad de la democracia ateniense, que sólo se podía salvar por un cambio radical de rumbo en los principios de gobierno, opone PLATÓN la imagen de un Estado ideal, trazando los rasgos *formales* que debe

BRAND, pgs. 81 ss.—H. MAIER, *Sokrates. Sein Werk und seine geschichtliche Stellung*, 1913. BUSSE *Sokrates*, 1914. VORLÄNDER, I, §§ 13 ss. ÜBERWEG, I, § 33. Ed. MEYER, *Geschichte des Altertums*, IV, pgs. 435 ss.; V, pgs. 125 ss. MENZEL, *Untersuchungen zum Sokrates-Prozesse*, 1902.

(4) HILDEBRAND, pgs. 66 ss.; SALOMON, *Der Begriff des Naturrechtes bei den Sophisten*, *Zeitschr. f. Rechtsgesch. (röm. Abt.)*, 32, pgs. 129 ss.—*Sophistes*, diál. de PLATÓN, trad. y coment. por APELT (*Philos. Bibliothek.*, 1914).

(5) Cfr. sobre esto § 97 *infra*.

(6) V. también TESAR, *Staatsidee und Strafrecht*, I. Teil: *Das griechische Recht und die griechische Lehre bis Aristoteles*, 1914.

(7) SCHMAUSS, § 5; HUGO, § 11 s.; GEYER, § 4; HILDEBRAND, pgs. 98 ss.; ROSSBACH, §§ 4-7; STAHL, I, pgs. 8 ss.; AHRENS, I, pgs. 37 ss.; LASSON, pgs. 50 ss.

(8) Ed. original del texto por HERMANN (Teubner ed.). Los diálogos de PLATÓN han sido traducidos varias veces al alemán. Las mejores traducciones son las de FEDER. LEOP. CONDE DE STOLBERG, y SCHLEIERMACHER, y últimamente la de APELT.—MOHL, I, 220.—NATORP, *Platos Ideenlehre. Eine Einführung in den Idealismus*, 1903.

seguir toda comunidad para responder, en sus fundamentos, a las exigencias de la rectitud, cualquiera que sea su organización concreta e históricamente condicionada.

En este sentido, distingue PLATÓN dentro del Estado los tres grupos de los gobernantes, los guerreros y los negociantes. La vida pública se halla circunscrita a los gobernantes y a los guerreros, cada grupo con su especial misión; la masa restante no tiene participación alguna en la marcha de la política, teniendo por sola ocupación cuidar de sus negocios particulares. En cambio, los dos primeros grupos se han de hallar despojados de todo interés privado, sin que puedan tener una familia ni poseer un patrimonio. Atención especial consagra PLATÓN a la clase de los gobernantes, de número muy reducido a lo que puede inferirse de lo expuesto por el filósofo, y seleccionada mediante la suerte entre los educados cuidadosamente para esta carrera, al llegar a la edad madura.

En el Estado ideal de PLATÓN no se debe ver una simple fantasía, una ocurrencia personal (9); no se trata de una *Utopía*, pues le falta lo que es característico de estas obras de imaginación: el inventar libremente las posibilidades materiales sobre las que ha de recaer el Derecho y la Justicia (10).

Y menos aun pretende ser el proyecto de PLATÓN una constitución basada en un Derecho racional, como un conjunto de artículos aplicables a todos los pueblos y a todos los tiempos. La imagen del Estado que nos presenta PLATÓN es un sistema de *conceptos formales*. En su pintura no encontramos más que las líneas directivas y los pensamientos centrales que necesariamente han de guiar a

(9) BURCKHARDT, *Individuum und Allgemeinheit in Platons Politika*, 1913. M. WUNDT, *Plato und sein Werk*, 1914. ANDERHUB, *Platons Politika und die Kritische Rechtsphilosophie*, en *Zeitschr. f. Rechtsphilos.*, III, pgs. 89 ss. WILAMOWITZ-MÖLLENDORF, *Der griechische und der platonische Staatsgedanke*, 1919. STERNBERG, *Moderne Gedanken über Staat und Erziehung bei Platon*, 1895. — NATORP, *Platons Staat und die Idee der Sozialpädagogik*, 1920 (v. § 132). EL MISMO, *Platon*, en «*Grosse Denker*», I, pgs. 93 ss. ÜBERWEG, I, §§ 39 ss., esp. § 44. VORLÄNDER, I, §§ 19 ss. SALIN, *Platon und die Griechische Utopie*, 1921. — WINDELBAND, *Platon*, en *Handwörterb. d. Staatswiss.* (3.^a ed.), VI, pgs. 1043 ss.

(10) V. sobre esto §§ 4 n. 4 y 53; 172 y 92.

quien pretenda alcanzar resultados legítimos en la organización de un Estado, sea cual fuere la empresa concreta perseguida.

Estas *líneas formales de orientación* se derivan de la idea del *bien*, tal como la entiende PLATÓN, y responden a las tres virtudes que resultan por refracción de aquella idea cardinal: la *sabiduría*, que consiste en hallar en cada caso el camino fundamentalmente justo; el *valor*, que es la virtud de hacer triunfar lo que se ha reconocido como verdadero, y la *templanza*, o sea el dominar los propios apetitos, sometiéndolos a la ley suprema de la justicia. Y debiendo la organización del Estado responder a los postulados del individuo (11), surgen las tres clases sociales mencionadas, a cada una de las cuales corresponde en especial el cuidado de una de las tres virtudes. Y todas ellas se resumen en la virtud suprema de la *justicia*, suma y compendio de las virtudes todas, que traza a cada virtud su verdadero lugar en relación con las demás, aspirando a establecer de este modo una armonía perfecta dentro del espíritu (12).

Es muy interesante la consecución de la formidable obra platónica (13) en la labor siempre prodigiosa de ARISTÓTELES (384-322) (14). Las doctrinas de éste no forman un sistema unitario y

(11) La idea central y suprema de la justicia debe imperar sobre los intereses particulares y los apetitos subjetivos, aunque éstos se hallen cuantitativamente en mayoría (§ 170). No hay un solo fin concreto que pueda coincidir plenamente con la idea de justicia, como se demuestra en el libro I del Estado. V. también el libro IV, 427, C ss.—La idea del *bien* sólo la puede comprender la Filosofía. De aquí el famoso aforismo: «No se encontrará remedio a los males del Estado ni a los de la Humanidad en tanto que los filósofos no sean los reyes de los Estados o los gobernantes se entreguen de lleno y sinceramente a la Filosofía». Rep. V, 473 D.—Sobre las tentativas reformadoras de PLATÓN bajo Dionisio II de Siracusa, v. el relato extraordinariamente sugestivo de ED. MEYER (*supra* n. 3), V, pgs. 500 ss.

(12) V. esp. Rep. IV, 433. HILDENBRAND, p. 127.

(13) V. sobre el diál. de *Las Leyes*, HUGO, § 13; HILDENBRAND, pgs. 175 ss.; GEYER, pgs. 15 ss.; RITTER, *Darstellung des Inhaltes mit Anmerkungen*, 1896; PÖHLMANN, *Geschichte des antiken Kommunismus und Sozialismus*, pgs. 477 ss.—Sobre *Kritón*, v. infra § 48; sobre el *Político*, § 143.

(14) SCHMAUSS, § 7; HUGO, § 14; ROSSBACH, §§ 8 ss.; HILDENBRAND, pgs. 250 ss.; STAHL, I, pgs. 21 ss.; AHRENS, I, pgs. 40 ss.; LASSON, pgs. 55 ss.; ÜBERWEG, I, §§ 46 ss. esp. § 52. VOR-

armónico como las de su maestro (15). ARISTÓTELES combate, como es sabido, el predominio de la idea platónica. En su *Política*, libro de grandes proporciones, parte de la concepción del Estado como un producto natural, anterior al individuo y a la familia, que son, según él, sus partes integrantes (16). Y sobre esta concepción construye una doctrina general del Estado (17), con penetrantes observaciones sobre las diversas clases de Estados y sus condiciones, sin olvidar el problema de la organización de un Estado modelo; a esto siguen una serie de reglas de buen sentido sobre política y educación. ARISTÓTELES se ve siempre llevado a la necesidad de encontrar un fin unitario supremo que sirva de pauta para todo *Derecho*. Y siendo el hombre por naturaleza un ser social, la *justicia* es para él un problema que surge del Estado mismo (18).

ARISTÓTELES divide la *justicia* en *distributiva*, por la que es misión del legislador velar, y *conmutativa*, por la que debe velar el juez. La primera sirve de pauta para señalar la participación que corresponde a cada individuo en los bienes exteriores de la vida y en los derechos políticos. Esta distribución se ha de hacer guardando una proporción geométrica, es decir, atendiendo al comportamiento de unos ciudadanos para con otros al adjudicarles su correspondiente participación. Estas relaciones de unos ciudadanos con otros constituyen el *valor* de cada ciudadano, que en cada Esta-

LÄNDER, I, §§ 27 ss.—LUTOWSLAWSKI, *Erhaltung und Übergang der Staatsverfassungen nach Plato, Aristoteles und Macchiavelli*, 1888. R. LOENING, *Die Zurechnungslehre des Aristoteles*, 1903. SZANTO, *Aristoteles*, en *Handwörterb. d. Staatswiss.* (3.^a ed.), I, pgs. 1224 ss.

(15) La obra de ARISTÓTELES que nos interesa aquí en primer lugar es su *Política*, en ocho libros. Texto con trad. por STAHR, 1839. Trad. en la «*Philos. Bibl.*» por ROLFES, 1912. Se debe tener en cuenta, además, la *Ética a Nikomaco*. Texto por SUSEMIHL y APELT (Teubner, ed.); trad. en «*Philos. Bibl.*» por KIRCHMANN, 1876, y por ROLFES, 1911.—MOHL I, 220.

(16) *Pol.*, I, 1, 6 ss. Sigue fielmente las doctrinas de ARISTÓTELES el fundador del Derecho político moderno, BODIN, *Six livres de la république* (1577), I, cap. 1.^o SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts* (1840), I, pgs. 343 s.: «Las familias constituyen los gérmenes del Estado, y las familias y no los individuos son los componentes inmediatos de todo Estado civilizado».

(17) *V. supra*, § 6.

(18) *Pol.*, I, 1, 12.

do se mide y determina con arreglo a su fortuna, a su nacimiento y familia y a su capacidad.

En cuanto a la práctica del Derecho, introduce ARISTÓTELES la distinción entre normas *justas* y arbitrio *equitativo* (19). Las primeras son los artículos que el legislador formula de modo técnico, adoctrinado por sus experiencias y movido por el deseo de dictar preceptos de Derecho justo; en el segundo caso, se reserva el juicio hasta apreciar las circunstancias del caso concreto, aunque naturalmente con la misma aspiración ideal que en el primer caso.

Los esfuerzos por llegar a poner en claro la idea del Derecho son continuados en seguida de modo muy eficaz por los filósofos de la escuela *estoica* (a partir del 314 a. C., aproximadamente) (20). Estos ponen de relieve sobre todo la fundamental contraposición entre lo que es justo según las *normas* establecidas y a tenor de la naturaleza y se preocupan por encontrar la ley suprema a que, con cuanto existe, se halla también sujeta la ordenación del Derecho y el Estado; esta ley es la que los estoicos llaman *la naturaleza*. Vivir con arreglo a la «naturaleza» es el ideal (21). Entre los individuos de su época logra esta escuela gran éxito práctico al predicar la apatía, la libertad de toda pasión humana, la indiferencia ante las pequenezes del mundo exterior. Lo que no sabemos es que hayan llegado a construir una verdadera teoría de sus predicaciones. Es dudoso qué entienden propiamente los estoicos por «naturaleza». La Filosofía del Derecho encuentra aquí ya el germen que más tarde ha de dar lugar a la distinción entre el verdadero Derecho natural (§ 14) y el Derecho racional (§ 15), según que se tome por base «la naturaleza» del hombre o la del Derecho.

Con la decadencia general de la Filosofía griega declina también la teoría del Derecho en estas doctrinas. La doctrina hedonista de EPICURO (341-270) da lugar al vano empeño de construir el sentido y la importancia del Derecho sobre la *utilidad* (22).

(19) *Et. Nic.* V (δικαιοσύνη ἢ ἐπιείκεια).—*V. infra* §§ 127 y 143.

(20) SCHMAUS, § 9; HILDENBRAND, pg. 505 ss.; GEYER, § 6; LASSON, pgs. 67; ÜBERWEG, I, § 58; VORLÄNDER, I, § 38.

(21) De modo análogo los filósofos cínicos, HILDENBRAND, páginas 499 ss; ÜBERWEG, I, § 59.

(22) SCHMAUS, § 11; GEYER, § 6, II; HILDENBRAND, pgs. 514 ss.; LASSON, pgs. 617 ss.; ÜBERWEG, I, §§ 60 ss. esp. § 63; VORLÄNDER, I, § 21.—*V. infra*, § 93 n. 1.

Hasta que con la escuela de los *exépticos* (sobre todo a partir del año 200 a. C.) (23), se eclipsa toda fe en la posibilidad de una verdad y de una justicia (24).

11.—LOS JURISTAS ROMANOS.

En el Imperio romano conquista el Derecho el puesto que le corresponde. A partir de ahora se nos presenta ya como una modalidad perfectamente deslindada de la humana voluntad, con su misión propia bien acentuada. Los romanos, con sus grandes dotes políticas, se sirven hábilmente del Derecho en la gobernación del Estado y en la vida privada. Aun en los últimos tiempos de su grandeza decadente no pierden de vista ni dejan de exteriorizar la frontera formal que separa al *Derecho* del *poder arbitrario* (1); y los juristas romanos son los que ven claramente que el invocar las *bont mores*, la *aequitas*, la *bona fides* y otras expresiones análogas encierra siempre una invocación de normas *juridicas*. Normas *juridicas* especiales, que se caracterizan por el hecho de reflejar en su contenido concreto, de un modo esencial, la misión *fundamental* del Derecho, habiendo de ser *elegidas* en cada caso concreto litigioso en vista de esta su peculiaridad (2).

