

# Síntesis evolutiva de la Metodología jurídica

Por ANTONIO MARTINEZ BERNAL  
Catedrático de Derecho Procesal

Toda teoría del conocimiento ha de partir de los medios con que el hombre cuenta para conocer. Estos son sensoriales o intelectuales. Por los primeros, percibe; por los segundos, concibe. Las percepciones son inmediatas, concretas, particulares. Sólo después, utilizando sus facultades intelectuales, el hombre compara percepciones, las retiene idealmente, abstrae de ellas las propiedades dominantes, las generaliza y obtiene así conceptos que le sirven para clasificar las sucesivas percepciones e imponer un orden en la consideración de las cosas. De los hechos procura inducir los principios rectores, porque comprende a la vista de la Naturaleza que el orden establecido por Dios en todas las cosas es el primer factor de comprensión de la vida. De esos principios deduce consecuencias. Así, de lo particular abstrae lo general para encajar luego ordenadamente lo particular. Del «hecho» pasa al «dato»; del simple conocimiento empírico pasa al conocimiento razonado, es decir, a la ciencia, que no es más que el conocimiento razonado, ordenado, de las cosas y los hechos o acaecimientos de la Naturaleza según las leyes que los rigen.



El «dato»—«le donnée», en la terminología de GENY— es el material sobre que opera el investigador. En cuanto los acaecimientos son siempre conocidos por su manifestación, es decir, por la forma con que se presentan, se denominan «fenómenos». Una íntegra postura filosófica, a la que aludiremos después, construye su método sobre esta apariencia. Ya hemos señalado que la tarea propia de la especulación científica consiste en aislar idealmente los caracteres peculiares de cada dato o fenómeno y construir así tipos o categorías abstractas y generalizadas—«de construit», de GENY—. Para ello ha de analizar cualidades y proporciones, formar un «tipo» característico, crear un esquema intelectual sobre aquellas impresiones sensoriales, concebir como *un solo* fenómeno la resultante de semejanza entre innúmeros fenómenos diversos; y éste que pudiera llamarse supuesto fenómeno, porque es únicamente una creación mental, constituye en perfecta secuncia etimológica un *concepto*, es decir, un supuesto (fenómeno) científico, *concebido* mentalmente por el hombre.

La ciencia opera, pues, generalizando, «conceptuando» los fenómenos, mediante una serie de procedimientos «técnicos» de comparación y comprobación. Luego, procede, a la inversa, determinando los conceptos de tal modo que cada fenómeno pueda quedar comprendido dentro de una de esas categorías ideales.

No otro es el camino de la ciencia jurídica. Sólo que aquí si el señalamiento del dato es fácil, su real determinación es difícil; si no cabe duda que el objeto de esta ciencia es «el Derecho», la pregunta insaciable ya no es tan sencilla de contestar: «y el Derecho, ¿qué es?; ¿un conjunto de fenómenos físicos o una serie de abstracciones mentales; un complejo de experiencias o de puras expresiones de voluntad? ¿Cuál ha de ser el método que lleve a su conocimiento?».

Las ciencias físicas, químicas, naturales, tienen el fe-





nómeno al alcance de sus sentidos. El Derecho, no. El Derecho hace referencia a la convivencia de los hombres en sociedad. Es una ordenación; una voluntad de voluntades. En la voluntad reside la esencia del Derecho, pero la voluntad nuda no cuenta si no se exterioriza en actuación. Ordenar, desde este punto de vista, significa «concebir» una regla de conducta y exteriorizarla. Contemplado fenomenológicamente el Derecho se manifestaría en los actos propios de exteriorización de la ordenación, en los actos de cumplimiento y en los de incumplimiento. Qué sea el objeto de la ciencia jurídica puede entenderse como el estudio de la ordenación, el del orden de una sociedad manifestado en los actos de sus miembros y en los actos de ordenación para el caso de inadecuación de una experiencia con ella.

Estas ideas y su combinación y sus modalidades de contenido han dado lugar a tantas y en muchas ocasiones irreconciliables tendencias en la filosofía jurídica, que apenas nos queda la posibilidad de dar un ligero esbozo de las de más interés. Y aun ni siquiera ese esbozo puede ser lo suficientemente expresivo, ya que en la mayoría de los casos la discusión no está orientada en torno a la filosofía del Derecho, sino de una concepción general del mundo, de la sociedad: la «Weltanschauung» (cfr. DILTHEY, «Weltanschauungslehre», op. om. VIII).

Si el Derecho se concibe, sencillamente, como un sistema de mandatos (concepto discutido, como veremos), también nos encontramos «ab imis» con una primaria dificultad: ¿qué es el «mandato»? En la más corriente opinión, éste es una declaración, o mejor, una manifestación de voluntad emanada de quien tiene «el poder», la facultad de influir en la conducta de otros hombres por virtud de esa manifestación. El mandato del Poder soberano, el mandato estatal, se caracteriza porque es ineludible, porque la conducta de los hombres sometidos a él tiene «necesariamente» que corresponderse con el conte-



nido del mandato. Pero, por otra parte, un mandato no es tal si no va dirigido a *alguien*, de donde resulta compuesto por una manifestación de voluntad y una actitud en el sujeto destinatario de ella. El mandato no sería, según esto, «sólo» indicación de conducta, sino también conducta del mandado, voluntaria o forzosa, propia o sustituida, del mismo modo que no puede concebirse un Estado «sólo» con gobernantes. En ello podría verse la integración de los tres aspectos del ordenamiento jurídico que hace un momento acabamos de distinguir; la aplicación del concepto de ordenamiento estático y dinámico, en el sentido que lo hace PARESCÉ y que, en general, ha sido aplicado al Derecho no sólo por CARNELUTTI, que casi piensa haber hecho un descubrimiento, sino por SPENGLER, FEHR, HOLSCHER, etc.

Empero aun concebido el ordenamiento en su más simple acepción, como conjunto de leyes, y estimando reducida la investigación, con un método lógico-abstracto, al contenido de los deberes expresados en la norma, como dice GRISPIGNI, todavía surge una dificultad inicial, y es la de determinar la naturaleza filosófica de ese ordenamiento; si ha de estimarse la ley como una construcción conceptual o lo que ha de conocer el jurista es la ley como «dato», la «manifestación» de la ley, el texto escrito, y, por consiguiente, ha de aplicar a ella el método inductivo, como a cualquier fenómeno, para llegar, por el *acto* legislativo, a la comprensión de la *idea* legal, según señala CARNELUTTI.

En la concepción del Derecho como ordenamiento positivo, que impera hasta la aparición de la filosofía racionalista, difícilmente puede encontrarse planteado el problema de la naturaleza del Derecho y del método para su investigación. La idea de la sociedad y la razón de convivencia de los hombres venía impuesta desde fuera como realización de un orden superior que, con la introducción del cristianismo, aparece directamente como manifesta-



ción del orden establecido por Dios. Sería prolijo enumerar las manifestaciones que un constante criterio metodológico, el de la simple exégesis, presentó en las diversas escuelas, desde los glosadores, como indica el profesor PÉREZ GONZÁLEZ, hasta la Escuela del Derecho natural que termina en ella. Es en el siglo XVIII cuando la concepción religiosa, política, filosófica y jurídica, con un violento golpe de timón, cambia bruscamente de rumbo. Del imperio de Dios salta al imperio de la razón; del «non est potestas nisi a Deo», al Estado como creación del individuo y el Derecho como garantía mínima de la libertad, como conjunto de condiciones bajo las cuales la libertad de cada uno puede coexistir con la libertad de los demás en un régimen general de libertad. Este idealismo racionalista o subjetivismo de la libertad, que con antecedentes literarios, políticos y filosóficos encuentra su definitiva expresión en KANT, impera todo el siglo XVIII y principios del XIX en Europa, con la excepción política de Alemania, en donde habría también de iniciarse la reacción con el idealismo alemán y, especialmente, con el nacimiento de la Escuela histórica; al propio tiempo que el positivismo, y bien pronto, el materialismo histórico atentaban desde otro punto de vista a los fundamentos de todo orden de aquella doctrina.