Lo que no encontramos en los juristas romanos es un análisis del *concepto del Derecho* en sus notas lógicas determinantes, las que le diferencian de otras modalidades de la voluntad (3). Sus observaciones sobre la ley y el Derecho consuetudinario y sobre la necesi-

(23) Especialmente en las doctrinas de CARNEADES (213-129), que una tarde predicaba en Roma las excelencias de la justicia y a la tarde siguiente se esforzaba por demostrar que la justicia era una ficción. LACTANCIO, *Div. instit.* (ed. BRANDT en *Corp. script. eccles. latin.*, XIX, pgs. 444 ss.) V. 14, 3 ss. 16, 1 ss., 17, 9; 14. Cfr. SCHMAUS, § 12.—ZELLER, *Philosophie der Griechen*, 1844 4.^a ed.), III, 1, pgs. 518 ss.; 530 s.; CHRIST. SCHMID, *Gesch. der griech. Literatur* (4.^a ed.), II, 1, 43. HILDENBRAND, § 121; ÜBERWEG, I, § 65, pgs. 493 ss.

(24) HILDENBRAND, pgs. 518 y siguientes; LASSON, pg. 70.—Las doctrinas de los neoplatónicos carecen de importancia para la Filosofía del Derecho. V. sobre esta escuela *infra*, § 11 n. 15.

(1) V. especialmente C. 1. 14. 4. Cfr. *W. R.*, pág. 501.

(2) Cfr. PAPIANIO en D. 22. 1. 5. V. § 7 n. 1; § 94 n. 4.

(3) I, 1. 1 y D. 1. 1: *De justitia et iure*.

sidad de un orden jurídico no pueden satisfacernos plenamente (4).

Los romanos tienen un alto concepto de la misión de quienes se consagran al Derecho, a su enseñanza y a su aplicación. El Derecho es para ellos *el arte de lo bueno y de lo justo*, por el que los que a él se consagran deben velar haciendo de su profesión un *sacerdocio* (5); y es, en verdad, sorprendente su capacidad para encontrar la solución fundamentalmente justa en los litigios de Derecho entre ciudadanos, sobre todo en la llamada era clásica del Derecho romano (siglo II d. C.), que es el período que aquí nos interesa. Con ser grandes sus merecimientos como comentaristas de leyes, no es este el rasgo fundamental característico de los jurisconsultos romanos. Aunque pendientes muchas veces de simples fórmulas procesales, su labor no se reduce a estos problemas de la vida diaria (6). Jamás hubieran conquistado, ni conservarían el lugar innegable y eterno que hoy ocupan en la Historia del progreso humano, si sus talentos científicos sólo se hubiesen empleado en la jurisprudencia técnica. No se puede dudar que son maestros en la elaboración de conceptos jurídicos concretos, ni se puede negar la virtud creadora que ponen en su ordenación sistemática de la masa inmensa y complicada de los fenómenos jurídicos. Pero lo más bello y más grandioso de su obra es su talento para encontrar siempre en los casos dudosos la solución que en la situación litigiosa dicta el *Derecho justo* (7).

(4) D. 1. 3. 32. 1; cfr. I, 1. 2: *De jure naturali et gentium et civili*.

(5) D. 1. 1. 1. pr. y § 1 (*supra*, § 2 n. 1.—§ 91 n. 8.

(6) Véase sobre el *ius* y la *aequitas*, KRÜGER, *Geschichte der Quellen und der Literatur des römischen Rechts* (2.^a ed., 1912), § 17. KIPP, *Geschichte der Quellen des römischen Rechts* (4.^a ed., 1919), § 2.—BEKKER, *Über römische und moderne aequitas*; *Jurist. Woche*, I (1896).

(7) Sobre el valor y la importancia universal del Derecho romano, independientemente de su vigencia práctica, se han escrito comentarios numerosísimos. Contra los ataques desdeñosos de escritores del s. XVIII, como BECCARIA, que habla de los residuos legislativos de un pueblo de conquistadores, se inicia en el s. XIX una corriente de apreciaciones más justas. Sin embargo, las opiniones aparecen aún hoy divididas. GLÜCK, *Pandekten*, I, 79 ss. WINDSCHEID, § 6. JHERING, *Geist des röm. Rechts* (2.^a ed., 1866), I, § 1. STAHL, II, 509 ss.—O. MÜLLER, *Die Stellung der Wissenschaft des römischen Rechts an den deutschen Hochschulen der*

Apenas encontramos, en cambio, en los juristas romanos re-
flexión ni doctrina alguna debidamente desenvuelta sobre la *idea*
del Derecho (8).

CICERÓN (106-43) es el que nos ofrece la exposición más acabada
sobre este problema (9). Con la doctrina de los estoicos toma por
punto de partida «la naturaleza» como ley y distingue del *ius civile*
el *ius naturale*, que ordena dar a cada uno lo suyo y no dañar a
otro. Y al concebir luego, siguiendo a ARISTÓTELES, los orígenes
del Estado como un proceso natural que arranca de la familia,
parece reconocer una cierta predisposición jurídica en la naturaleza
humana.

En las doctrinas de CICERÓN no brilla, ciertamente, la claridad,

Gegenwart, 1852. EXNER, *Die praktische Aufgabe der romanistischen Wissenschaft in Staaten mit kodifiziertem Privatrecht*, 1869. FRANKEN, *Romanisten und Germanisten*, 1882. FRESE, *Das volkserziehliche Grundprinzip der römischen Rechtsbildung und die Bedeutung derselben für den Begriff und Zweck des Rechtes*, 1901. LEONHARD, *Stimmen des Auslands über die Zukunft der Rechtswissenschaft*, 1906. SCHOLTEN, *De waarde van het romeinsche Recht*, Zwolle, 1907. T. R., pgs. 164.—Un ejemplo instructivo de la posición actual adoptada frente al Derecho romano nos lo ofrece KÜBLER, *Das Utilitätsprinzip bei der Vertragshaftung im klassischen römischen Recht*, Tir. aparte de «*Festgabe für Gierke*», 1910. EL MISMO., en *Zeitschr. für Rechtsgeschichte (Rom. Abt.)*, 38, pgs. 73 ss

(8) Los romanos de la época de la República se resisten contra las influencias de la Filosofía griega. Por iniciativa de Catón el Viejo se dictaron varios senadoconsultos prohibiendo a los retores griegos residir en Roma. Fué empeño vano y fracasado. La embajada enviada por Atenas a Roma en el año 155 a. C. para dirimir el conflicto con la ciudad de Dropos, en la Beocia, tiene una gran importancia en la historia de la difusión del espíritu griego. Formaban parte de aquella embajada el peripatético KRITOLAOS, el estoico DIÓGENES y el académico KARNEADES (§ 10 n. 23). A partir de entonces no se interrumpe la marcha triunfal de los pensadores griegos a través del Imperio romano.—PLUTARCO, *Catón*, c. 22 s.—SCHANZ, *Geschichte der römischen Literatur*, I, 1 (1909), pgs. 242 s. CICHORINO, *Untersuchungen zu Lucilius*, 1908, pgs. 46 ss.

(9) SCHMAUS, § 10; ROSSBACH, §§ 17 s., 37 s.; HILDENBRAND, pgs. 537 ss.; GEYER, § 7, I; AHRENS, I, pgs. 46; LASSON, páginas 71 s.; ÜBERWES, I, pgs. 496 ss.; VORLÄNDER, I, § 45.—MOHL, I, pgs. 221 y 223.

porque como muchas veces se le ha reprochado con razón, no valió nunca en mezclar eclécticamente en sus argumentos las opiniones de diferentes filósofos griegos.

Los juristas de la época imperial siguen admitiendo un *ius naturale* (10), al que adscriben aquellas instituciones jurídicas que aparecen idénticamente en todos los pueblos (11), y que, por tanto, se derivan de un fondo natural común a los hombres-todos (12). Pero esta concepción no aparece desenvuelta teóricamente en las fuentes romanas ni tiene tampoco importancia notable en sus aplicaciones a la práctica del Derecho (13).

La desaparición de la Filosofía antigua de los horizontes del Imperio romano es de todo punto indiferente para nuestros problemas filosófico-jurídicos (14). La escuela *neo-platónica* no se ocupa para nada de estos problemas (15).

(10) V. las citas en KIPP, *op. cit.*, pgs. 6 y 7.

(11) También las suelen llamar *ius gentium*, como suma y compendio del Derecho, *quod peraeque apud omnes gentes custoditur*. Pero esta expresión de «Derecho de gentes» alude también al Derecho que rige las relaciones entre los *cives* y los *peregrini*, que entre sí vivían bajo su Derecho civil privativo; el *ius gentium* así entendido era esencialmente obra de los Edictos del *praetor peregrinus*. De este Derecho peculiar pasaban luego no pocas normas e instituciones al Derecho específico de los romanos. I, 1. 2: *De iure naturali et gentium et civili*.

(12) Una opinión particular es la que sustenta ULPIANO en D. 1. 1. 1. 3.

(13) SCHMAUSS, § 9, pgs. 39 ss.; HUGO, §§ 15 y 16; HILDENBRAND, pgs. 593 ss.; GEYER, § 7, II; ZÖPFL, pgs. 13 ss.; AHRENS, I, pgs. 73 ss.; STAHL, I, pgs. 47 ss.; VORLÄNDER, I, § 46.—Los mismos juristas romanos se remiten a las doctrinas de la filosofía estoica en D. 1. 3. 2, y a PLATÓN en D. 50. 11. 1.—REITZENSTEIN, *Werden und Wesen der Humanität im Altertum*, 1907.

(14) JUSTINIANO llegó a prohibir, en 529, que nadie enseñase Filosofía en Atenas; HILDENBRAND, § 156. ÜBERWEG, I, pg. 659. KRÜGER, *op. cit.* (en n. 6), § 47 n. 8.—En I, 1. 2. 11 este mismo emperador explica el Derecho natural, idéntico en todos los pueblos, como producto de la *divina quaedam providentia*. Cfr. GÖSCHEL, *Hand- und Hilfsakten eines Juristen*, II (1835), pgs. 16 y 477.

(15) HILDENBRAND, pgs. 634 ss. VORLÄNDER, I, §§ 47 ss. ÜBERWEG, I, §§ 78 ss.

12.—LA TEORÍA DEL ESTADO EN LA EDAD MEDIA.

Es indudable que en el vasto espacio de tiempo a que usualmente llamamos *Edad Media*, nuestros antepasados llevaron una rica y compleja vida espiritual (1). Pero no es menos verdad que todas las manifestaciones de la existencia y de la conducta de los hombres que viven en esta época, toda su actividad agitada y multiforme, sus diversas modalidades de dominación y su anhelo de poder, todas sus luchas y sus desasosiegos, todo respondía a un pensamiento único: el de contribuir a realizar la voluntad divina conforme a los preceptos de la religión cristiana (2).

A esta idea suprema tenían que someterse también, naturalmente, el Derecho y el Estado. No existía una teoría independiente sobre la *idea de la justicia*, que se identificaba con los preceptos divinos transmitidos por la Biblia y por las demás fuentes de la doctrina eclesiástica. No faltan, sin embargo, investigaciones sistemáticas y penetrantes sobre el problema, así concebido, y son varias las teorías que se destacan como más importantes (3).

(1) STÖCKL, *Geschichte der Philosophie des Mittelalters*, 3 vols., 1864 ss. ENDRES, *Geschichte der mittelalterlichen Philosophie im christlichen Abendlande*; EL MISMO; *Honorius Augustodunensis, Beitrag zur Geschichte des geistigen Lebens im 12. Jahrhundert*, 1906. DE WULF, *Geschichte der mittelalterlichen Philosophie* (trad. por EISLER, 1913). VERWEYEN, *Die Philosophie des Mittelalters*, 1921.—SCHILLING, *Naturrecht und Staat nach der Lehre der alten Kirche*, 1914.—MOHL, 1, pgs. 244 ss.

(2) EICKEN, *Geschichte und System der mittelalterlichen Weltanschauung* (3.^a ed.), 1917. NATORP, *Die Weltalter des Geistes*, 1918 (esp. pgs. 109 ss.).—BERNHEIM, *Mittelalterliche Zeitanschauungen in ihrem Einflusse auf Politik und Geschichtsschreibung*. SCHOLZ, *Die Publizistik zur Zeit Philipps des Schönen. Ein Beitrag zur Geschichte der politischen Anschauungen des Mittelalters*, 1903.—GRABMANN, *Der Gegenwartswert der geschichtlichen Erforschung der mittelalterlichen Philosophie*, 1913. V. también F. I. SCHMIDT, en «*Neue Zeit*», 38, 1, pg. 553.

(3) LAÇTANCIO, *Inst. div.* (v. SCHMAUSS, pgs. 73 ss., y ROSSBACH, § 58). Sobre SAN AMBROSIO, *De officiis*, v. SCHMAUSS, pgs. 79 ss., y ROSSBACH, § 59. AHRENS, 1, pgs. 60 ss. J. HUBER, *Die Philosophie der Kirchenväter*, 1859, pgs. 304 ss.

SAN AGUSTÍN (354-430) desenvuelve este orden de ideas, viéndolo en el «Estado divino» (*civitas Dei*), o sea la Iglesia católica organizada, una entidad antepuesta jerárquicamente al Estado de los hombres (la *civitas terrena*) (4). Con lo cual introduce un perfecto dualismo en el contenido de la voluntad humana y todos sus deberes (5). Misión del Estado secular es velar por el cumplimiento de los deberes de menor importancia que afectan exclusivamente a la vida terrena; cuanto interesa a la salvación del alma del cristiano compete, por el contrario, a las leyes de la Iglesia. Y hallándose todas las instituciones humanas subordinadas por entero a la ley divina, claro que una de las primeras atribuciones del Estado es tomar a su cargo la defensa de la Iglesia contra posibles ataques y dar ejecución a sus órdenes (6).