La Escuela histórica opone a este respecto la consideración del Derecho como expresión de la convicción jurídica del pueblo y hace frente al idealismo al estimar que aquél no es una creación de la mente conforme a principios aprioristas, sino una viviente realidad que en cada momento histórico es la resultante de la evolución en el tiempo de esa manifestación de convivencia. A la conocida inicial posición de SAVIGNY, PUCHTA, etc., sigue la tendencia que a través de THIBAUT, DERNBURG, WINSCHIED, etc., encuentra su más caracterizado expositor en IHERING, quien pone enérgicamente de relieve la idea fina-



lista en el Derecho, es decir, lo valora atendiendo a su correspondencia con los intereses que debe servir.

Con un relativo paralelismo y para enfrentarse con los excesos del positivismo jurídico, que no corresponde exactamente con el positivismo general, aparece además el intento metodológico de construcción de una «teoría general del Derecho», la «Allgemeine Rechtslehre», del que MERKL («Enciclopedia jurídica» esp.) representa la formulación más típica y que cuenta no sólo con nombres ilustres (BINDING, THON, BERGBOHM, etc., y, con cierta peculiaridad, la «Analytic School of Jurisprudence», esp. AUSTIN, HOLLAND, HEARN, SALMOND...), sino con pervivencia remozada en estos últimos tiempos. Su directriz es sobradamente conocida y surge, en realidad, adscrita a un planteamiento metodológico, el mismo que más atrás indicábamos: abstraer, primero de los datos y después de los conceptos propios de cada rama jurídica, aquellas características comunes que permitan, a su vez, formular conceptos generales válidos para toda ciencia del Derecho, inducidos de los primeros, ya que, en fin de cuentas, hay un denominador común a todas ellas que es el concepto del Derecho mismo. Esta idea, combatida duramente desde todos los sectores de las disciplinas jurídicas, y no el que menos desde el privatista, la encontraremos hoy, por ejemplo, no ya circunscrita al ámbito del Derecho procesal, en la que es patente (tenemos muy próximo un trabajo en este sentido del profesor MIGUEL Y ROMERO), sino, con más amplio propósito, bajo el lema de la unidad de la ciencia del Derecho, siquiera sea aún prematuro predecir el resultado de estos esfuerzos.

Frente a los esfuerzos del empirismo, es natural, sin embargo, que el empuje metodológico sea otro. Para clasificar adecuadamente los heterogéneos materiales que constituyen el objeto inmediato del conocimiento empírico, se impone una medida o patrón conceptual anterior o superior, una regla o módulo necesario para ordenar el



arsenal de datos de la experiencia. Pero al intentar la superación de una postura metodológica que no se elevaba del dato, tampoco podía dejarse en olvido la realidad. Al estimar ambas categorías sin integrarlas va apareciendo esa escisión que ha de caracterizar la nueva escuela y que ya apuntaba en KANT con otro sentido. Sabido es que el filósofo de Königsberg decía: «la representación de un principio objetivo en tanto que es constrictivo para una voluntad, llámase mandato (de la razón) y la fórmula del mandato denomínase imperativo. Todos los imperativos mandan, ya hipotéticamente, ya categóricamente. Aquéllos representan la necesidad práctica de una acción posible, como medio de conseguir otra cosa que se quiere (o que es posible que se quiera). El imperativo categórico sería aquel que representase una acción por sí misma, sin referencia a ningún otro fin, como objetivamente necesaria».

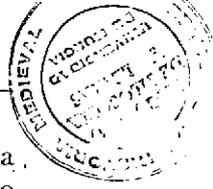
Pero la doctrina de los imperativos ha sido duramente atacada. Especialmente BENEKE, BRENTANO y MAX SCHELLER se esforzaron por demostrar que es una ficción de carácter psicológico. Por ejemplo, BRENTANO dice («El origen del conocimiento moral», tr. esp.): «En los fundamentos de la Metafísica de las Costumbres nos presenta KANT el imperativo categórico en las siguientes fórmulas: «obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que sea una ley universal» y «obra como si la máxima de tu acción, por tu voluntad, debiera convertirse en ley universal de la Naturaleza». En la *Crítica de la Razón Práctica* dice: «obra de manera que la máxima de tu acción pueda valer siempre al mismo tiempo como principio de una legislación universal», es decir, como KANT mismo explica, que la máxima elevada a ley universal no conduzca a contradicciones y no acabe anulándose a sí misma. La conciencia de esta ley universal sería, para KANT, un hecho (*factum*) de la razón pura, la cual de esta suerte se mostraría legisladora (*sic volo, sic*



*jubeo*). Pero ya observaba BENEKE («Grundlinien der Sittenlehre») que no es sino una ficción psicológica y hoy en día ya no hay persona juiciosa que lo dude. Es bien característico que aun filósofos como MANSEL, que sienten por KANT la mayor veneración, confiesen que el imperativo categórico es una ficción absolutamente insostenible. El imperativo categórico tiene, además, otro defecto y no menor. Las deducciones intentadas por KANT le fallan, como dice MILL, de modo «casi grotesco». Su ejemplo favorito de deducción es el siguiente: ¿Se puede—pregunta—conservar un bien que se ha recibido en depósito sin haber dado recibo ni otro justificante alguno? Y contesta: No; pues si la máxima contraria fuere erigida en ley, nadie confiaría nada a otro en tales circunstancias. La ley quedaría entonces sin posibilidad de aplicación; esto es, irrealizable y anulada por sí misma. Fácil es conocer que la argumentación de KANT es falsa y aun absurda. Cuán ridículo fuera que alguien tratase en modo semejante la pregunta siguiente: ¿Debo acceder a quien intenta sobornarme? y contestase: Sí, porque pensando la máxima opuesta elevada a ley universal de la naturaleza, ya no habría nadie que intentase sobornar a nadie y, por consiguiente, quedaría la ley sin aplicación y anulada por sí misma».

Pero con un apoyo en el apriorismo y otro en el empirismo, es decir, sobre una base kantiana como punto de giro filosófico y siguiendo el camino de la teoría general del Derecho en otro sentido, una nueva dirección, fundamentalmente de carácter metodológico, aparece con el nombre de Escuela Vienesa y el marchamo de neokantismo, idealismo dualista o positivismo crítico—que de tales modos ha sido considerada—, y, por ella misma, calificada como «Reine Rechtslehre», teoría pura del Derecho. Neokantismo, por su entronque filosófico; idealismo dualista, porque a diferencia de aquél y superando lo que, según la nueva escuela, no podía conseguir la teoría ge-





neral con la simple inducción y generalización, pues nada nuevo consigue de los materiales sobre los que induce o deduce, intenta obtenerlo por medio del concepto «a priori», separándolo de la realidad, cuyo conocimiento o valoración es sólo posible por su comparación con aquél; escindiendo el mundo de lo jurídico en dos categorías perfectamente distintas: el de lo absoluto, el *deber-ser*, y el de lo fáctico, el *ser*. Pero, además, este apriorismo es puramente formal, por lo que es el formalismo otra de las notas típicas de la doctrina. En fin, la denominación de positivismo crítico le correspondería, según VERDROSS, para distinguirlo del que él llama «positivismo ingenuo», de BERGBOHM. Según éste («Jurisprudenz und Rechtsphilosophie»), el derecho es un fenómeno histórico, un suceder real. Este suceder conviértese en fenómeno jurídico cuando aparece bajo la forma de derecho. Hay un criterio formal que permite distinguir el «derecho histórico» o «positivo» del «derecho ideal» o «deseado». Tal criterio nos lo brinda el concepto de «competencia». Toda norma estatuida por un poder competente es una norma jurídica; todo derecho establecido por un poder legítimo es derecho positivo.

Al hacer las precedentes afirmaciones incurre BERGBOHM en contradicción y destruye de modo automático su tesis originaria, pues si el derecho sólo vale cuando es impuesto por un poder competente, síguese de aquí que su validez no descansa en el hecho material del poder o de la vigencia efectiva del orden jurídico, sino en la norma o conjunto de normas que establecen la competencia del gobernante. Luego no es el *factum* de la positividad el que legitima los mandatos de aquél, sino el principio que hace del mismo un poder legítimo.

Ahora bien: todo juicio sobre competencia o incompetencia presupone la existencia de una norma. La competencia no es un hecho natural, sino una creación normativa. En la esfera de lo natural no hay poderes com-



petentes e incompetentes; por esto es paradógica la afirmación del judío Spinoza: «en el estado de naturaleza el derecho de cada uno se extiende hasta donde alcanza su poder».

Para justificar la existencia de un derecho cualquiera no basta decir que es eficaz; hay que demostrar que es legítimo. Pero hablar de legitimidad equivale a suponer la preexistencia de un orden normativo. Hace falta encontrar el principio que permita considerar como válida la norma fundamental.

Aquí entra en juego una de las construcciones típicas de la Escuela Vienesa, con KELSEN a la cabeza. Algunas veces—afirma—es posible referir una constitución vigente a otra u otras anteriores y encontrar en las últimas el fundamento de la primera. El derecho positivo establece las reglas de su propia creación y éstas no se refieren exclusivamente a la elaboración de leyes ordinarias, sino también al establecimiento de normas constitucionales. Si imaginamos una serie de constituciones sucesivas (cada una de las cuales hubiese sido establecida de acuerdo con los preceptos de otra anterior), podemos remontarnos hasta una constitución originaria en la que hallarían su apoyo todas las anteriores. KELSEN llama a esta constitución *norma fundamental hipotética*.

La experiencia nos enseña, sin embargo, que en la historia del Estado, de los Estados en general, no existe un orden jurídico uniforme, una sucesión regular de constituciones. La mayor parte de las veces, los anales de la historia política de cada Estado registran revoluciones numerosas, muchas de las cuales provocaron la ruptura violenta del orden jurídico. No obstante, la unidad del Estado puede sostenerse, pese a los cambios de régimen producidos por los movimientos revolucionarios, cuando se admite la existencia de un orden jurídico supraestatal.

Si se acepta el primado del orden jurídico internacional queda a salvo el principio de la unidad del Estado.



De acuerdo con una norma tácita de Derecho internacional público, la revolución victoriosa es considerada como un procedimiento extraordinario de reformas en el orden existente. Cuando una revolución triunfa y sustituye un orden jurídico por otro, los demás Estados suelen manifestar si reconocen o no al nuevo Gobierno. Tal reconocimiento constituye, en última instancia, la aplicación de la norma tácita a que alude el jefe de la Escuela de Viena.

Pero, como dice MAYNEZ, ya sea que se afirme la supremacía del orden internacional o que se acepte el primado del orden jurídico nacional, la antigua dificultad subsiste, pues en ambas hipótesis del positivismo se trata de normas límites que es imposible justificar de un modo jurídico. No queda otro remedio que *suponer* su validez, como lo hace KELSEN. El profesor austríaco dice que la norma fundamental es una hipótesis. Pero debe tenerse en cuenta que donde el método hipotético desempeña un importantísimo papel es en las ciencias físicas y matemáticas. Desde el punto de vista científico la hipótesis puede ser definida como una anticipación de una ley natural. A fin de explicar los fenómenos de la naturaleza, el investigador imagina una relación hipotética; es decir, supone que los fenómenos en cuestión se relacionan de determinada forma. Esta relación ideal adquiere el carácter de un principio científico cuando la experiencia demuestra que las relaciones reales del mundo físico coinciden con ella. Síguese de aquí que toda hipótesis, para ser válida, debe ser confirmada por la realidad.

La expresión kelseniana «norma fundamental hipotética» no puede ser interpretada del mismo modo. Tal norma es, por definición, un mandato o imperativo. Pero un imperativo no puede ser comprobado o destruido por la experiencia, como KANT había demostrado. La hipótesis jurídica, de KELSEN, no es, pues, una hipótesis científica. El fundador de la «Reine Rechtslehre» emplea el



término en su acepción vulgar (como suposición, o mejor dicho, como postulado de su construcción normativa).

No a otra cosa viene a desembocar la famosa «Stufentheorie», formulada por MERKL y aceptada por Kelsen. El problema del orden jerárquico normativo fué planteado por vez primera en la Edad Media, siendo a poco relegado al olvido. En los tiempos modernos BIERLING resucitó la vieja cuestión. El mencionado jurista analiza la posibilidad de establecer una jerarquización de los preceptos del Derecho y considera ya, como partes constitutivas del orden jurídico, no solamente la totalidad de las normas en vigor, sino asimismo la *concretización* o *individualización* de éstas en actos como los testamentos, las resoluciones administrativas y las sentencias judiciales.

MERKL («Die Lehre von der Rechtskraft») desenvuelve las ideas de BIERLING trazando una teoría jerárquica de las normas, sobre la que también labora VERDROSS («Die Einheit des rechtlichen Weltbildes» y «Gesellschaft und Recht»), igualmente destacado seguidor de la Escuela, buscando soluciones metodológicas a la investigación del esencial problema de la validez del Derecho. «Es un error muy difundido entre legos y doctos creer que el orden jurídico se agota o resume en un conjunto más o menos numeroso de principios de general observancia. Al lado de las leyes, o dicho mejor, subordinados a ellas y por ellas condicionados, aparecen los actos jurídicos en su infinita variedad y multiplicidad, que pueden designarse con el nombre de *normas especiales* o *individualizadas* para distinguirlos de las leyes, a las que MERKL llama *normas generales* o *abstractas*. Unas y otras forman el orden jurídico total. Es correcto hablar de concretización de una norma general en un acto especial porque la *situación jurídica abstracta* (o ideal) que aquélla prevee conviértese luego en una *situación jurídica concreta* (parece que estamos oyendo a CARNELUTTI). También es exacto hablar de individualización de preceptos jurídicos generales, ya que éstos se re-



fieren a personas ideales (propietario, arrendador, aparcerero, etc.), en tanto que los actos jurídicos crean relaciones de derecho entre personas realmente existentes.

El proceso merced al cual una situación jurídica abstracta transfiérmase en concreta y una norma general se individualiza, denomínase *aplicación*. Si examinamos el derecho a la luz de su aplicación descubriremos—dice MERKL—el criterio que permite establecer una ordenación jerárquica entre las diversas normas de aquél y entre éstas y los actos jurídicos concretos.

La concepción del derecho como un concepto de preceptos generales es una concepción estática; la que ve en él un proceso incesante de creación y aplicación tiene carácter dinámico. Sólo la última es capaz de brindarnos una imagen fiel de la vida jurídica y es la única que explica cómo las reglas abstractas de los Códigos trascienden a la práctica, haciendo posible la actualización del Derecho.

El proceso de aplicación es una larga serie de situaciones jurídicas que se escalonan en orden creciente de concretización. Toda situación jurídica concreta hállase «condicionada» por una norma abstracta. Las normas de general observancia, que en relación con los actos jurídicos son «condicionantes», hállanse a su vez condicionadas por otros preceptos de mayor rango. Una norma es condicionante de otra cuando la existencia de éste depende de la de aquélla. Los actos jurídicos son condicionados por las normas del Derecho, porque tanto la formación cuanto la validez y consecuencias de los mismos derivan de dichas normas y en ellas encuentran su fundamento. La existencia de un contrato, por ejemplo, está condicionada por ciertas disposiciones de carácter general que establecen la forma de contratación, las reglas de capacidad, los requisitos de validez y las consecuencias jurídicas de los diversos negocios. Un negocio jurídico concreto, que en relación con tales normas se halla en un



plano de subordinación, constituye sin embargo, en relación con las partes, y por lo que toca a las consecuencias de la operación, una norma o conjunto de normas determinantes. En este sentido se dice que los contratos son ley para las partes (*lex inter partes*). Dicha ley (norma individualizada, según la terminología de la Escuela vienesa) es condicionante de las consecuencias del negocio, las cuales, a su vez, se hallan condicionadas por ella.