Después de algunos desenvolvimientos de otros autores (7), la teoría medioeval del Estado adquiere su consagración definitiva en el sistema del gran escolástico SANTO TOMÁS DE AQUINO († 1274) (8). Este distingue un Derecho *positivo* y un Derecho *natural*. El primero es producto de la voluntad humana y difiere en cada pueblo. El Derecho natural, por el contrario, sólo puede ser emanación de la *ley natural* universal, que a su vez es la eterna ley grabada por Dios en el hombre. Y esta *ley eterna* representa la

(4) AUGUSTINI *De civitate Dei libri XXII* (trad. SCHRÖDER, 1914, 3 vols.).—UEBERWEG, II, pgs. 149 ss. VERWEYEN (n. 1), pgs. 22 ss. HERMELINK, *Die civitas terrena bei Augustin*, en «*Festg. für Harnack*» (1921).

(5) STANGE, *Luther und das sittliche Ideal*, 1909, cap. 2.^o. *Der Dualismus der mittelalterlichen Weltanschauung*.

(6) SCHMAUSS, pgs. 88 ss.; ROSSBACH, §§ 48, 62 ss.; STAHL, I, pgs. 50 ss.; GEYER, pg. 25; AHRENS, I, pgs. 64 ss.; VORLÄNDER, I, § 56.—NATORP (v. n. 2), pgs. 18 ss.

(7) PETRUS LOMBARDUS († 1164) *Sententiarum libri IV*. Véase SCHMAUSS, pg. 98.—VORLÄNDER, I, § 62 n.º 2.

(8) SCHMAUSS, pgs. 100-147; ROSSBACH, §§ 48 y 68 ss.; STAHL, I, pgs. 56 ss.; GEYER, pgs. 25 ss.; LASSON, pgs. 79 ss.; ÜBERWEG, II, § 39; VORLÄNDER, I, § 65.—BAUMANN, *Die Staatslehre d. h. Thomas v. Aquino*, 1873. (Apend. publ. en 1909). KOLB, *Kurzer Abriss der Tugendlehre nach Thomas v. Aquino*, 1918.—BONUCCI, *La derogabilità del diritto naturale nella scolastica*. Perugia, 1906. VERWEYEN, *Das problem der Willensfreiheit in der Scholastik*, 1909. EL MISMO (v. n. 1) pgs. 237 ss. y 263 ss. KUHLMANN, *Der Gesezsbegriff bei dem heil. Thomas*

voluntad divina en su perfección suma, de la que el hombre participa por las dotes de la razón con que el mismo Dios le ha adornado. Lo imperfecto de la naturaleza humana impide que esta llama divina de la razón luzca con todo su esplendor en nuestro espíritu. Pero esta voluntad racional que de Dios tenemos es la pauta suprema para juzgar de la legitimidad intrínseca de nuestras intenciones y de nuestros actos, y a esta norma se hallan también sometidas, con todo lo humano, las creaciones del Estado y del Derecho. Así, reconoce SANTO TOMÁS una serie de instituciones fundamentales que entran, según él, en los ámbitos del Derecho natural, y que como tales tienen un valor eterno e imperecedero (9).

Aparte de estas investigaciones, la Edad Media tiene una cierta significación para la Filosofía del Derecho, en otro sentido (10): el que se refiere a la implantación del Derecho vigente en esta época con el régimen del feudalismo (11).

Según las concepciones de este régimen jurídico, Dios envió a

v. Aquino im Lichte des Rechtsstudiums seiner Zeit, 1912. SCHILLING, *Der vermittelnde Charakter der thomistischen Staatslehre*, en «Festg. für Knöpfler», 1917, pgs. 290 ss. GRABMANN, *Thomas v. Aquin. Eine Einführung in seine Persönlichkeit und Gedankenwelt* (3.^a ed., 1917).—BRANDT, *Ueber die Strafrechtsphilosophie des Thomas v. Aquino*, en *Zeitschr. für vergl. Recht*, 18, pgs. 76 ss.

(9) Sobre la teoría del Derecho en otros escolásticos contemporáneos de SANTO TOMÁS (especialmente SAN BUENAVENTURA, † 1274 y DUNS SCOT, † 1308), v. SCHMAUSS, pgs. 147 ss. Sobre algunos otros autores posteriores de la misma escuela: SCHMAUSS, § 29; ROSSBACH, §§ 72 ss.; GEYER, pg. 27 s. SCHREIBER, *Die volkswirtschaftlichen Anschauungen der Scholastik seit Thomas von Aquino*, 1913 (rec. AUBIN, en *Zeitsch. f. Rechtsphil.*, II, pgs. 270 ss.)

(10) Ocupa una posición especial para nuestros estudios el DANTE (1265-1321). V. su obra sobre la Monarquía (trad. por HUBATSCH). STAHL, I, pgs. 62 ss. E. CASSIRER, *Natur. und Völkerrecht im Lichte der Geschichte und der systemat. Philosophie*, 1919, pgs. 61 ss. VERWEYEN, op. cit. (n. 1), pgs. 271.—KOSTANECKI, *Dantes Philosophie des Eigentums*, en «Arch. für Rechtsphilos.», IV, pgs. 35 ss.; 243 ss.; 422 ss.

(11) V. sobre las fuentes del feudalismo: GERBER, *Deutsches Privatrecht*, §§ 103 ss.; SCHRÖDER, especialm. §§ 24, 40 y 57; HÜBNER, *Grundzüge des deutschen Privatrechts* (2.^a ed., 1913), pgs. 297 ss.; SCHWERIN, *Deutsche Rechtsgeschichte* (2.^a ed., 1915), pgs. 90 ss.; BRUNNER, §§ 20, 25, 34, 36 y 39.

la tierra, con el brazo espiritual de la Iglesia, una espada secular para amparar a la Cristiandad. Puso esta espada en manos del emperador; directamente, según unos, y según otros, por mediación del Papa, como representante de Dios en la silla de San Pedro (12). El emperador enfeudó, a su vez, la espada a los grandes del reino, éstos a los vasallos, los vasallos, por su parte, a sus siervos, y así hasta el último grado de la jerarquía, unidos todos—el señor, los vasallos y el feudo—por los lazos de la fidelidad (14). La fidelidad era la piedra angular del Estado medioeval y sobrevivió a la Edad Media, manteniéndose durante unos mil años y perdurando en el fondo hasta finar el antiguo Imperio germánico (15).

Sería muy interesante ver cómo pueden conciliarse entre sí estos dos órdenes de ideas: *Estado divino y régimen feudal*.

El examen de este problema histórico nos enseña que entre uno y otro régimen no existe una verdadera contradicción intrínseca. El feudalismo pretende basarse también en preceptos divinos, y se presenta, a su modo, como derivación del *ius naturale*, sin resignarse a ser una simple institución humana. Y, en efecto, las instituciones jurídicas que servían de base al feudalismo, y que eran principalmente la propiedad y la fidelidad contractual, habían sido clasificadas entre las de Derecho natural por la doctrina eclesiástica. Y su postulado fundamental, el sacrificio leal hasta el último extremo, se armonizaba perfectamente con los deberes morales del cristianismo (16).

(12) Esp. de Saj. I, 1; III, 63, § 1.—BLUNTSCHLI, pgs. 9 ss.

(14) W. STAMMLER, *Geschichte der niederdeutschen Literatur*, 1920, pgs. 9 s. EICKEN (n. 2) especialm., pgs. 223 ss. FREYTAG, *Bilder aus der deutschen Vergangenheit*, t. 2.^o G. MÜLLER, *Das Recht in Goethes Faust*, 1912, pgs. 100, 110 ss. y 199. VEDEL, *Ritterromantik*, 1911; HEIL, *Die deutschen Städte und Bürger im Mittelalter*, 1906; GERDER, *Geschichte des deutschen Bauernstandes*, 1910.—Sobre el delito feudal de felonía en un caso litigioso moderno, v. *Deutsche Jur. Zeitung*, t. 22, pg. 743.

(15) SCHLOSSER, *Briefe über die Gesetzgebung*, 1789, páginas 14 ss. TOCQUEVILLE, *L'ancien régime et la révolution* (2.^a ed.), 1856, esp. I, 5, y II, 1.—SANDER, *Feudalstaat und bürgerliche Verfassung*, 1906.

(16) V. también FEHR, *Die Staatsauffassung Eikes von Reggau*, 1916, en *Zeitschr. f. Rechtsgesch. (Germanist. Abt.)*. V. I ss.; esp. pgs. 67, 79, 91 ss. y 108 ss.

Ambos sistemas podían, pues, coincidir sin inconveniente y completarse en la mejor armonía, puesto que descansaban sobre la misma base y sólo diferían por los fines propuestos y por su distinta organización. El feudalismo se proponía como misión esencial la imposición de un determinado orden jurídico, cuya posibilidad conceptual se daba por supuesta, y la institución de diversos derechos y deberes, legitimados ya por las doctrinas de Derecho natural de la Iglesia. Y, por su parte, la Iglesia penetraba con sus investigaciones en el *fin supremo* de todo Derecho y facilitaba el modo de localizar el orden jurídico así orientado dentro de una concepción universal y absoluta (17).

13.—CONCEPTO DEL DERECHO EN LA ÉPOCA DE TRANSICIÓN.

En la era de la Reforma se prepara la moderna concepción del Derecho como una manifestación especial de la voluntad humana, aunque reconociendo que con él se persigue una misión divina (1). Ciertamente que tanto los teólogos (2), como los juristas (3) siguen

(17) Todo el campo doctrinal de la Edad Media ofrece interesantísimas materias de estudio. Un terreno que se halla casi por entero sin cultivar, por lo que se refiere a la Filosofía del Derecho, es el Derecho canónico. V. SCHMAUSS, § 17. Poco es lo que encontramos en THIKÖTTER, *Die metaphysische Grundlage des hierarch.-jesuitischen Systems*, 1891. TROELTSCH, *Die Sozialphilosophie des Christentums*, en *Jahrb. des freien dtsh. Hochstifts*, 1911, pgs. 31 ss. Una buena introducción para el estudio del nuevo Código de la Iglesia católica es el libro de STUTZ, *Der Geist des Codex iuris canonici*, 1918.—HUGELMANN, *Die deutsche Königswahl im Corpus iuris canonici*, en «*Gierkes Untersuchungen*», cuad. 98, 1909. HOHENLOHE, *Beiträge zum Einfluss des kanon. Rechts im Strafrecht und Prozessrecht*, 1919.—Cfr. § 52 n. 1.

(1) STAHL, I, pgs. 74 ss. AHRENS, I, § 13 s. UBERWEG, III, § 8.

(2) Sobre Melancthon véase SCHMAUSS, pgs. 173 ss.; HINRICHS, I, 11 ss.; STAHL, I, pg. 75; BLUNTSCHLI, pg. 72; STINTZING, I, pgs. 99 ss. y 283 ss.—Sobre Zwingli v. BLUNTSCHLI, pgs. 73 ss. KREUTZER, *Zwingli's Lehre von der Obrigkeit*, 1909. DRESKE, *Zwingli und das Naturrecht* (Mem. doct. de la Univ. de Halle, 1911). MEYER, *Zwingli's Soziallehren* (Mem. doct. de la Univ. de Zurich, 1921).—Sobre Calvino v. BLUNTSCHLI, pg. 75; ANEMA, *Calvinisme en rechtswetenschap*, Amsterdam, 1897.

(3) OLDENDORP, (1480-1561), HEMMING (1513-1600), WINK-

haciendo hincapié, como sus antecesores, en el *ius naturale*, en el cual ven asimismo la ley impresa por Dios en el corazón del hombre; y tratan de los deberes que esta ley natural impone, en el mismo orden y del mismo modo que de los preceptos del Decálogo. Pero, no obstante esto, no pueden por menos de reconocer al Derecho, que pretenden encauzar en el sentido de aquella ley suprema, un puesto aparte e independiente, una propia peculiaridad que, razonando consecuentemente, debieron dilucidar en su *concepto* y en su *idea* (4). Esta posición independiente del *concepto del Derecho* se impone enérgicamente, aunque no de un modo claro y reflexivo, en los esfuerzos cada vez más decididos que se han consagrado al estudio del Derecho romano y canónico, y en parte en las luchas contra ellos, sobre todo contra este último (5). Lo que no admite duda es la subordinación del orden jurídico, construido por los hombres y obra del mundo, a los dictados de la ley divina, como la perfección suma que todo lo domina y en la que todo se resume (6).

Claro que esta época no nos ofrece todavía un análisis crítico acabado del *concepto del Derecho* que lo diferencie de otras manifestaciones de la voluntad humana; el límite que lo separa del poder *arbitrario* apenas trasciende, en este período, del campo de la política práctica (7), y sigue también sin definir su distinción de la *moral* y de los simples *usos*.

Más seriamente se preocupa esta época del problema de la necesidad de un orden jurídico, que, con plena conciencia de su significación, se resuelve en un sentido afirmativo (8). Es innegable, en este

LER (1579-1648). Véase SCHMAUSS, pgs. 178 ss.; WARNKÖNIG, pg. 34; ROSSBACH, §§ 81 ss.; HINRICHS, I, 19 ss.; STAHL, I, pg. 76; GEYER, pgs. 29 ss.; STINTZING, I, pgs. 311 ss.,

(4) VON DER BLEEK, *Die protestantische Staatsidee*, 1919. KAPTAN, *Das Verhältnis der lutherischen Kirche zur sozialen Frage*, 1899. TROELTSCH, *Die Bedeutung des Protestantismus für die Entstehung der modernen Welt*, 1906.

(5) STINTZING, I, pgs. 273 ss.

(6) V. también IHRINGER, *Der Schuldbegriff bei den Mystikern der Reformationszeit*, Bern, 1918.

(7) Tal, por ej., en los escritos de LUTERO con ocasión de las luchas civiles de los campesinos sobre la usura y sobre las cajas comunes. V. HOLL, *Luther und das landesherrliche Kirchenregiment*, 1911; EL MISMO, *Luther und das mittelalterliche Zunftverfassung*, en *Mitteilungen der Luther-Gesellschaft*, 1919, pg. 22.