Toda norma condicionada constituye, relativamente a la condicionante de que deriva, un acto de aplicación. El orden jurídico es una larga jerarquía de preceptos, cada uno de los cuales desempeña un papel doble: en relación con los que le están subordinados tiene carácter normativo; en relación con los supraordinados es un acto de aplicación. Los límites están constituídos por la norma superior, la norma fundamental, y por los actos inferiores, finales, de ejecución, que ya no son susceptibles de provocar ulteriores consecuencias.

La aplicación normativa constituye el puente tendido entre dos mundos: el ideal del deber ser y el mundo de las realidades. Todo deber, al ser cumplido, penetra en la esfera del ser. En el acto de la aplicación consúmase dicho tránsito.

La «Stufentheorie» que a grandes rasgos queda reseñada nos reconduce al problema de la validez de esa norma jurídica fundamental. En efecto: un acto de ejecución es jurídicamente válido cuando se funda en una norma válida (p. ej.: el auto ordenando la ejecución), y dicho mandato revélase como una consecuencia jurídica, dentro de un juicio (en relación con la falta de cumplimiento voluntario) y hállase condicionado por la sentencia respectiva. La sentencia descansa sobre una serie de normas generales y la validez de éstas deriva de la norma fundamental. Síguese de aquí que todo acto de aplicación se apoya de modo mediato o inmediato en la Constitución o norma fundamental.



Los reparos que se han opuesto a esta concepción han quedado ya expuestos. La falta de fundamentación última y la escisión del mundo en dos esferas distintas, la del «sollen» y la del «sein» son base para una viva oposición a la «teoría pura del Derecho». Discípulos inmediatos de KELSEN la acusan (VERDROSS, KAUFFMANN, SCHERIER...) y encuentra su contrapartida en numerosas doctrinas que encierran un criterio monista y ofrecen, a su vez, opuestos significados metódicos.

Como reacción furibunda contra el dogmatismo y el conceptualismo, debe notarse, en primer término, aparte aunque no en contradicción con la Escuela histórica a que hemos aludido ya, el movimiento conocido principalmente en Alemania con el nombre de «Escuela del Derecho libre o de la libre jurisprudencia», movimiento pasional, cuyas profundas raíces en el alma germánica no es ocasión de desentrañar aquí y que, en lo que tiene de aprovechable, ha venido finalmente a integrarse en la llamada «jurisprudencia de intereses, como indicaremos después.

El sistema de la «pirámide jurídica» de la Escuela de Viena encuentra enfrente estas afirmaciones contrapuestas: «el ordenamiento jurídico positivo tiene lagunas»; «el Derecho tiene horror al vacío»; apotegmas que pueden encontrarse en EHRLICH, quien abre paso al movimiento en 1888 con su trabajo «Ueber Lücken im Rechte» (como después ZITELMANN), aparecido en las «Juristische Blätter», y que propugna, para colmar ese vacío que las lagunas producen, una «Freie Rechtswissenschaft» (1903) (1), con consideraciones que, en sustancia, podían ya hallarse en ADICKES («Zur Lehre von den Rechtsquellen», 1872). El punto culminante de la doctrina encuéntrase en KANTOROWICZ al publicar en 1906 el famoso manifiesto «Der

---

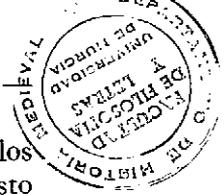
(1) Después, especialmente, «Die juristische Logik», en «Arch. f. civ. Praxis», 1925, y «Grund. d. Soz. des Rechts».



Kampf um die Rechtswissenschaft», cuyas principales afirmaciones pueden resumirse, como hace CASTAN, en sostener que el sustrato del Derecho estatal está constituido por el Derecho libre, que viene a ser en sustancia el antiguo Derecho natural, pero concebido no como universal e inmutable, sino como en continua transformación y adaptación a las exigencias del ambiente social. Este Derecho libre se manifiesta por lo común en la conciencia colectiva, pero en algunos casos puede ser precisado únicamente por el sentimiento individual; de aquí que la función del jurista lleve consigo unas veces la investigación del Derecho libre y otras veces la verdadera y propia creación del mismo. Con respecto a las relaciones entre el Derecho libre y el Derecho positivo, llega a la conclusión de que normalmente el Derecho libre no tiene eficacia práctica más que traducido en normas de ley, y, consiguientemente, el intérprete no puede violar la ley cuando ésta sea clara; pero puede y debe prescindir de ella, en primer lugar, cuando no parezca ofrecerse una solución indudable, y, en segundo término, cuando adquiera el convencimiento de que el legislador no resolvería actualmente el caso en el sentido que la ley lo hiciera. En su más exagerada expresión se llega a concebir por esta doctrina la ley como «un saco vacío susceptible de recibir cualquier contenido».

Aunque esencialmente afectos a la dirección metodológica que estamos considerando, puede apreciarse una fuerte tendencia a la que se denomina «jurisprudencia de intereses» en dos de los más destacados representantes de la escuela del Derecho libre: FUCHS y EHRTICH. El primero («Juristischer Kulturkampf», 1912; «Was will die Freirechtsschule?», 1929; «Die Zukunft der Rechtswissenschaft», 1933), tras afirmar el valor de lo espontáneo frente a la elaboración racional y reflexiva de la jurisprudencia, de lo vivo, concreto e individual frente a lo abstracto y conceptual, cree que el juez ha de tener en





cuenta en su decisión *los intereses* reales en pugna y los fenómenos sociales y económicos que forman el supuesto de las normas jurídicas. El segundo, de quien el profesor DE DIEGO dice que últimamente había suavizado tanto su antigua doctrina que apenas podría distinguirse de la jurisprudencia de intereses, ofrece en sus «Grundlegung der Soziologie des Rechts» un cambio de frente respecto al método de investigación del Derecho, suponiendo que la verdadera teoría científica del Derecho ha de buscarse en el campo de la Sociología, puesto que el Derecho es un fenómeno social. Para ello hace notar EHRlich que el hombre, que no puede concebirse jurídicamente fuera, sino dentro de una comunidad, está cualificado, regido, «ordenado» en todos los actos de su vida en función siempre de las relaciones que mantiene como miembro de alguna de las infinitas asociaciones en que se encuentra encajado por la vida misma. La contratación, las sucesiones, las relaciones familiares, de grupo, de Estado, tienen, pues, un fundamento y un contenido sociológico, y el Derecho no se circunscribe a las normas estatales, sino que es una ordenación social primaria y anterior al Derecho estatal y al producido por las decisiones judiciales; todo el Derecho podría reconducirse, según él, al derecho de asociación. Este sustrato social explica el que la norma jurídica necesite en todo momento del apoyo de las demás normas sociales para tener efectividad. Como, por otra parte, el origen histórico y sociológico de las normas de decisión creadas por la jurisprudencia está en la existencia de conflictos, tanto internos de cada grupo como entre individuos pertenecientes a distintos grupos o de grupos entre sí, que no pueden resolverse sino por una decisión, toda decisión supone el restablecimiento de límites puestos en duda por las pretensiones en conflicto, límites que existían de hecho dentro de la ordenación interna del grupo social, por lo cual, como se trata en todo conflicto de restablecer una norma dada por determinados hechos,



se exige del juez que conozca y tenga en cuenta esos hechos y esas situaciones reales. Por la generalización y unificación de todas estas decisiones nacen los primeros elementos del Derecho abstracto, o sea, los primeros elementos del «precepto» jurídico; pero esta unificación y generalización sólo ha surgido por motivos técnicos, es decir, con la finalidad de hacer más estables las normas jurídicas. Pues bien; si la norma de decisión del juez se alejaba ya un poco del Derecho vivo, en cuanto orden interno de un grupo social, las normas estatales son aún más abstractas y no son sino una sombra de la verdadera realidad jurídica inmediata. El Derecho estatal no ha podido nunca captar todo el Derecho vivo, y éste, emanación verdadera de la vida social, ha sido en todo momento más progresivo y adelantado que aquél.

Al referir MEDINA estos puntos de vista estima, con razón, inaceptable la reducción que pretende EHRLICH de que la ciencia del Derecho sólo pueda encontrarse en la ciencia general de la Sociedad, sin que, por otra parte, haya conseguido poner las bases necesarias para la construcción rigurosa de esa Sociología jurídica. La verdad es que, esto aparte, el movimiento de la jurisprudencia sociológica no quiere ni consigue ser más que jurisprudencia, esto es, ceñida por los límites de un Derecho positivo. Y, a la postre, pudiéramos añadir que todo el problema queda adscrito al de las fuentes y la interpretación en que tan pródiga y certera mano ha puesto entre nosotros el maestro DE DIEGO, al par que nos recuerda las ideas de PACCIONI sobre la preeminencia, como fuente, del Derecho jurisprudencial. Si la antecitada tendencia encontró acogida y recibió alientos en el famoso texto del artículo 1.º del Código civil suizo, no puede olvidarse que fué un nombre lleno de significación para nosotros, el de BUELOW, el que formuló ya en 1885, en su «Gesetz und Richteramt», la idea de que la actividad del juez es, necesariamente y por su naturaleza, creadora del Derecho,



¿ que esa idea figura a la vanguardia de esta encendida hueste.

Comprobación de lo que acabamos de apuntar puede verse en que la más característica manifestación de la corriente en pro del Derecho libre, fuera de Alemania, es la que ofrece la Escuela francesa llamada de la «libre investigación del Derecho», cuyo más alto representante es GÉNY, a quien más atrás ya hemos aludido; pues sus obras, conocidísimas, se centran en torno a los temas de fuentes e interpretación jurídicas y, además, revelan hasta qué punto era general y espontánea la reacción producida por los excesos del idealismo y del conceptualismo. Tanta difusión han alcanzado, incluso en nuestra Patria, los trabajos capitales de GÉNY («Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif», 1899, y «Science et technique en Droit privé positif», 1914-24), que nos releva de otra cosa que esta simple alusión. Al criticar el método de interpretación tradicional, que considera el ordenamiento jurídico como un sistema cerrado que contiene en sí mismo toda solución a sus posibles lagunas, advierte GÉNY que, bajo la apariencia de esta fidelidad a la ley, el método tradicional abre margen al más exagerado subjetivismo cuando la realidad de la vida exija una deducción de lo que el legislador no ha expresado y acaso ni concebido, y el intérprete tiende a sustituir con sus propias ideas las que no puede hallar en el texto legal. Por eso, como la ley posee una naturaleza intencional, ya que no es más que un acto de voluntad, el profesor de Nancy pone en primer término la necesidad de indagar esa voluntad legal a través de su fórmula; y cuando esas fórmulas son insuficientes para abarcar el cada vez más amplio campo de las relaciones sociales, se hace preciso recurrir a otras fuentes. Así, pues, al lado de las *fuentes formales*, y cuando éstas (ley, costumbre y tradición o autoridades) se presentan como incapaces de ofrecer una solución al caso planteado, el investigador debe recurrir



a la *libre investigación científica*, interrogando a la razón y a la conciencia y, a la par, estudiando los fenómenos sociales, que constituyen como la atmósfera de la vida jurídica exterior.

Puede así advertirse, con este simple trazo, la correlación que ofrece el pensamiento de GÉNY, en sus líneas más generales, con el de EHRlich que acabamos también de recoger. En su conjunto, sin embargo, la concepción del primero posee una ponderación y una fuerza sugestiva que le ha hecho merecedora de acogida singular por parte de los privatistas españoles. Después de todo, nuestra tradición jurídica no era ajena a semejantes soluciones, como lo demuestran las ideas de Vázquez de Menchaca y de Francisco Suárez, que oportunamente recuerda GONZÁLEZ al decir que la ley se apoya indefectiblemente en su «ratio», no en la escritura ni en las palabras, por lo que el juez, y no solamente el Príncipe, puede violar las leyes cuando empiezan a ser perjudiciales, porque donde hay justa causa no hay transgresión de la ley, y que ésta puede cesar por razón de equidad (respectivamente, «Controv. ilustr.», I, XLVI-2, y «Tract. de Leg. ac. Deo legisl.», esp. IV a IX; cit. «La ley ante sus intérpretes», Rev. Dcho. Inmobiliario, 1935, 101 ss.).

La dirección metodológica que capitanea IHERING, no obstante su última modalidad, y que recibe el nombre de «jurisprudencia constructiva», señala justamente el criterio contrario de la que acabamos de examinar. Aunque ya nos hemos referido al gran juriconsulto alemán en líneas anteriores, vamos a detenernos un tanto en esta doctrina, porque del mismo modo que en los últimos tiempos el frente de lucha del «Derecho libre» ha quedado reducido bajo el lema de la «jurisprudencia de intereses», las amplias corrientes del dogmatismo, el normativismo, la construcción, van a polarizarse, para esa lucha, en torno al lema «jurisprudencia de conceptos».

Prescindiendo de los antecedentes, entre los que coloca



BINDER, y recuerda repetidamente SILVA MELERO a KIELRUFF, la tesis fundamental de IHERING, a la que también ha dedicado el profesor GONZÁLEZ líneas de interés, puede resumirse (esp. «Geist des römischen Rechts») en la distinción entre la jurisprudencia «inferior», cuyo cometido es la interpretación, la aplicación del precepto legal, resolución de sus contradicciones y oscuridades para hallar la voluntad que lo inspira, y la «superior» que viene a ser como la historia natural de las instituciones y nociones jurídicas. Las instituciones no son simples reuniones de conceptos, sino individualidades, verdaderos organismos lógicos animados de vida, que nacen, actúan, mueren, se combaten, tienen sus finalidades, sus fuerzas, sus cualidades: son *cuerpos jurídicos*. Para determinar su noción y el modo de distinguirlos, la definición teleológica o de finalidad (dice ahora y contradirá después; por esto HECK le ha llamado el Saulo de la jurisprudencia constructiva y el Pablo de la teleológica) vale muy poco al lado de la ontológica o de existencia.

Definiendo los cuerpos jurídicos por sus elementos anatómicos (sujeto, objeto, contenido), sus cualidades y fenómenos (divisibilidad, solidaridad, nacimiento, metamorfosis...) y relaciones, obtendremos, mediante su clasificación sistemática, una síntesis perfecta a manera de cuadro sinóptico, donde cada uno de estos cuerpos ocupe su lugar y muestre su situación con respecto al conjunto científico, según el método histórico-naturalista.

Este método prestó indudables servicios para la sistematización del inmenso material que ofrecía el Derecho romano, y en PUCHTA, y sobre todo en WINSCHIED, alcanzó su culminación dogmática y conceptualista, operando concepto sobre concepto con una directriz que el mismo WINSCHIED presenta con la mayor nitidez: «el pensamiento propio de la norma jurídica se representa en conceptos, es decir, en agregados de elementos dialécticos, y se trata de resolver los conceptos en sus partes consti-



tutivas». Por lo que se refiere a nuestra especialidad, dice que los casos litigiosos corresponden, por regla general, a normas variadas, cuyos efectos se cruzan e influyen; y la sentencia será el resultado de un cálculo realizado con los conceptos como factores. El cálculo, naturalmente, dará un resultado tanto más seguro cuanto más exacto sea el valor de los factores. El verdadero sistema de los derechos, la íntima homogeneidad de sus normas, sólo puede brotar de una plena comprensión de los conceptos jurídicos (vid. «Pandekten», pár. 24; sobre esto y sig. GONZÁLEZ, «Jurisp. constructiva», R. D. I., 1935).