(8) LUTHER, *Von weltlicher Obrigkeit, wie weit man ihr*

respecto, el influjo de la Epístola a los Romanos (cap. 13). Sin embargo, la nueva concepción que se conquista al reconocerle de este modo al Derecho una misión propia, le rebaja en cierto sentido de categoría. LUTERO pone de manifiesto en varios lugares, como base de su razonamiento, que sin el Derecho los hombres malos harían pesar sobre los buenos su perversidad (9).

Y el mismo LUTERO es quien en distintas ocasiones proclama la necesidad de un principio fundamental de justicia como norma de todo Derecho (10). Todavía en los últimos días de su vida, tuvo motivos sobrados para convencerse de la necesidad de poseer un método seguro para poder decidir todo litigio pendiente con arreglo a un criterio de equidad. No llegó, sin embargo, a llevar a feliz término la investigación sistemática que deseaba (11).

14.—EL DERECHO NATURAL.

Desde principios del siglo XVIII el problema de la Filosofía del Derecho, tal como queda precisado (§ 9) va ganando terreno, cada vez más abiertamente (1). La larga guerra y los tiempos difíciles

Gehorsam schuldig sei, 1523; *Ob Kriegsleute auch in seligem Stande sein können*, 1526.

(9) V. especialm. las Pláticas de sobremesa. Cfr. *RR.*, página pg. 222.—V. también § 102 n. 2, § 108 n. 5 y § 180 n. 3.

(10) WARD, *Darstellung und Würdigung der Ansichten Luthers von dem Staate und seinen wirtschaftlichen Aufgaben*, 1898.—HOLL, *Luther als Erneuerer des christlichen Gemeinschaftsgedankens*, en *Deutsch-evangelische Monatsblätter*, 8, pgs. 241 ss.—STANGE, *Die ältesten ethischen Disputationen Luthers*, 1904 (v. *supra*, § 12 n. 5).—HINRICHS, I, pgs. 6 ss.; STAHL, I, pg. 79; BLUNTSCHLI, pgs. 57 ss.

(11) STAMMLER, *Luther im Schiedsgericht der Grafen von Mansfeld*, en «*Was Luther uns heute noch ist*» (1917), páginas 129 ss.—*RR.*, pgs. 103 y 307 ss.

(1) Sobre los predecesores de esta nueva época v. WARNKÖNIG, § 17; KALTERNBORN, *Die Vorläufer des Hugo Grotius*, 1848; F. VORLÄNDER, pgs. 83 ss.; STAHL, I, pgs. 82 ss.; AHRENS, I, § 15; LUSSON, pgs. 84 ss.; BLUNTSCHLI, pgs. 76 ss.; FRANCH, *Réformateurs et publicistes de l'Europe XVII siècle*, París, 1881, pgs. 13 ss.; GIERKE, *Althusius* (v. § 107 n. 1); CASSIRER (v. § 12 n. 10), pgs. 69 ss. VORLÄNDER, I: Período de transición, § 6.—*Verhandlungen des ersten Sociologentages*, 1910, pgs. 166 ss.:

por que atraviesa el mundo en esta época hacen nacer una serie de dudas de carácter práctico que no era posible resolver mediante las simples normas del Derecho positivo (2); el robustecimiento de los poderes del Estado, que en este período se mostraba de modo bien patente a los ojos de todos, tenía por fuerza que dar lugar a profundas reflexiones. Eran tres las cuestiones principales que se planteaban: ¿qué significa el concepto del *Derecho* en relación con el del *poder* y el de la *moral*?; ¿cómo demostrar *de un modo absoluto* la legitimidad de su fuerza imperativa?, y, finalmente, ¿con arreglo a qué criterio se podrá *juzgar y justificar* fundamentalmente lo que dispone un precepto jurídico? Y los espíritus, preocupados por estos tres problemas, pretendían encontrar *una fórmula única* para resolverlos todos tres a un tiempo (3).

Esta pretensión es la que hasta hoy sigue caracterizando a todas las doctrinas de Filosofía del Derecho, fuera de las que aquí adoptamos. La pauta a que acuden los autores de esta época a que nos referimos es *la naturaleza humana*. Pero la palabra «naturaleza» no se emplea ya aludiendo a la *ley suprema* que ha de regir el Derecho, sino de un modo más inmediato, para expresar aquella clase de deseos y aspiraciones que se creen comunes al género humano. Lo que se halle en armonía con ella es lo que debe tenerse por Derecho, y por Derecho fundamentalmente legítimo en su modo concreto de manifestarse (4).

Durante unos cien años, los filósofos del Derecho se consagran con el mayor interés a investigar cuál es y en qué consiste la verdadera *naturaleza humana* que ha de servir de base a estas doctrinas.

El famoso holandés HUGO GROCIO (1583-1645) afirma que lo

TROELTSCH, *Das stoische-christliche Naturrecht und das moderne profane Naturrecht*.

(2) Véase también sobre esto *infra*, § 50.—GIERKE, *Naturrecht und deutsches Recht*, 1883. FRANK, *Naturrecht, geschichtliches Recht und soziales Recht*, 1891.

(3) No se veía, pues, la contraposición fundamental entre el *concepto* y la *idea* (§ 82), ni se veía tampoco que la solución del segundo problema era condición previa indispensable para poder resolver el tercero (§ 107). *RR.* pgs. 111 ss.

(4) V. sobre una cuestión más concreta: STERNBERG, *Die Begünstigung bei den Naturrechtslehren*. (Tesis doct. de la Univ. de Berlín, 1899.) Cfr. § 153.

esencial de la naturaleza humana—y lo que a la vez distingue al hombre de las demás criaturas—es el *appetitus societatis*, entendiendo por él la tendencia del hombre a convivir pacíficamente y bajo reglas sensatas con sus semejantes (5). El inglés HOBBS (1688-1679), en cambio, ve el rasgo más saliente de la naturaleza humana en el miedo que unos hombres tienen a los otros; hasta tal punto que si se prescindiese de toda sociedad jurídicamente organizada, tendría que estallar necesariamente—piensa este autor—una guerra de todos contra todos (6).

Entre los partidarios alemanes del Derecho natural de esta época, que se ponen al frente del movimiento filosófico-jurídico, hay también disparidad de pareceres. Para PUFENDORF (1632-1694), el estado de naturaleza del hombre, abandonado a sus propias fuerzas, es la debilidad y el desamparo (*imbecillitas*), de donde se sigue—según él—la ley suprema, mediante la observación racional de la naturaleza humana (7). THOMASIIUS (1655-1728), en cambio, piensa que la aspira-

(5) SCHMAUSS, §§ 21 y 22. WARNKÖNIG, § 28. ROSSBACH, pgs. 120 ss. HINRICHS, I, pgs. 60 ss. STAHL, I, pgs. 163 ss. GEYER, pgs. 30 ss. AHRENS, I, pgs. 93 ss. ZÖPFL, pgs. 16 s. STINTZING, III, pgs. 1 ss. LASSON, pgs. 87 s. BLUNTSCHLI, pgs. 89 ss. FRANCK, *op. cit.* (v. n. 1), pgs. 253 ss. CASSIRER, *op. cit.* (§ 12 n. 10), pgs. 96 ss.—CATHREIN, *Ist Grotius der Begründer des Naturrechts?*, en *Arch. für Rechtsphilos.*, IV, pgs. 387 ss.

(6) SCHMAUSS, pgs. 226 ss. WARNKÖNIG, pgs. 45 ss. ROSSBACH, § 118. HINRICHS, I, pgs. 140 ss. STAHL, I, pgs. 175 ss. F. VORLÄNDER, pgs. 352 ss. GEYER, pgs. 33 ss. AHRENS, pgs. 98 ss. ZÖPFL, pgs. 17 ss. STINTZING, III, pg. 9. LASSON, pgs. 88 ss. BLUNTSCHLI, pgs. 119 ss. FRANCK, *op. cit.* (n. 1), pgs. 367 ss. ÜBERWEG, III, § 14. VORLÄNDER, II, §§ 5 ss. VAL. MEYER, *Thomas Hobbes. Darstellung und Kritik seiner philosophischen, staatsrechtlichen und kirchenrechtlichen Lehren*, 1884. TÖNNIES, *Hobbes, der Mann und der Denker* (2.^a ed.), 1912. EL MISMO, *Hobbes Naturrecht*, en «*Arch. für Rechtsphilos.*», IV, páginas 395 ss. CASSIRER, *op. cit.* (§ 12 n. 10), pgs. 138 ss. LOUIS, *Ueber den Individualismus bei Hobbes*. (Tesis doct., Halle, 1891).—FEUERBACH, *Anti-Hobbes*, 1798 (v. § 48 n. 6, y § 144).

(7) SCHMAUSS, pgs. 256 ss.; WARNKÖNIG, pgs. 54 ss.; ROSSBACH, §§ 127 ss.; HINRICHS, III, pgs. 122 ss.; STAHL, I, pgs. 183 ss.; GEYER, pgs. 37 s.; AHRENS, I, pgs. 101 ss.; STINTZING, III, pgs. 11 ss. y 333 ss.; FRANCK, *op. cit.* (n. 1), pgs. 333 ss.; BLUNTSCHLI, pgs. 136 ss.; LASSON, pgs. 91 ss.; CASSIRER, *op. cit.*, (§ 12 n. 10), pgs. 154 ss.

ción natural del hombre es la de vivir felizmente y durante el mayor tiempo posible. A la misión del Derecho, que es la de favorecer esta tendencia, se le imponen tres clases de preceptos racionales: a) *honestum*, la honestidad, que consiste en tratar a los demás como ellos mismos se tratan; b) *decorum*, el decoro, que es el tratar a los demás como queramos que ellos nos traten a nosotros, y c) *iustum*, la equidad, no hacer a otros lo que no nos deban hacer a nosotros mismos. A la primera clase de preceptos da THOMASIIUS el nombre de *ética*: son éstas las normas que rigen la vida interior y que nos proporcionan el más alto bien; la segunda recibe el nombre de *política*, y es el bien intermedio, pues si nos procura goces, ciertamente no penetra en el mundo de las intenciones, y la tercera, finalmente, la constituye el *Derecho natural*, que nos depara el bien menor, aunque contiene el mal más grave, poniendo diques a la hostilidad entre los hombres. Como se ve, esta doctrina representa ya un esfuerzo notable para dilucidar el *concepto del Derecho* y distinguirlo especialmente del de la *moral* (8). THOMASIIUS no encontró, sin embargo, un continuador inmediato que llevase a verdadero término sus doctrinas (9). Por otra parte, fracasado el empeño de determinar la «naturaleza humana» como una fórmula general, va pasando a segundo término esta vana aspiración (10), aunque sin llegar a desaparecer por entero hasta hoy día (11).

(8) SCHMAUSS, pgs. 273 ss.; WARNKÖNIG, pgs. 54 ss.; ROSSBACH, §§ 127 ss.; HINRICHS, III, pgs. 122 ss.; STAHL, I, pgs. 183 ss.; GEYER, pgs. 37 s.; AHRENS, § 18; ZÖPFL, pg. 22; STINTZING, III, pgs. 71 ss.; FRANCK, *op. cit.* (n. 1), pgs. 344 ss.; BLUNTSCHLI, pgs. 215 ss.; AHRENS, I, pg. 94.—NICOLADONI, *Chr. Thomasius. Ein Beitrag zur Geschichte der Aufklärung*, 1888. LANDSBERG, *Zur Biographie des Chr. Thomasius (Bonner Festschrift, 1894)*. KRAHMER, *Ein Colleg bei Chr. Thomasius*, 1905.

(9) Sobre el Derecho natural en Pufendorf y Thomasius v. SCHMAUSS, pgs. 296 ss.; WARNKÖNIG, pgs. 59-62; ROSSBACH, §§ 131 s.; HINRICHS, III, pgs. 305-356; Chr. STINTZING, III, páginas 112 ss.

(10) Es también curiosa la tentativa de CHARLES FOURIER de cimentar una utopía socialista sobre un análisis de la psicología humana.—V. *Handwört. der Staatswissensch.* (3.^a ed.) s. v. FOURIER, IV, pgs. 441; cfr. también LOR. STEIN, *Der Sozialismus und Kommunismus des heutigen Frankreichs* (2.^a ed., 1848), páginas 299 ss.

(11) V., por ej., SCHAFFER, *Die Unvereinbarkeit des soziali-*

La pretensión de descubrir una «naturaleza humana» universal y absoluta, como fórmula que nos sirva de ley fundamental para la ordenación de todas las sociedades, no podía salvarse del fracaso (12). Basta ahondar un poco en este modo de pensar, para ver que por debajo de los innumerables impulsos, caracteres y cualidades que distinguen a unos hombres de otros en la realidad, sólo queda por cualidad única común a todos la condición de hombre como *sér natural*. Sér natural lo es todo hombre al nacer. Ahora que, si nos empeñamos en tomar esta cualidad por criterio de apreciación, podremos, sin duda, descubrir una cierta identidad de la especie humana en cuanto a las funciones *corporales*, pero jamás llegaremos a encontrar el criterio que nos sirva para juzgar de la legitimidad de los *finés* humanos.

Mal podremos sacar de la vida *natural* de los instintos el criterio unitario para ver cuando una voluntad es fundamental justa. Se trata de poner orden en el *contenido* de las aspiraciones humanas, y éstas son, claro está, producto de un proceso natural. Si nos fijamos sólo en sus orígenes, no veremos más que una trama intrincada y confusa. Y toda regla general que podamos establecer en punto a sus manifestaciones dentro de la realidad, procediendo por comparación, se hallará siempre expuesta a salvedades y excepciones, y dejará lugar a tantas otras posibilidades de coincidencia, que no dará base para erigirla en *ley suprema y absoluta*. El mismo «amor propio», de que tanto se habla, varía en carácter y en intensidad con cada individuo. No es, pues, en el modo concreto de manifestarse en la realidad la voluntad humana donde puede residir el criterio de unidad que nos sirva para juzgar siempre de manera idéntica el contenido infinitamente vario de los actos volitivos, y para decidir con arreglo a principios de su *legitimidad*, aunque la tal voluntad se revele siempre con relativa igualdad en una determinada situación y por parte de individuos determinados. Este criterio de unidad, base de nuestros juicios, sólo puede consistir en un *deber*, es decir, en una ley suprema ideal (13).

stischen Zukunftsstaates mit der menschlichen Natur (2.^a ed., 1890). Cfr. *W. R.*, § 32 n. 117 ss.