Por su parte, IHERING señala las tres reglas fundamentales del método constructivo, que ha de tener en cuenta los siguientes elementos: «positivo», en cuanto la construcción doctrinal debe aplicarse exactamente al Derecho positivo, respetando su contenido pero con entera libertad de forma, toda vez que el legislador no puede imponérsela al jurisperito; «lógico», pues que la unidad sistemática impone a las construcciones una concordancia perfecta, para lo cual hay que ensayar todas las posiciones imaginables y las combinaciones posibles antes de aceptar una construcción o desechar la aceptada; y «estético», porque hay que evitar la «inelegancia juris», atendiendo a la simetría, simplicidad, naturalidad y claridad en las combinaciones. Con todo ello se conserva la unidad, totalidad y simultaneidad de la imagen intuitiva, garantizando la rapidez, facilidad y seguridad del juicio, que incluso cuanto más se aleja de la vida mayores desenvolvimientos y soluciones puede ofrecer. El sistema resulta de este modo una inagotable fuente de fecundas creaciones.

Resumiendo MAX WEBER (esp. «Rechtssoziologie»; cfr., PÉREZ GONZÁLEZ, «El método jurídico», RDP., 1941) las características de la jurisprudencia conceptual, le asigna las siguientes: a) que toda concreta decisión jurídica es aplicación de una regla abstracta de Derecho a un



hecho singularmente determinado; *b*) que para todo hecho concreto es posible adquirir de las reglas de Derecho abstracto, que están vigentes, una decisión con los medios de la lógica jurídica; *c*) el Derecho objetivo vigente contiene, en forma latente, un sistema sin posibles lagunas jurídicas, y como tal debe ser tratado a los fines de aplicación; *d*) aquello que no sea apto para ser tratado jurídicamente no puede ser calificado como relevante en la vida jurídica, y *e*) la acción de la generalidad de los hombres debe ser considerada o como aplicación o como ejecución de las reglas jurídicas, o, al contrario, como contravención o transgresión de las mismas.

Reacción sobre reacción, hemos visto cómo se producía la de la Escuela del Derecho libre, en un principio contra el formalismo y rápidamente contra el conceptualismo. A su vez, la jurisprudencia constructiva venía a luchar contra el empirismo y el «*judex legibus solutus*». Pero los excesos de ésta, su apartamiento cada vez mayor de la experiencia y la existencia indudable de lagunas en el ordenamiento jurídico, que sus adversarios se cuidaron muy bien en poner de relieve, cada día aumentadas por el veloz desarrollo de las conquistas científicas que produjeron cambios en la vida social imprevisibles para la ley anterior, tuvieron como consecuencia un recrudescimiento de la pugna sobre el método, que por lo que se refiere a la ciencia jurídica encuentra su momento más álgido en la batalla entre la «*Interessenjurisprudenz*» y la «*Begriffjurisprudenz*». No contribuyó poco a ello la sátira mordaz que el propio IHERING dedicó en su última época al conceptualismo de que procedía y el traslado de su concepción jurídica fundamental a la idea del fin, que viene a enlazarle con la filosofía vitalista y, concretamente, a la jurisprudencia de intereses. Esta «traición» provocó una nueva defensa del conceptualismo y, en fin, la réplica, más serena que las exageraciones del



Derecho libre, que ha dado en denominarse jurisprudencia de intereses.

Las diferencias entre ambas posiciones metodológicas han sido enunciadas principalmente por HECK, como dice GONZÁLEZ, en un triple sentido: el primero hace referencia a la relación causal de los elementos jurídicos; el segundo, a la actividad del juez decisoria de los pleitos, y el tercero, a la elaboración de la ciencia jurídica.

En primer lugar, hay que tener en cuenta los mandatos legales, los intereses vitales y los conceptos ordenadores de la ciencia. El derecho es un imperativo; pero los mandatos jurídicos se hallan subordinados a la representación mental de sus efectos sobre la vida humana, a su función específica, como la de un órgano en la fisiología jurídica. Los preceptos actúan sobre la vida apasionada, movida y exigente donde los intereses (científicos, artísticos, económicos, religiosos) riñen encarnizada lucha alrededor de los bienes y de los ideales. Por último, el tercer grupo de elementos jurídicos está constituido por los conceptos científicos, a los cuales la inteligencia somete las representaciones de mandatos e intereses para elaborarlos y clasificarlos.

¿Cómo se relacionan estos elementos en la antigua y en la nueva doctrina? La jurisprudencia de conceptos los concibe como causa fundamental del Derecho, como representaciones que engendran normas jurídicas y provocan directamente efectos en la vida. Pero esta doctrina causal está abandonada porque se admite unánimemente que la norma es anterior a su inclusión en los conceptos y es engendrada por las necesidades vitales y por la valoración de las mismas. Todo precepto jurídico decide un conflicto de intereses y aparece como una composición de fuerzas. La jurisprudencia finalista no es satisfactoria, porque la inteligencia de cualquier norma hay que elaborarla suponiendo el conflicto de intereses que tiende a



resolver, proyectar la explicación en el mandato y apreciar el alcance de la disposición.

Por lo que respecta a la decisión de casos judiciales, la antigua doctrina aparecía centrada sobre el dogma del conocimiento: el juez desarrolla una actividad cognoscitiva, dirigida al conocimiento de la norma jurídica y a la subsunción lógica. No tenía que valorar nada ni configurar la norma; le bastaba «calcular con los conceptos». La creación de normas por medio de construcciones transforma un sencillo «realismo conceptual» en una artificiosa doctrina jurídica, pues de las normas se inducen los conceptos y de éstos se deducen nuevas normas (método de inversión) para solucionar los casos que no se hallaban previstos cuando se hizo aquella determinación legal. Pero el método de llenar las lagunas del Derecho por medio de construcciones es incorrecto—dice la doctrina a que aludimos—, porque la absorción de varias normas en una fórmula no autoriza para extraer de ésta otra norma nueva. La jurisprudencia superior de IHERING es una falacia y la objetividad del juicio que pudiera esperarse de ese método es una pura ilusión. La jurisprudencia de intereses estima que si el juez se halla obligado a observar la ley, tiene, como el legislador, intereses que deslindar y conflictos que resolver.

En fin, por lo que se refiere a la elaboración de la ciencia jurídica, las diferencias se deducen claramente de lo expuesto, en cuanto la jurisprudencia de intereses mira a las relaciones y necesidades vitales y estima la vida no como el campo de aplicación, sino como el manantial del Derecho; el sistema jurídico pasa de deductivo a inductivo.

Pero la jurisprudencia de intereses no abomina de los conceptos, como elementos «ordenadores», no «creadores», del Derecho, así como tampoco se aparta de la ley escrita. Por el contrario, para HECK la ley es una preciosa conquista de los pueblos civilizados, dotada de cua-



lidades y perfecciones que la colocan por encima de las costumbres inciertas, de los precedentes inconcretos y de los juicios oscuros. Hay que ser fieles a la ley si se quiere obtener una libertad plena, un derecho seguro, una armonía completa. Pero, al mismo tiempo, hay que apoyar la justicia en los complejos fenómenos de la vida social, introducir la sociología en el Derecho y colocar al jurista en el centro del mundo inquieto, apasionado, henchido de anhelos y necesidades. La Escuela de Tubinga —hace notar GONZÁLEZ— presenta, en su consecuencia, un doble frente: al movimiento del Derecho libre opone la fidelidad a la ley, y contra la jurisprudencia de conceptos coloca la preponderancia en la consideración de los intereses vitales.

En la traducción política que todas las orientaciones metodológicas acusan, la «jurisprudencia de intereses» pretende ofrecer soluciones ajustadas a las necesidades del Estado totalitario y ser más comprensible para la comunidad (vid. PÉREZ, loc. cit.). En justificación de ello y con referencia al nacional-socialismo, defiende HECK su tesis apoyado en los siguientes puntos: «vinculación del juez a la ley», que afirma rige en el Estado nacional-socialista, pero pudiendo el juez, ante las lagunas del Derecho, apartarse del contenido originario de la ley y acomodarse a los nuevos ideales de la comunidad, e incluso debe proceder así cuando las leyes antiguas estén en contradicción con esos ideales; «interpretación de fines» e «interpretación histórica», «regulación de las lagunas por la norma judicial» y «visión de conflictos»; todos cuyos puntos encuentran, según él, su correspondencia en las leyes nacionalsocialistas y en las directrices del Partido (vid. esp. «Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre», 1936).

Con su cuño político, que RUMELIN se esforzó últimamente en alcanzar, la «jurisprudencia de intereses», en un principio poco difundida, tiende a llenar las necesidades de un pueblo en pleno dramatismo, en el fondo de



cuya vida jurídica palpita, hoy como siempre, el formidable aliento del «Volkgeist». Entre nosotros la acepta, templada con el criterio finalista y sin desdoro para el necesario complemento conceptual, PÉREZ GONZÁLEZ y, con reservas, JERÓNIMO GONZÁLEZ. Pero no está exenta para atraer contradictores y envidiosos. En STAMMLER, de reparos y, principalmente por SAUER (*Juristische Methodenlehre*», 1940), se ha dicho de ella que los conflictos de intereses son sólo una parte de los conflictos jurídicos; que la composición del interés no es tampoco, en estos conflictos, el principio o móvil supremo del Derecho, y si puede serlo a veces en el Derecho privado, no lo es, en cambio, en el público; que aunque pueda presentarse un interés privado como superior a otro, el Derecho se debe, a veces, pronunciar contra el interés más fuerte; y que olvida los valores objetivos, superiores a los intereses: el bienestar y la justicia.

Este último punto nos ofrece el tránsito a una distinta posición metodológica llena de sugerencias: la llamada «filosofía de los valores», o, con un enlace más propio, la «jurisprudencia de valores», como la denomina STOLL («Begriff und Konstruktion in der Lehre Interessenjurisprudenz», 1934), a que dedicaremos en seguida una ligera referencia. De todos modos, la lucha entre la jurisprudencia de intereses y la de conceptos fué perdiendo viveza, hasta el punto de decirse por LEHMANN de los últimos trabajos de HECK que contenían la «Begriffjurisprudenz» de la «Interessenjurisprudenz», y aun parece que dentro de ésta, la controversia HECK-OERTMANN («Interesse un Begriff in der Rechtswissenschaft», 1931) señaló los linderos de la concordia, a pesar de las diferencias, la cual es fácil hallar en BAUMGARTEN. Hay, además, algo que unifica estas modalidades, ya que, según PÉREZ GONZÁLEZ (loc. cit.), quiéranlo o no, en todas las manifestaciones de la jurisprudencia de intereses, y en doctrinas bien distintas, prevalece el elemento finalista o teleológico.



Para el profesor de Madrid la figura de IHERING señala una época que no ha sido estimada debidamente. «Quizá hoy—dice—no se aprecie en todo su valor la aportación de IHERING a la doctrina del método jurídico, porque su concepción teleológica se ha convertido en opinión muy generalizada y se ve como algo natural. Para darse cuenta de lo que esa aportación significa es preciso compararle con un SAVIGNY o con un WINSCHIED. Además, tanto el contenido como la forma de sus escritos eran apropiados para atraer contradictores y envidiosos. En STAMMIER, KOHLER y RÜMELIN encontramos manifestaciones desfavorables contra él. El mismo E. WOLF no reparte con justicia «la luz y la sombra»; mientras que en GIERKE ve el comienzo de una nueva era, cita los escritos de IHERING, subrayándolos, es cierto, pero censurando una sistemática insuficiente, la despreocupación filosófica, el exceso de ocurrencias y comparaciones, etc. (vid. SAUER, «Juristische Methodenlehre», p. 560 y ss.). Tal vez sean en parte ciertas estas censuras. El espíritu literario y satírico, fuertemente personal, que lleva dentro IHERING, rompe en ocasiones con la ecuaníme ponderación a que nos tienen acostumbrados los juristas. Pero por encima de todo esto—al fin, accidental—siempre quedarán en pie sus dos vastos planes: la superación del positivismo y la transformación del concepto de Derecho subjetivo. La jurisprudencia de intereses ha intentado separarse de él, en aras de una ansiada autonomía; mas podrá incluso señalar límites, pero el vínculo íntimo que le une a él, por mucho que se esfuerce, no es posible romperlo. IHERING será siempre el genial creador de una dogmática, que luego se ha desarrollado y perfeccionado. El mismo STAMMIER operó con métodos teleológicos.»

Hay que señalar, aun con la premura que nos acucia en este rápido examen que estamos realizando, un movimiento metodológico de interés primordial en el ámbito de la Filosofía moderna: la fenomenología. Y decimos





«movimiento metodológico» porque es el método lo que ha abierto paso a la fenomenología hasta diversas ramas científicas, y concretamente al Derecho, más que su auténtica tesis idealista como reacción contra el positivismo imperante a principios de siglo (el primer libro de HUSSERL, «Logische Untersuchungen», publicado en 1900, es, fundamentalmente, una lucha contra el psicologismo). Es esa misma reacción la que origina el método, pues la fenomenología se configura como una ciencia de objetos ideales, que no cabían en la posición positivista.

La fenomenología es, pues, una «lógica pura de los objetos ideales», es decir, de los principios lógicos, las leyes lógicas puras y las significaciones. Si HUSSERL la funda, sobre todo al publicar en 1913 sus «Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie», es con un pie en la obra de BRENTANO «Psychologie vom empirischen Standpunkt», del mismo modo que en otro breve trabajo del mismo gran pensador austríaco, «Vom Ursprung sittlicher Erkenntnis», tiene su origen la filosofía de los valores que constituye, con la fenomenología, en la que también se apoya, una de las ramas más interesantes del pensamiento filosófico actual. A este acervo incorpora BRENTANO la idea de la «evidencia», que da sentido a su famoso «empirismo», tan distinto del corriente: la visión evidente de las esencias de las cosas, no la simple observación de hechos. El empirista observa un hecho, y otro y otro, y luego abstrae y generaliza las notas comunes. El «empirismo» de BRENTANO es de otro tipo; supongamos que quiero observar un fenómeno: tomo *un solo caso* y veo qué es en él lo esencial, aquello en que consiste, sin lo cual no es; así obtengo la *esencia* del fenómeno; y puedo decir, por ejemplo, no que los actos psíquicos son *generalmente* intencionados, sino que lo son *esencialmente*. BRENTANO «intuye» la esencia fenoménica.

Este método, de base bergsoniana y con antecedente



inmediato en BOLZANO («Wissenschaftlehre»), viene a ser, depurado y perfeccionado por HUSSERL, la fenomenología. Por otra parte, al clasificar BRENTANO los fenómenos psíquicos distingue tres clases de actos: las representaciones, los juicios y las emociones. La palabra «representación» es usada por él en un sentido muy amplio: un pensamiento, una idea o una imagen; a todo lo que me es *presente a la conciencia* llama BRENTANO representación, y formula acerca de ello el principio que lleva su nombre, de rancia raíz escolástica: «todo acto psíquico es una representación o está fundado en una representación». Si yo me alegro de una cosa, mi alegrarme supone una representación de aquello de que me alegro; si quiero algo, de la cosa querida. Hay, por tanto, un primer grado de intencionalidad, que es la referencia simple al objeto representado, y un segundo grado en el que, sobre la base de una representación, tomo posición en un segundo acto intelectual. El «juicio» consiste en admitir o rechazar «algo» como «verdadero». La emoción, el interés, la voluntad o el amor consisten en un «moverse hacia algo», o sea, apreciarlo o valorarlo, *estimarlo*. Habría con esto una corrección (que, naturalmente, no podía pasar por la obra de BRENTANO, dada su naturaleza y su tiempo) a la llamada jurisprudencia de «intereses», así como el claro entronque de la filosofía de los valores (MARIAS), que SCHOLL comprendió, como hemos dicho.