(12) Sobre algunos adversarios del Derecho natural, v. HAYMANN, *Rousseaus Sozialphilosophie*, 1898, pgs. 343 ss., 351, 384 ss.—STAHL, I, pgs. 111 ss.

(13) V. § 80, especialm. n. 8.—DEL VECCHIO, *Il concetto della*

15.—EL DERECHO RACIONAL.

Representa un progreso para la solución de los problemas que tocan a la Filosofía del Derecho el que desde la era del racionalismo se investigue la posibilidad de un *Derecho natural*, basado, no tanto en la «naturaleza» humana, como en la «naturaleza» *del Derecho* mismo. Pues esto obliga a los investigadores a preguntarse cuál es el sentido y la importancia *del Derecho* y su verdadera noción y su fin último (1). El concepto y la idea del Derecho se interpretan ahora como dictados por la *razón*, a la cual deben ajustarse en sus manifestaciones positivas (2).

El movimiento se inicia bajo la égida del dogmatismo filosófico de la época (3). CHRISTIAN WOLF (1679-1754) pretende hacer pasar sus currencias personales por «pensamientos de la razón». Su principio es el de que cada hombre debe proceder siempre de modo que

natura e il principio del Diritto, Turín, 1908. El autor reconoce que es, en efecto, imposible deducir un Derecho natural de la naturaleza humana empírica, pero cree que sí se puede deducir de la naturaleza humana inteligible (§ 50 n. 2).—V. también NATORP, *Herbart, Pestalozzi und die heutigen Aufgaben der Erziehungslehre*, 1906, pgs. 138 (*Gesammelte Abhandlungen*, I, 1907, página 330).

(1) LOTMAR, *Vom Rechte, das mit uns geboren ist*, 1893. (Rec. STAMMLER, en *Arch. für Soziol. und Ges.*, VI, pgs. 615 ss.) HERTZ, *Vom Rechte, das mit uns geboren ist*, en *Zeitschr. für Rechtsphilos.*, I, pgs. 95 ss.—RR., III s., pgs. 93 ss.

(2) FRIEDRICH, *Klassische Philosophie und Wirtschaftswissenschaft. Untersuchungen zur Geschichte des deutschen Geisteslebens im 19. Jahrh.*, 1913. LEWKOWITZ, *Die klassische Rechts- und Staatsphilosophie von Montesquieu bis Hegel*, 1914. SYDOW, *Der Gedanke des Idealreiches in der idealistischen Philosophie von Kant bis Hegel*, 1914. V. también § 50.

(3) V. sobre la Filosofía del Derecho de LEIBNIZ: WARNKÖNIG, pgs. 62 ss.; ROSSBACH, § 133, HINRICH, III, pgs. 1 ss.; AHRENS, I, pgs. 109 ss.; STINTZING, III, pgs. 23 ss.; FRANCK, *op. cit.* (§ 14 n. 1), pgs. 485 ss.; BLUNTSCHLI, pgs. 165 ss.; ÜBERWEG, III, § 18, VOOLÄNDER, II, § 12 ss., especialm. § 14 n. 4; CASSIRER, *op. cit.* (§ 12 n. 10), pgs. 200 ss.—MOLLAT, *Rechtsphilosophisches aus Leibnizens ungedruckten Schriften*, 1885. HARTMANN, *Leibniz als Jurist und Rechtsphilosoph*, 1892. RUCK, *Die Leibnizsche Staatsidee*, 1909.

contribuya a la «perfección» humana y a la de su estado; principio de conducta que se traduce en una serie de deberes naturales para consigo mismo, para con sus semejantes y para con Dios (4). WOLF no se para a examinar críticamente la posibilidad de este principio en cuanto a sus condiciones lógicas necesarias; ni con su doctrina gana en nada la determinación del concepto del Derecho, especialmente en lo que puede distinguirse de la moral.

La filosofía inglesa y francesa de este período pretenden elevar a principio fundamental del Derecho la *dicha* de los individuos sometidos a sus normas (5). BENTHAM (1748-1832) entiende que una acción es «buena» cuando procura satisfacción personal; fin último de todo Derecho debería ser, según éste, la utilidad de todos o al menos la mayor dicha posible del mayor número. Más profunda es la doctrina de ROUSSEAU (1712-1778), según el cual en el orden jurídico se debe ver a modo de un *contrat social*, con igualdad de facultades para cada miembro; el fin de esta sociedad es, para ROUSSEAU, la *volonté générale*; es decir, una voluntad que persiga la felicidad de todos los hombres (6).

(4) SCHMAUSS, § 35; WARNKÖNIG, pgs. 65 ss.; ROSSBACH, §§ 134 ss.; HINRICHS, III, pgs. 357 ss.; STAHL, I, pgs. 186 ss.; AHRENS, I, pgs. 114 ss.; STINTZING, III, pgs. 198 ss.; BLUNTSCHLI, pgs. 248 ss.; LASSON, pgs. 94 s.; ÜBERWEG, III, § 30; VORLÄNDER, II, § 28. *RSt.* § 7.—FRANK, *Die Wolfssche Strafrechtsphilosophie und ihr Verhältnis zur kriminalpolitischen Aufklärung im 18. Jahrh.*, 1887.—FISCHL, *Der Einfluss der Aufklärungsphilosophie auf die Entwicklung des Strafrechts*, 1913.—PIUR, *Studien zur sprachlichen Würdigung Chr. Wolfs* (tesis doct. Halle, 1903).

(5) WARNKÖNIG, §§ 39 ss.; MOHL, 3, pgs. 593 ss.; F. VORLÄNDER, especialm. pgs. 522 ss.; AHRENS, I, pgs. 183 ss.—*RSt.* § 9.—HENTIG, *Fouché. Ein Beitrag zur Technik der politischen Polizei in nachrevolutionären Perioden*, 1919, pgs. 11 ss.—LEVY, *Steuergerechtigkeit und englische Sozialphilosophie im 17 und 18. Jahrh.* en *Zeitschr. für Rechtsphilos.*, II, pgs. 142 ss.

(6) WARNKÖNIG, §§ 41 ss.; STAHL, I, pgs. 299 ss.; GEYER, pgs. 47 ss.; F. VORLÄNDER, pgs. 645 ss.; AHRENS, I, pgs. 124 ss.; BLUNTSCHLI, pgs. 334 ss.; LASSON, pgs. 90 ss.; CASSIRER, *op. cit.* (§ 12 n. 10), pgs. 225 ss.; ÜBERWEG, III, § 29; VORLÄNDER, II, § 26; HAYMANN, *op. cit.* (§ 14 n. 12).—LIEPMANN, *Die Rechtsphilosophie des Rousseau*, 1898 (Rec. *Zeitschr. für französ. Sprache*, 21, pgs. 198 ss.). DEL VECCHIO, *Sulla teoria del contratto sociale*, Bologna, 1906 (Rec. REICHEL, *Kant-Studien*, 15, pg. 296). STAMMLER *Notion et portée de la «volonté générale»*

La *filosofía crítica* de KANT (1724-1804) acaba con el dogmatismo (7). La «Crítica de la razón pura» (1781) restablece el método de SÓCRATES (§ 10), y se propone demostrar que, antes de afirmar un principio general cualquiera, lo primero que se debe hacer es probar su posibilidad intrínseca; antes de nada habrá, pues, que ver claramente cuáles son las *condiciones necesarias* de todo conocer científico, las únicas que pueden tener un valor absoluto y un campo de acción ilimitado, como criterios *formales* de ordenación y unidad (8). La «Crítica de la razón práctica» (1788) destruye

chez Rousseau, en *Revue de métaphysique et de morale*, 1912, pgs. 883 ss. DEL VECCHIO, *Ueber einige Grundgedanken der Politik Rousseaus*, 1912 (Rec. HEYMANN, en *Zeitschr. für Rechtsphil.*, III, pgs. 85 ss.). SAKMANN, *J. J. Rousseau*, 1913. PEREATKOWICZ, *Rechtsphilosophie des Rousseau*, 1916. NATORP, *Rousseaus Sozialphilosophie*, en *Zeitschrift für Rechtsphil.*, II, pgs. 1 ss. *Rst.* § 10. V. también §§ 94 n. 2 y 171 s.

(7) Es interesante observar el estado de la Filosofía del Derecho bajo la influencia de Kant, antes de publicar éste su «Teoría del Derecho». V. HUGO, § 26; WARNKÖNIG, § 48; GEYER, § 7; STINTZING, III, pgs. 511 ss.—Cfr. especialm. ABICHT, *Kritische Briefe über die Möglichkeit einer wahren wissenschaftlichen Moral, Theologie, Rechtslehre*, 1793. FEUERBACH, *Kritik des natürlichen Rechts* (v. § 1 n. 2). FLEISCHMANN, *A. v. Feuerbach, Der Jurist als Philosoph*. DÖRING, *Feuerbachs Straftheorien und ihr Verhältnis zur Kantischen Philosophie*, Erg.-Heft d. Kantstudien, n.º 3, 1907. MELLIN, *Grundlegung zur Metaphysik der Rechte*, 1796. FICHTE (v. n. 13), *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*, 1796.

(8) Los pensamientos cardinales del *idealismo crítico* aparecen condensados en las tres obras principales de KANT: «Crítica de la razón pura», 1781 (3.ª ed., 1787), «Crítica de la razón práctica», 1778, y «Crítica del juicio», 1790. Recomendable como introducción para el estudio de la Filosofía de Kant, es siempre la lectura de sus «Prolegomena» (Prolegómenos a toda metafísica que quiera presentarse como ciencia, 1783), y especialm. los §§ 36-38 (v. también § 98 n. 1). HUGO escribió como Apéndice a su Curso de Derecho civil en V tomo, denominado «Enciclopedia filosófica para juristas», que contiene una excelente exposición de las doctrinas de Kant. El que se quiera iniciar en estos estudios puede, ahora, tomar por guía las siguientes obras de orientación: STANGE, *Der Gedankengang der Kritik der reinen Vernunft. Ein Leitfa-den für die Lektüre* (3.ª ed., 1907). STADLER, *Kants Teleologie*, 1874, pgs. 1-20; EL MISMO, *Die Grundsätze der reinen Erkenntnistheorie in der Kantischen Philosophie*, 1876.—Entre las obras

el edonismo y su fatal contradicción de reconocer como *objetivamente* legítimos los simples apetitos *subjetivos* individuales (9). Sin embargo, KANT no aplica a la teoría del Derecho el método crítico con todas sus consecuencias. Por esto no se sobrepone al error, común a todos los doctrinarios del Derecho natural, de confundir el *concepto* y la *idea* del Derecho. Son dos cosas perfectamente distintas: el *concepto del Derecho* encierra una determinada modalidad de la voluntad humana, deslindada, con arreglo a criterios fijos, de otras modalidades volitivas, y esta división por *categorías* se realiza íntegramente en presencia de un orden jurídico cualquiera. Por el contrario, la *idea del Derecho* no pasa de una aspiración: poner una absoluta armonía en la totalidad de las voluntades, ya definidas conceptualmente; es una noción *ideal*, que jamás se podrá ver realizada en todo su alcance (10).

La confusión de estos dos problemas, cuya separación exigía el método crítico debidamente aplicado, tuvo la culpa de que no se resolviese ninguno de los dos. Y fué al mismo tiempo la que dió lugar al vano empeño de trazar un llamado Código de la razón, con instituciones precisas y articulado definido: otro intento más de realizar el absurdo de un «Derecho ideal», cuyas normas concretas hubieran de tener un alcance universal y absoluto (párrafo 4) (11).

de KANT, la que presenta un interés más directo para los estudios de Filosofía del Derecho, es su «Metafísica de las costumbres». I parte: «Fundamentos metafísicos de la teoría del Derecho», 1797 (2.^a ed., 1798) (n. 11).

(9) V. sobre esto *infra* § 93 n. 1 y §§ 96, 149 y 171.

(10) V. § 82: Concepto e idea.

(11) KANT escribió en 1785 sus «Fundamentos para una Metafísica de las costumbres», donde aparece la expresión, hoy tan famosa, del «imperativo categórico». El estudio sistemático de la teoría del Derecho, forma parte del libro sobre la «Metafísica de las costumbres». I parte, 1797 (2.^a ed., 1798) (v. n. 8). En distintos lugares de este Tratado se citan otras obras menores de KANT, que ofrecen algún interés para la Filosofía del Derecho. La bibliografía sobre la teoría kantiana del Derecho deja todavía bastante que desearse. HUGO, § 27; WARNKÖNIG, pgs. 127 ss.; ROSSBACH, pgs. 157 ss.; STAHL, I, pgs. 193 ss.; GEYER, pgs. 49 ss.; AHRENS, pgs. 136 ss.; ZÖPFL, pgs. 22 ss.; STINTZING, III, pgs. 503 ss.; BLUNTSCHLI, pgs. 372 ss.; LASSON, pgs. 97 ss.; CASSIRER, *op. cit.* (§ 12 n. 10,

Los sucesores de KANT en las doctrinas de Filosofía del Derecho siguen investigando igualmente en los dos sentidos indicados (12). Mención especial merece FICHTE (1762-1814) con su proyecto utópico de un «Estado comercial cerrado» (1800) (13).

Otros autores notables de esta época son: SCHELLING (1775-1854) (14), FRIES (1773-1843) (15), KRAUSE (1781-1832) (16),

pgs. 264 ss.; ÜBERWEG, III, § 39; VORLÄNDER, II, § 41. *Rst.*, § 10.—ELEUTHEROPOLOS, *Kritik der reinen rechtlich-gesetzgebenden Vernunft oder Kants Rechtsphilosophie*, 1896. BARGMANN, *Der Formalismus in Kants Rechtsphilosophie* (Tesis doct., Leipzig, 1902). WILBRANDT, *Kant und der Zweck des Staates*, en *Schmollers Jahrb.*, 28, pgs. 903 ss. KALISCHER, *Kants Staatsphilosophie*, 1904. METZGER, *Untersuchungen zur Sitten- und Rechtslehre Kants und Fichtes*, 1912. BAUCH, *Das Rechtsproblem in der Kantischen Philosophie*, en *Zeitschr. f. Rechtsphil.*, III, pgs. 1 ss. SEEGER, *Die Strafrechtstheorie Kants und seiner Nachfolger im Verhältnis zu den allgemeinen Grundsätzen der kritischen Philosophie*, en «*Festgabe für Berner*», 1892.

(12) WARNKÖNIG, pgs. 134 y 137 ss.; ROSSBACH, pgs. 184 ss.; GEYER, pgs. 60 ss.; AGUILERA, «L'idée du droit en Allemagne depuis Kant jusqu'à nos jours», París, 1893 (Rec. FRANK, en *Zeitschr. f. Staatswiss.*, 20, pgs. 362 ss.).

(13) HUGO, § 28; WARNKÖNIG, pgs. 135 ss.; ROSSBACH, páginas 172-184; STAHL, I, pgs. 220 ss.; GEYER, pgs. 55 ss.; AHRENS, I, pgs. 150 ss.; BLUNTSCHLI, pgs. 395 ss.; LASSON, pgs. 100 ss.; ÜBERWEG, IV, § 3; VORLÄNDER, II, § 48.—SCHNEIDER, *Fichte als Sozialpolitiker* (Tesis doct., Halle, 1894). MESSER, *Fichte und Macchiavelli*, en *Kant-studien*, 24, pgs. 116 ss. PETRONE, *Lo stato mercantile chiuso di Fichte*, Neapel, 1904 (Rec. DEL VECCHIO, en *Riv. ital. di sociol.*, Roma, 1905). STAMMLER, *Sozialismus und Christentum*, 1920, pgs. 47 ss.

(14) WARNKÖNIG, pgs. 148 ss.; ROSSBACH, pg. 227; STAHL, I, pgs. 377 ss.; GEYER, pgs. 66 ss.; AHRENS, I, pgs. 180 ss.; BLUNTSCHLI, pgs. 597 ss.; ÜBERWEG, IV, § 4; VORLÄNDER, §§ 50 ss. Cfr. LOENING, *loc. cit.* en § 16 n. 3 i. f.—Discípulo de Schelling es BAADER; v. sobre este autor: REICHEL, *Die Sozietätsphilosophie Baaders*, en *Zeitschr. f. Staatswiss.*, 57, pgs. 193 ss.

(15) V. sobre FRIES *infra* § 20 n. 1.—ÜBERWEG, IV, § 12; VORLÄNDER, II, § 45 n. 5, pgs. 267 ss.

(16) GEYER, pgs. 80 ss.; ÜBERWEG, IV, § 8; VORLÄNDER, II, § 52 n. 8. GINER y CALDERÓN, Resumen de filosofía del Derecho, Madrid, 1898. LOS MISMOS, Prolegómenos del Derecho. KRAUSE, *Grundlagen des Naturrechts* (II parte: Escritos inéditos, ed. por Mollat, 1890).

SCHLEIERMACHER (1768-1834) (17), HERBART (1776-1841) (18), SCHOPENHAUER (1788-1860) (19). Pero el que más influyó fué HEGEL (1770-1831), que en su Filosofía del Derecho nos ofrece, como todos los filósofos de esta época, un compendio de instituciones jurídicas, como un proyecto que su autor aspira a implantar con vigencia universal absoluta. Así encontramos tratados en la filosofía de Hegel, la propiedad, los contratos y los delitos; un capítulo sobre «moralidad», consagrado, en gran parte, a la culpa, y algunas doctrinas sobre la familia, la sociedad y el Estado (20).

(17) STAHL, I, pgs. 521 ss.; GEYER, pgs. 85 ss.; VORLANDER, II, § 56.

(18) GEYER, pgs. 109 ss., donde se llega hasta exponer las doctrinas de Herbart ni más ni menos que como el sistema de la Filosofía del Derecho. ÜBERWEG, IV, §§ 13 y 20; VORLÄNDER, II, § 58.—FLÜGEL, *Das Ich und die sittlichen Ideen im Leben der Völker* (3.^a ed., 1896). EL MISMO, *Die Probleme der Philosophie* (2.^a ed., 1888). ZILLER, *Allgemeine philosophische Ethik*, 1880. Cfr. NATORP, *op. cit.* (§ 14 n. 13). V. sobre BENCKE, ÜBERWEG, IV, § 15, y VORLÄNDER, II, § 59.

(19) ÜBERWEG, IV, § 11; VORLÄNDER, II, § 61.—DAMM, *Schopenhauers Rechts- und Staatsphilosophie* (Tesis doct., Halle, 1900). BOVENSIEPEN, *Die Rechts- und Staatsphilosophie Schopenhauers*, en *Zeitschr. f. Staatswiss.*, 71, pgs. 185 ss. V. D. PFORDTEN, *Staat und Recht bei Schopenhauer*, 1916. HOLSTEIN, *Die Staatsphilosophie Richard Wagners*, en *Arch. für Rechtsphilosophie*, IX, pgs. 398 ss.

(20) WARNKÖNIG, pgs. 150 ss.; ROSSBACH, pgs. 232 ss.; STAHL, I, pgs. 414 ss.; GEYER, pgs. 70 ss.; AHRENS, I, pgs. 183 ss.; ZÜPFL, pgs. 25 s.; LASSON, pgs. 103 ss.; ÜBERWEG, IV, § 7; VORLÄNDER, II, § 55. GIELLE, *La dottrina dello stato di Hegel*, Pavia, 1880. MAYER-MOREAU, *Hegels Sozialphilosophie*, 1910. ROSENZWEIG, *Hegel und der Staat*, 1920. BÜLOW, *Die Entwicklung der Hegelschen Sozialphilosophie*, 1920. Rst § 15, II.—SYDOW, *Die Bedeutung des «Volkes» im System Hegels*, en *Zeitschr. f. Rechtsphilos.* I, pgs. 188 ss. EBBINGHAUS, *Relativer und absoluter Idealismus. Historisch-systematische Untersuchung über den Weg von Kant zu Hegel*, 1910. EL MISMO, *Benedetto Croce's Hegel*, en *Kant-Studien*, 16, pgs. 54 ss.; HAMMACHER, *Die Bedeutung der Philosophie Hegels für die Gegenwart*, 1911. SCHOLZ, *Die Bedeutung der Hegelschen Philosophie für das philosophische Denken der Gegenwart*, en *Philos. Vortr. d. Kant-Gesellschaft*, n.º 26, 1921.—Toma las formas de la filosofía hegeliana para sus estudios jurídicos ZEUTHÖFER, *Das*

Y aún nos queda por decir, antes de abandonar esta época, que la Filosofía del Derecho del siglo cuenta entre sus cultivadores algunos notables autores católicos. Estos, aunque en su mayor parte toman por base de sus doctrinas la escolástica (§ 12), no dejan, sin embargo, de laborar sistemáticamente sobre las concepciones del Derecho natural (§ 14) y del Derecho de la razón (§ 15) (21).

16.—LA ESCUELA HISTÓRICA.

La corriente general del Romanticismo, que encontró especial acogida en Alemania, hacía más de cien años, trascendió también a los problemas jurídicos. Lo que caracteriza a la Escuela romántica en el campo del Derecho es su concepción del «pueblo» como entidad natural dotada de un alma propia. El *espíritu del pueblo*, que subsiste y perdura a través de las generaciones, eslabonándolas

subjektive Recht nach allgemeinen Grundsätzen unter Berücksichtigung der bestehenden Gesetze und des Entwurfes eines B G B, 1891.

(21) DE MAISTRE, *Du pape*, 3 vols., 1817; TROXLER, *Rechtslehre der Liberalität und des Gesetzes mit Rücksicht auf die Irrlehren der Liberalität und Legitimität*, 1820. ROSSBACH, páginas 300 ss. TH. MEYER, *Die Grundsätze der Sittlichkeit und des Rechts, nach Massgabe der im Syllabus § VII verzeichneten Irrtümer*, 1868. HERTLING, *Zur Beantwortung der Göttinger Jubiläums-Rede*, 1887. EL MISMO, *Naturrecht und Sozialpolitik*, 1893. EL MISMO, *Ueber Ziel und Methode der Rechtsphilosophie*, en *Philos. Jahrb.*, 1895, pgs. 117 ss. PESCH, *Liberalismus, Sozialismus und christliche Gesellschaftsordnung*, 3 vols., 1898 ss. HARING, *Der Rechts- und Gesetzesbegriff in der katholischen Kirche*, 1899. SCHERER, *Sittlichkeit und Recht, Naturrecht und richtiges Recht*, en *Philos. Jahrb.*, 1905, pgs. 1 ss. AUG. MÜLLER, *Die staatlichen Gesetze in ihrer Beziehung zur sittlichen Weltordnung (Festschrift zum Bischofsjubiläum, 1906)*. HERTLING, *Recht, Staat und Gesellschaft*, 1906. CAETHREIN, *Moralphilosophie. Eine wissenschaftliche Darlegung der sittlichen, einschliesslich der rechtlichen Ordnung* (5.^a ed., 1911). EL MISMO, *Recht, Naturrecht und positives Recht* (v. § 4 n. 5). MAUSBACH, *Die Katholische Moral und ihre Gegner* (4.^a ed., 1918). EL MISMO, *Naturrecht und Völkerrecht*, 1918. HONENLOHE, *Die natürlichen Rechtsgrundsätze im Lichte der christlichen Wahrheiten*, en *Arch. für Rechtphilos.*, 11, páginas 312 ss.; 12, pgs. 87 ss. L SAVIGNY, *Das Naturrechtsproblem* (v. § 4 n. 5).

para formar de ellas una unidad, es, para estos juristas románticos, algo inmutable, aunque concreto, y alimenta en cuantos forman parte de una comunidad convicciones comunes: estas convicciones comunes son las que, cuando recaen sobre materias «jurídicas», constituyen *el Derecho* (1).

La Escuela histórica empieza a dar fe de vida de una manera clara en 1814, al publicar SAVIGNY (1779-1861), su jefe indiscutible, el famoso opúsculo «Sobre la capacitación de nuestra época para empresas de jurisprudencia y legislación» (2). En cuanto a la formación del Derecho, se sigue de aquí que el Derecho consuetudinario se debe preferir siempre al legislativo, ya que en él se refleja de un modo más fiel el espíritu del pueblo. En la investigación del Derecho y de sus normas, será la Historia la que decida, puesto que sólo de la marcha de la Historia se puede deducir de un modo seguro cuál es el espíritu que anima a un pueblo. Y finalmente—y es esto lo que más nos interesa a nosotros—, del postulado fundamental de esta escuela se desprende que no tiene razón de ser el problema de la Filosofía del Derecho tal como lo hemos planteado (§ 9), al menos en su segunda parte, en la que se refiere a la *idea* del Derecho. Lo único que podrá ocurrir—de admitirse estas doctrinas—será que el legislador no sepa entender debidamente, o que formule de modo confuso, lo que le dicta el espíritu del pueblo; una misión ideal, a la que el Derecho humano deba responder, no puede admitirla en modo alguno la Escuela histórica (3).

(1) WARNKÖNIG, pgs. 160 s.; STAHL, I, pgs. 570 ss.; GEYER, p. 99; AHRENS, I, pgs. 166 ss.; STINTZING, III, pgs. 496 ss.; BLUNTSCHLI, pgs. 622 ss.; LASSON, pgs. 18 s. y 313; WINDSCHLID, §§ 9 s. *RSZ*, § 11.—Cfr. *infra* n. 5.

(2) Este folleto de SAVIGNY volvió a publicarse en 1840 en 3.^a ed. En 1914 preparó STERN una nueva ed. en unión del artículo de THIBAUT que había provocado aquel escrito. V. además SAVIGNY, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (1815), I, páginas 1 ss.—BRINZ, *Festrede zu Savignys 100 jährigem Geburtstage*, München, 1879. FITTING, *Festrede zu Savignys 100 jährigem Geburtstage*, Halle, 1879. ENNECCERUS, *F. C. Savigny und die Richtung der neueren Rechtswissenschaft*, 1879. MANICK, *Savigny und der Modernismus im Recht*, 1914. ANASTOSIADOU, *Savigny, Ihering, Bergson*, Atenas 1916.

(3) Entre las disquisiciones críticas a que ha dado lugar la Escuela histórica merecen citarse: LENZ, *Ueber die geschichtliche*

Estas doctrinas filosófico-jurídicas, con las consecuencias que entrañan, caen por su base tan pronto como se demuestra la falsedad de los principios románticos en que se inspiran. Y los principios del romanticismo son místicos y vagos y encierran una grave contradicción, pues si en el espíritu del pueblo, como entidad peculiar y con existencia propia, se ve la *causa* de todas las demás manifestaciones concretas de la vida de una nación y la fuente de las convicciones comunes sustentadas por sus miembros, debe hallarse sujeto a la *ley de causalidad*; según la cuál, todo fenómeno causal es a su vez *efecto* de otras causas anteriores. Así concebidas, las características nacionales de un pueblo quedan fundamentalmente reducidas a simples coincidencias contingentes, sujetas sin cesar a cambios y transformaciones en el transcurso de los tiempos (4).

La Escuela histórica mantiene su predominio en el mundo jurídico alemán hasta mediados del siglo XIX; a partir de esta fecha, va perdiendo terreno paulatinamente (5).

Entstehung des Rechts, 1854. MEJER, *Die Romantiker und das Recht*, 1869. BEKKER, *Ueber den Streit der historischen und der philosophischen Rechtsschule*, 1886. OFNER, *Rechtstheorie und historische Schule*, 1888. STAMMLER, *Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie*, 1888. FRANK, *op. cit.* (§ 14 n. 2), 1891. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*. SEITZ, *Die praktische Rechtsschule in Entwicklungskampfe mit den bisherigen doktrinen, historischen und Naturrechtsschulen* (2.^a ed., 1895). SALEILLES, *École historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents*, en *Révue trimestr. de droit civil*, 1902, pgs. 1 ss. DOHNA, *Die Problemstellung der kritischen Rechtstheorie in ihrem Gegensatz zum Naturrecht und zur historischen Rechtsschule*, en *Internat. Wochenschr.*, 1, pgs. 1199 ss. (1907). ATARD, *La escuela histórica del Derecho*, Madrid, 1908. BRIE, *Der Volksgeist bei Hegel und in der historischen Rechtsschule*, 1909. EDG. LOENING, *Die philosophischen Ausgangspunkte der rechtshistorischen Schule*, en *Internat. Wochenschr.*, 4, pgs. 65 ss. (1910). WIELAND, *op. cit.* (§ 5 n. 5).—§ 30 n. 3.

(4) KANT, *Anthropologie*, 1798, 2.^a parte, C: El carácter del pueblo.—V. también §§ 54, 100, 138.

(5) Cfr. BERWEG, IV, § 10: la Escuela romántica.—VORLÄNDER no menciona siquiera la Escuela histórica en su Historia de la Filosofía.

17.—EL MATERIALISMO HISTÓRICO.

Los esfuerzos por obtener una base sólida y absoluta sobre la que se pueda construir el orden jurídico de toda vida social, hicieron que se acudiese a los métodos del *materialismo*, pidiéndole auxilio para esta empresa (1). Y así surgió, por los años de 1840, una doctrina que más tarde había de alcanzar considerable influjo, y que se designa a sí misma con el título que encabeza este párrafo: «materialismo histórico» (2).

Según esta teoría, la producción y el cambio de lo producido constituyen el fundamento de todo orden social. Lo que para el materialista, en el sentido usual de esta palabra, significan en el mundo de la naturaleza «la materia» y la «dinámica» de la materia, es lo que para los partidarios de esta teoría, materialistas sociales, significa la *Economía social*. Todas las vicisitudes de una sociedad se rigen, según ellos, por la aparición de ciertos *fenómenos económicos* y por las tendencias que se manifiestan en el mundo de la Economía

Sobre los cimientos de la Economía social de un pueblo se construye el «edificio» *jurídico y político* que, como todo edificio, depende naturalmente de la base sobre que descansa. Al transformarse esta base, el «edificio» se transforma necesariamente.

Toda historia social se reduce, pues, en último término, según esto, a la «dinámica» de la *Economía social* que en el pueblo impera, y se desenvuelve con sujeción a un proceso regido por *leyes naturales*. Las «ideas», se dice, no son más que imágenes reflejas de los fenómenos económicos que actúan en este proceso. La misión

(1) FRIEDR. ALB. LANGE (1828-1875), *Geschichte des Materialismus und Kritik seiner Bedeutung für die Gegenwart* (3.^a ed., 1876) (ed. 1906, en la Bibl. «Reclam», por ELLISSEM). Sobre esta obra: VORLÄNDER, II, pgs. 420 ss.—*Infra*, §§ 35 n. 5, 58 n. 2, 180 n. 5.

(2) MARX, *Zur Kritik der politischen Oekonomie*, 1859. MARX y ENGELS, *Das kommunistische Manifest*, 1848. ENGELS, *Herrn Eugen Dührings Umwälzung der Wissenschaft*, 1878 (de esta obra han aparecido tres capítulos, en edición aparte, con el título: *Die Entwicklung des Sozialismus von der Utopie zur Wissenschaft*). ENGELS, *Ludwig Feuerbach und der Ausgang der klassischen deutschen Philosophie*, 1888.

de la política no es, por tanto, el aspirar a una ordenación *justa* de la sociedad, sino el observar y «favorecer» este proceso natural y necesario de la Economía. De este modo, la sociedad se anticipará y se irá adaptando a las circunstancias sociales de lo porvenir.

La teoría del materialismo histórico es *imperfecta y superficial* (3).

La determinación del *concepto* del *Derecho*, que la Filosofía del Derecho persigue, no le preocupa para nada, ni se para a pensar, en particular, mediante qué criterio se pueden distinguir de un modo absoluto las normas *jurídicas* y el poder *arbitrario*. Y las relaciones entre *Economía* y *Derecho* se sacan de quicio y se invierten de una manera inadmisibles, pues no hay un solo «fenómeno» económico que no se halle condicionado *lógicamente* por la existencia de una cierta institución jurídica (§ 56). Este error del materialismo histórico se explica por la falta de sentido crítico, porque de otro modo se hubiera visto que toda vida *social* entraña *aspiraciones* humanas, y las aspiraciones, en cuanto tales, no son susceptibles de análisis científico por los métodos de las ciencias

(3) WR., 1896 (4.^a ed., 1921). V. también mi artículo sobre el materialismo histórico (*Materialistische Geschichtsauffassung*), en el «*Hantwörterbuch für die Staatswissenschaften*» (3.^a ed.), VI, pgs. 623 ss. A la copiosa bibliografía cit. en «*Wirtschaft und Recht*» podemos añadir ahora: HOLLITSCHER, *Das historische Gesetz. Zur Kritik der materialist. Geschichtsauffassung*, 1901. BRANDENBURG, *Die materialistische Geschichtsauffassung*, 1902. RIEKES, *Die philosophische Wurzel des Marxismus*, en *Zeitschr. f. Staatswiss.*, 1906, pgs. 407 ss. ERDMANN, *Die philosophischen Voraussetzungen der materialistischen Geschichtsauffassung*, en *Schmollers Jahrb.*, 31, pgs. 919 ss. HAMMACHER, *Das philosophisch-oekonomische System des Marxismus*, 1909. VORLÄNDER, *Marx und Kant*, 1911. PLENGE, *Marx und Hegel*, 1911. ADLER, *Der soziologische Sinn der Lehre von Marx*, 1914. BÜCKLING, *Die Elemente der Hegelschen Geschichts- und Rechtsphilosophie im Marxismus*, en *Schmollers Jahrb.*, 43, pgs. 983 ss. VORLÄNDER, *Marx, Engels und Lasalle als Philosophen*, 1920. DEGENFELD, *Die Motive des wirtschaftlichen Handelns und der deutsche Marxismus*, 1920. STAMMLER, *Sozialismus und Christentum*, 1920, pgs. 58 ss. EL MISMO, *Die materialistische Geschichtsauffassung, Studien des apolog. Seminars in Wernigerode*, cuad. 4, 1921. HEICHEN, *Neumarxismus*, en *Neue Zeit*, 39, 2, pgs. 201 ss.—V. también §§ 55 ss., esp. § 57 n. 7; y además § 63 n. 5; § 173 n. 9.

naturales, sino en el sentido teleológico, según los *finés* a que se encaminan.

Y por lo que se refiere a la *idea* del Derecho, el materialismo histórico confunde las normas *concretas*, que a lguien puede calificar de «justas», con la noción condicionante y absoluta de la *justicia* misma. Los juicios a que den lugar determinadas cuestiones concretas, si pueden cambiar en el curso de la Historia, y sería necio negar que difieren constantemente con los pueblos, las clases sociales y los hombres, y se hallan sujetos a mudanzas y variaciones incesantes; pero, sean cuales fueren, todos caen bajo un mismo método condicionante de ordenación, que es precisamente el que permite reconocerles o negarles ese carácter fijo y permanente en que consiste la *justicia*. Si, con todas sus diversidades, no tuviesen de *común* el procedimiento inquisitivo único y siempre idéntico, ¿cómo podríamos establecer entre nuestros juicios estas comparaciones que nos permiten llamarlos justos o injustos? (4).

El mismo materialismo histórico o social no puede, naturalmente, evitar el calificar de «justas»; de un modo *absoluto*, determinadas manifestaciones históricas, relativas y variables en cuanto a la materia. Se contenta, sin embargo, con observar que esta calificación, siempre *idéntica*, se atribuye a aspiraciones humanas del contenido más diferente. Y sin parar mientes en la cualidad formal de los juicios, se entrega de lleno a estudiar cómo *surgen* en el curso de la Historia las diversidades materiales, que son, no obstante, objeto de un juicio idéntico, confundiendo así el problema *genético* de los *origenes* de una aspiración con el problema *sistemático* de su le-

(4) CUNOW, *Die Notwendigkeit des Umlernens*, en *Neue Zeit*, 38, 2, pgs. 289 ss., dice: «Sólo es racional lo que, en la marcha progresiva de la humanidad, se desprende como intrínsecamente necesario de las circunstancias sociales». Lo que no dice es *en qué* podemos conocer cuando media esa «necesidad intrínseca». ¿Y qué se entiende, en rigor, por necesidad «intrínseca»? Distingue, sin embargo, entre doctrinas y aspiraciones «racionales» e irracionales. Y pretende encontrar un criterio que sirva para caracterizar de un modo *absoluto* las aspiraciones y las opiniones humanas, que *en cuanto a su materia* se hallan (¡evidentemente!) sujetas a cambio constante. Siempre la misma superficialidad de no ver más que lo transitorio y mudable, que es la materia de las concepciones humanas: uno de los errores fundamentales del materialismo histórico.—V. también § 81 n. 5.

gitimidad intrínseca en el caso concreto. Lo primero es, pues, examinar críticamente el modo y la posibilidad de que exista en nuestros juicios aquella *identidad formal* de la que vemos que no cabe prescindir. Este problema, tal como a modo de introducción lo hemos planteado más arriba (§ 2), no lo resuelve el materialismo histórico (5).

18.—EL EMPIRISMO JURÍDICO.

Los empiristas creen que para construir una *ciencia* del Derecho basta investigar sobre las materias *concretas* y determinadas que componen un determinado orden jurídico. En todas las épocas ha habido quien pensó así (1); pero en los últimos tiempos ese modo de ver aparece formando escuela. Son varios los matices doctrinales que podemos observar.

A veces, la tendencia empirista es tan fuerte que se traduce en un verdadero terror ante los problemas propios de la Filosofía del Derecho, y éstos desaparecen entonces sin dejar huella de las doctrinas de los que así piensan. Claro que éste es un simple modo de ver personal, sin importancia alguna objetiva.

Más seria es la corriente representada por uno de los principales

(5) Claro que no debemos pretender encontrar normas determinadas y concretas que en todas las situaciones y de un modo absoluto se puedan calificar de «justas». Ya hemos visto que el empeño de descubrir un «Derecho ideal» con normas precisas y detalladas ha fracasado, como no podía menos, cuantas veces se manifestó (§ 4). El problema crítico es otro muy distinto y se puede formular así: ¿qué entendemos cuando decimos que es o no «justa» una cualquiera de las aspiraciones humanas, siempre relativas y sujetas a cambio incesante? Si no queremos perdernos en un caos de confusión, no tenemos más remedio que poner en claro en qué consiste ese *procedimiento unitario y absoluto de ordenación* de nuestras aspiraciones variables y difusas. Las conclusiones a que sobre esto lleguemos tendrán luego una importancia decisiva para nuestros juicios *científicos* sobre la materia de la vida social como producto de ese proceso natural en que tanto insisten los partidarios del materialismo histórico; pero no viceversa, como éstos pretenden (§§ 79 ss. V. también *supra* n. 1).

(1) *RSt.*, § 17. V. *infra* §§ 80, 94 y 97.—El último representante notable de la filosofía empirista es LAAS, *Idealismus und Positivismus*, 1879 ss. EL MISMO, *Vergeltung und Zurechnung*, en *Zeitschr. für wiss. Philos.* V.—V. también *infra* § 49 n. 3.

empiristas, por ADOLFO MERKEL (1836-1896) (2). Este no desecha los problemas del *concepto* y la *idea* del Derecho, sino que sostiene que para resolverlos *basta* atender a un orden «jurídico» *concreto* y a los resultados de la Historia del Derecho de un país determinado. Pero no nos dice cómo hemos de obtener el *método formal* de ordenación, que exigen los problemas filosóficos, por el simple estudio de los mismos datos concretos y limitados que se trata precisamente de ordenar mediante aquel método ni piensa para nada en esta modalidad *abstracta* que condiciona necesariamente nuestros juicios y nuestros conceptos. Con razón han hecho contra esta doctrina objeciones decisivas los juristas (3) y los filósofos (4).

Por otra parte, la Filosofía del Derecho debe grandes alientos a los magníficos resultados alcanzados en estos últimos tiempos por las investigaciones jurídicas de carácter esencialmente técnico. El estudio de los problemas jurídicos más diversos no puede menos de impulsar a la *ciencia* a puntos de vista cada vez más generales, basados necesariamente en métodos fijos y *absolutos*, en los que concurre la característica de las *formas puras* (§ 3). Y cuanto más profundos sean aquellos estudios, más intensa se verá brillar la idea de *unidad*, que es la condición de toda *ciencia*, y más claras aparecerán las formas puras de ordenación, entre las que se hallan el *concepto* y la *idea del Derecho*. En este respecto, son dignos de

(2) *Grünhuts Zeitschrift*, I, pgs. vi ss., 202 ss.; *Holtzendorffs Enciclop. der Rechtswiss.* (5.^a ed.), pgs. 89 ss.; *Die deutschen Universitäten*, ed. por Lexis en 1893, I, ps. 406 s.; *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiete der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts*, 1899. El gran error de MERKEL está en querer sustituir la Filosofía del Derecho por la Doctrina general del Derecho, como si ambas investigaciones no fuesen perfectamente compatibles.

(3) STAMMLER, *Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie*, 1888, pgs. 20 ss.; LIEPMANN, *Die Bedeutung Ad. Merkels für Strafrecht und Rechtsphilosophie*, en *Zeitsch. f. Strafr.*, 17, pgs. 638 ss.

(4) Especialm. SCHUPPE, que publicó contra MERKEL algunos escritos polémicos. V. sobre este filósofo: PAGEL, *Beiträge zur philos. Rechtslehre, Zugleich eine kritische Würdigung der rechtsphilosophischen Bedeutung W. Schuppes*, 1914.—HERTLING, *Ueber Ziel und Methode der Rechtsphilosophie* (párrafo 15 n. 21).

mención aquí, entre los que se han conquistado mayores méritos en la obra de nuestra ciencia, los nombres de THÖL (1807-1884) y BINDING (1841-1920) (5). No han faltado nunca, tampoco, investigaciones de carácter general, expuestas sobre todo en forma de discursos y en artículos de revistas (6).

IHERING (1818-1892) es el que representa la transición a la moderna Filosofía del Derecho. Le corresponde el mérito de haberse declarado contra las doctrinas de la Escuela histórica (§ 16) sobre los orígenes del Derecho (7), combatiendo también la limitación de los estudios jurídicos a campos determinados y a cuestiones concretas. Empezó a exponer los rasgos generales del Derecho romano, lo que él llamaba su «espíritu», en las diferentes etapas de su evolución (a partir de 1852), mas abandonó esta empresa al darse cuenta de que toda investigación histórica requiere una sólida base sistemática, y para lograrla se consagró a su obra sobre «El fin en el Derecho» (1877; 4.^a ed. 1901), que aspiraba a situar el Derecho en el mundo de los fines. IHERING no llevó a término ninguno de sus planes (8). Sus investigaciones y sus obras son meramente descriptivas (9). Describe generalizando de un modo ingenioso, sin poner

(5) De las obras de THÖL interesa sobre todo su *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, 1851 (v. STINTZING, III, 625 ss.); de BINDING, su obra fundamental: *Die Normen und ihre Uebertretung*, 4 vols. (1.^a ed., 1872). En diferentes lugares de este libro tendremos ocasión de citar otras monografías de BINDING.

(6) V. la bibliogr. cit. en § 3 n. 9, y además KUNTZE, *Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft; ein Beitrag zur Orientierung über den gegenwärtigen Stand und Zielpunkt derselben*, 1856. STINTZING, *Wendungen und Wandlungen der deutschen Rechtswissenschaft*, 1879. L. SAVIGNY, *Die Stellung der Rechtswissenschaft zur Universität*, 1895.

(7) Especialmente en su obra: *Der Kampf ums Recht*, 1872 (19.^a ed. 1919). V. sobre este libro *infra* § 102.

(8) Sobre su posición frente al Derecho romano y a la ciencia romanística se pronuncia el mismo IHERING al final de su vida en su obra *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1885; (v. esp. pgs. 359 ss.

(9) DAHN, *Die Vernunft im Recht. Grundlagen der Rechtsphilosophie*, 1879. KRAUS, *Rechtsphilosophie und Jurisprudenz*, en *Zeitsch. f. Staatswiss.*, 23, pgs. 763 ss. BAHNSEN, *Der Widerspruch im Wissen und Wesen der Welt*. 2 vols. 1882. SPINDLER, *Iherings Theorie des Sittlichen*, en *Vierteljahr. Schr. d. jur. Ver. in Prag*, 25 pgs. 121 ss. SOMMER, *ibid.*, pgs. 153 ss.

en práctica el método crítico. En sus doctrinas no encontramos un análisis de las nociones de Derecho que tienda a separar sus elementos formales y absolutos de la materia relativa y condicionada. Esta ausencia de la distinción entre conceptos jurídicos puros y condicionados es lo que explica que, a pesar de sus esfuerzos, no pudiese llegar a conclusiones de alcance absoluto y fracasase ante el problema central de la *Filosofía del Derecho* (10).

Entretanto, la Filosofía del Derecho, con sus métodos y sus problemas, va adquiriendo nuevo vigor (11). Los escritos sobre esta

BONN, *Grundzüge der wissenschaftlichen und technischen Ethik*, 1896 (se adhiere a la teoría histórico-social de IHERING). HURWICZ, *Ihering und die deutsche Rechtswissenschaft*, 1911. STINTZING, III, pgs. 788 ss. Entre las necrologías de Ihering citaremos las siguientes: ECK, *Zur Feier des Gedächtnisses von Windscheid und Ihering*, 1893; LEONHARD, *Ein Nachruf für Ihering und Windscheid*, 1893.—§ 6 n. 7.

(10) Las objeciones contra las doctrinas fundamentales de IHERING se pueden resumir así: 1.º *El fin* no es «el creador» del Derecho, sino que es una especial categoría de fines la que constituye *el Derecho* (§ 30). 2.º El fin no se debe concebir a modo de una «causalidad psicológica», sino como una modalidad especial de ordenación del contenido de nuestra conciencia (§§ 26; 30 n. 1). 3.º *El concepto* del Derecho no se puede determinar a la buena de Dios, procediendo por tanteos y dando por supuesto que lo que tenemos ante nosotros en un caso son normas «jurídicas», sino que hay que dilucidarlo mediante el análisis crítico como una especial modalidad condicionante, para poner unidad en nuestra conciencia (§§ 5 y 22). 4.º El Derecho no es, en cuanto a su *idea*, la «política del poder» (§ 91 n. 4). La *idea* del Derecho no se puede definir atendiendo a la «utilidad» sino en el sentido de una *voluntad pura*, como punto de mira ideal de toda comunidad (§ 92). 5.º La formación de conceptos jurídicos y la técnica constructiva no puede proceder mediante imágenes tomadas de las ciencias naturales, al modo del análisis químico, sino que se debe efectuar con arreglo al método crítico, separando las formas puras de las condicionadas (§ 115 n. 6).—MEZGER, *Sein und Sollen im Recht*, 1920. pg. 93.

(11) PACHMANN, *Die gegenwärtige Bewegung in der Rechtswissenschaft*, 1882. PETRONE, *La fase recentissima della filosofia del diritto in Germania*, Pisa, 1895. (Rec. STAMMLER, en *Krit. Viert. Jahr. Schrift.* 3.ª serie 5, pgs. 347 ss.; FRANK, en *Zeitschr. für Staatswis.* 20, 362 ss.). LASK, *Rechtsphilosophie, Festschrift f. K. Fischer (Die Philosophie im Beginn des 20. Jahrh.)*, 1905. MÜNCH, *Die wissenschaftliche Rechtsphilosophie der Gegenwart in Deutschland*, en *Zeitschr. der deutsch. philos. Ges.* 1, 1918.—Cfr. *supra* § 5 n. 5.

ciencia aumentan en número y en calidad; unas veces con fines de crítica de opiniones adversas (12), otras veces para exposición de las propias doctrinas (13). Hay quienes sólo estudian el concepto y

(12) BLUNTSCHLI, *Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen*, 1862. KÜHNAST, *Kritik moderner Rechtsphilosophie*, 1887. (Rec. STAMMLER, *Philos. Monatshefte*, 25, 498 s.). LABRIOLA, *Revisione critica delle più recenti teorie sulle origini del diritto*, Rom., 1901. CARLO, *Saggi critici di filosofia del diritto*, Palermo, 1913; EL MISMO, *Ardigo und Stammler*, en *Arch. für Rechtsphilosophie*, III, ps. 210 ss. BÄUMER, *Die soziale Idee in der Weltanschauung des 19. Jahrh.*, 1910. BINDER, *Rechtsbegriff und Rechtsidee. Bemerkungen zur Rechtsphilosophie Rudolf Stammers*, 1915. (Rec. EMGE en *Kant-Studien*, 21, pgs. 448 ss.). SCHEPPER, *op. cit.* (§ 5 n. 5). Sobre WIELIKOWSKI, v. § 25 n. 6. FLEINER, *Entstehung und Wandlung moderner Staatstheorien in der Schweiz*, 1916. BINDER, *Ueber kritische und metaphysische Rechtsphilosophie*, en *Arch. f. Rechtsphilos.* 9, pgs. 18 ss.; 142 ss.; 267 ss. KAUFMANN, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, 1921 (v. § 115 n. 4).

(13) KNAPP, *System der Rechtsphilosophie*, 1857. BIERLING, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*. 2 vols. 1877. BAUMANN, *Handbuch der Moräl nebst Abriss der Rechtsphilosophie*, 1879. SCHUPPE, *Grundzüge der Ethik und Rechtsphilosophie*, 1881 (v. *supra* n. 4). LASSON, *System der Rechtsphilosophie*, 1882. (Rec. Lassons *System der Rechtsphilosophie. Vorträge hrg. von der philos. Ges. zu Berlin. Neue Folge*, 5. Heft, 1883). BYCK, *Rechtsphilosophie*, 1882. MIRAGLIA, *Filosofia del diritto*, Neapel, 1885. BEAUSIRE, *Les principes du droit*, Paris, 1888. HARMS, *Begriff. Formen und Grundlegung der Rechtsphilosophie*, 1889. BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*. 5 vols. 1894 ss. BEROLZHEIMER, *System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 5 vols. 1904 ss. STÜRM, *Die psychologische Grundlage des Rechts*, 1910. EL MISMO, *Die Form des Rechts*, 1911. EL MISMO, *Die Materie des Rechts*, 1911. (Otras publicaciones de este autor en la obra cit. en § 70 n. 1. pgs. 49 s.—v. § 76 n. 2.) NICOL-SPEYER, *Der allgemeinen Rechtslehre erster (morphologischer) Teil*, 1911. JUNG, *Das Problem des natürlichen Rechts*, 1912. RIVERA PASTOR, *Lógica de la Libertad. Principios de la doctrina del Derecho*, Madrid, 1913 (§ 115 n. 3). RADBRUCH, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1914. STAMMLER, *Wesen des Rechts und der Rechtswissenschaft* (§ 141 n. 2). KOHLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie* (2.ª ed. 1917). SOMLO, *Juristische Grundlehre*, 1917. (Rec. FRIEDRICH, en *Zeitschr. f. Rechtsphilos.*, III, pgs. 70 ss.). WUNDT, *Das Recht* (§ 9 n. 3). SALOMON, *Grundlegung zur Rechtphilosophie*, 1919. HANKO,

la importancia de la Filosofía del Derecho (14), y quienes se limitan a investigar monográficamente determinadas cuestiones concretas (15). El rasgo que caracteriza a este renacimiento de los estudios filosófico-jurídicos es la aspiración a penetrar en las nociones *absolutas* (16) del orden jurídico y de la vida social (17). Todas estas investigaciones nos llevan directa e inevitablemente al *problema central de la Filosofía del Derecho* tal como, en términos

Dissoziativismus. Eine genealogische Erkenntnistheorie, intellektualische Ethik, individualistische Rechts- und Staatsphilosophie, etc., 1920.

(14) V. §§ 3 n. 9, 5 n. 3 y 5. Además: FRAGAPANE, *I criteri d'una limitazione positiva della filosofia del diritto*, Roma, 1897. J. STERN, *Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft*, 1904. (Rec. DOHNA, en *Deutsche Literatur-Zeitung* 1905, pgs. 748 ss. EL MISMO, *op. cit.* en § 16 n. 3. FRANCO, *Provas de direito*, Bello Horizonte, 1907. RAVÁ, *I compiti della filosofia di fronte al diritto*, Roma, 1907. STAMMLER, *Begriff und Bedeutung der Rechtsphilosophie*, en *Zeitschr. für Rechtsphilosophie*, I, pgs. 1 ss. MÜNCH, *Kultur und Recht*, en *Zeitschrift für Rechtsphilosophie*, I, pgs. 345 ss. SOMLO, *op. cit.* (n. 13), pgs. 13 ss. SALOMON, *op. cit.* (n. 13), pgs. 101 ss. EMGE, en *Philosophie und Recht*, 1920, pgs. 1 ss. HUBER, *op. cit.* (§ 6 n. 1), pgs. 25 ss.

(15) Publicaciones periódicas destinadas a la Filosofía del Derecho: *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, fund. en 1908 y dirig. por KOHLER y BEROLZHEIMER (v. sobre esta public. RADBRUCH, *Zeitschr. für Staatswiss.*, 30, pg. 685); *Zeitschrift für Rechtsphilosophie in Lehre und Praxis*, fund. en 1914 y dirig. por HOLLDAK, JEORGES y STAMLER; *Philosophie und Recht*, fund. en 1920-21 y dirig. por EMGE.

(16) A consideraciones especiales han dado lugar las doctrinas del llamado relativismo (V. UELORWEY, IV, § 42): LITSCHITZ, *Zur Kritik des Relativismus*, en *Arch. für syst. Philos.* 14, pgs. 353 ss. HILLER, *Der Relativismus in der Rechtsphilosophie und seine Ueberwindung durch die Restitution des Willens*, en «*Der Sturm*», 1911, pgs. 59 ss. MÜLLER-ERZBACH, *Die Relativität und ihre Befrenzung durch den Zweck des Gesetzes*, 1913. (Rec. JOERGES, en *Zeitschr. für Rechtsphilos.*, I, ps. 225 ss. BENDIX, *Das Problem der Rechtssicherheit. Zur Einführung des Relativismus in die Rechtsanwendungslehre*, 1914. RADBRUCH, *op. cit.* (n. 13). GRÜNHOLZ, *Literar. Beilage z. Kölnische Ztg.* 20, 1, 1916. EMGE, *Ueber das Grunddogma des rechtsphilosophischen Relativismus*, 1916. SALOMON, *op. cit.* (n. 13), pgs. 67 ss. EL MISMO, en *Kant-Studien*, 23, ps. 365. Cfr. también § 97.

(17) Sobre la corriente doctrinal del «Derecho libre», v. *infra* el capítulo de jurisprudencia sociológica, § 147.

generales, queda formulado en la Introducción (§ 9). El problema da unidad de objeto y de miras a nuestros estudios, aunque las soluciones difieran de un modo general o en puntos concretos, y es la base común y permanente sobre la que se puede erigir un verdadero sistema de Filosofía del Derecho en que se armonicen las doctrinas más diversas.