La importancia de la fenomenología halla muestras en que ya HEGEL, el gran idealista, con significativa anticipación, tituló su primera gran obra, aparecida en 1807, «Fenomenología del espíritu», y, por otro lado, suena en nuestros días la frase de que el método fenomenológico es el método por excelencia de la filosofía actual. Es una ciencia «a priori» y «universal», porque es ciencia de las esencias de las vivencias. Vivencia es acto psíquico; al envolver la fenomenología el estudio de todas las vivencias tiene que envolver el de los objetos de las vivencias,



porque las vivencias son intencionales y es esencial en ellas la referencia a un objeto. Ahora bien: si pensamos en un ejemplo de cualquier vivencia, apreciaremos claramente la naturaleza de su objeto; así, en la vivencia constituida por «la amistad mía con X.», no es éste o el otro acto amistoso, sino el conjunto intemporal e inespacial, abstracto, de todos esos actos, relaciones, sentimientos, etc., lo que forma su objeto, objeto que es puramente ideal; es decir, que existe una clara diferencia entre este objeto ideal de la vivencia y cualquier objeto o acto real de la misma: el ideal es «intemporal» y el objeto real está sujeto al tiempo, enclavado en el tiempo, es «hic et nunc». Por esta razón los objetos ideales son «especies»; no tienen el principio de individuación que es el aquí y el ahora. Los objetos ideales son, pues, especies, o, por otro nombre, «esencias».

Por lo que se refiere concretamente al método, que es el punto cardinal de la fenomenología, pueden observarse en él dos momentos: el primero es el de abstención o reducción fenomenológica, «epoké». Ya BRENTANO había dicho que la percepción interna era evidente, adecuada e infalible. HUSSERL la precisa más: tenemos una percepción; la percepción de una mesa consiste en que la aprehendo como existente, como real; y en eso, en la «creencia» de que va acompañada se diferencia la percepción de otra vivencia, por ejemplo, de una representación. Pero para no salirme de lo indubitable, en lugar de decir «yo veo esta mesa que existe», debo decir: «yo tengo una vivencia y entre los caracteres de ella está la creencia en la existencia de la mesa». Este «poner entre paréntesis» o «entre comillas», es la «epoké». A favor de semejante reducción, el conocimiento, basado en la intuición, pasa de sensible a eidético (de «éidos», esencia), llega a captar la esencia del objeto. Pero ¿qué son las esencias? HUSSERL las define como el conjunto de todas las notas del objeto ideal unidas entre sí fundamentalmente. Y como la re-



ducción eidética se extiende también a mi yo, encontramos así el «yo puro», la «conciencia pura reducida». De lo que se pasa al segundo momento metódico: los actos de la conciencia pura en que se constituyen los objetos por ellos mentados.

Aunque en unas líneas referentes a la evolución de la Metodología jurídica no podía soslayarse aludir a innovación de tanta monta, que, de un modo o de otro, corre bajo la gran mayoría de las obras científicas recientes, entendiéndose, en ciencias del espíritu, la verdad es que la fenomenología, que ofrece tres grandes nombres: el de su fundador, HUSSERL (cfr., además de los trabajos mencionados, «Formale und transcendente Logik», 1929; «Méditations cartésiennes», 1931) y, con aplicaciones muy personales, SCHELER (su obra fundamental es «Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik», 1927, aparte de su copiosa y profunda labor posterior: «Wesen und Form der Sympathie», «Die Stellung des Menschen im Kosmos», «Die Wissensformen und die Gesellschaft», «Vom Ewigen in Menschen», etc.), que se adscribe prontamente a la filosofía de los valores, y HEIDDEGER (de su obra capital, «Sein und Zeit», a que ya hemos aludido en líneas anteriores, sólo se publicó el primer tomo en 1927; además, en 1929, «Kant und das Problem der Metaphysik» y los dos folletos «Was ist Metaphysik» y «Vom Wesen des Grundes»), que se coloca a la cabeza de la filosofía existencial; la fenomenología, repetimos, ha tenido una proyección directa muy reducida en el campo de la Filosofía del Derecho. Sus tres principales representantes, REINACH («Die Apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts», 1913), KAUFFMANN («Logik und Rechtswissenschaft», 1922, y «Die Kriterien des Rechts», 1924) y SCHREIER («Grundbegriffe und Grundformen des Rechts», 1924, y «Die Interpretation der Gesetze und des Rechtsgeshäfts», 1927) no siguen, con mucho, las directrices más acusadas de su construcción. HAUFFMANN, por



ejemplo, que es el que ofrece más interés, dice que al jurista, como al naturalista, se le presentan como objeto de investigación una serie de leyes y una serie de hechos; por eso, su teoría podría igualmente formularse o como comprensión de esas leyes o aprehensión de los hechos en relación con las leyes a él dadas; con lo cual aparecen ambas, la natural y la jurídica, como ciencias dogmáticas, pues su tarea esencial es la aplicación de las leyes. KAUFFMANN coloca, en la clasificación de conceptos que han de servir de base a la construcción, los de persona, conducta, hecho y deber. Pero las críticas de que ha sido objeto, por su coincidencia final con KELSEN, a quien pretendía superar, y por su falta de diferenciación de fenómenos y leyes típicos de una y otra ciencia, demuestran que el intento no fué conseguido plenamente.

El nombre de SCHELER nos lleva a anotar ahora el giro metodológico que con respecto a la fenomenología representa la filosofía de los valores, o estimativa, a que hemos tenido ocasión de aludir repetidas veces. Apoyada en BRENTANO, como decíamos, cuyos discípulos MEINONG y VON EHRENFELS, principalmente, ya dedicaron su actividad a ocuparse del problema del valor, cuenta con una literatura abundante, desde el admirable trabajo de Oscar KRAUS «Die Grundlagen der Werttheorie», al que precedió el ensayo de MUENSTERBERG «Philosophie der Werte», publicado en 1908, pasando por el magnífico «Formalismus» de SCHELER y por la «Wertphilosophie» de STERN (1924) hasta la obra capital del profesor de Berlín HARTMANN, la «Ethik», aparecida en 1926, que marca el punto culminante de la doctrina (vid. además, de HARTMANN, «Grundzüge einer Metaphysik der Erkenntnis», «Das Problem des geistiges Seins», «Die Philosophie des deutschen Idealismus», «Zur Grundlegung der Ontologie», «Möglichkeit und Wirklichkeit»...), aparte de los interesantes ensayos de MESSER, «Deutsche Wertphilosophie der Ge-



genwart»; KRAUSS, «Wertbegriff und Wertphilosophie», y ORTEGA Y GASSET, «¿Qué son los valores?».

Si nos vamos a detener un tanto en esta teoría es porque su traslado al campo de la metodología jurídica se ha enfrentado sobre todo con el problema esencial de la validez del Derecho. Y así, partiendo del último de los trabajos que acabamos de citar, cabe preguntar ante todo: ¿qué son los valores?

Ya BRENTANO dijo que el «amor justo» era aquel amor evidente que llevaba en sí mismo la razón de su justeza. Era el amor a un objeto que muestra evidentemente que la actitud adecuada es la de amarle. Un objeto es «amable» con amor justo cuando obliga a reconocer su auténtica cualidad de exigir ser amado. Con esto nos hallamos a dos pasos de la teoría de los valores. Cuando yo prefiero una cosa es que veo que esa cosa «tiene valor», es valiosa.

Los valores son, pues, algo que tienen las cosas y que ejerce sobre nosotros una extraña presión; no se limitan a estar ahí, a ser aprehendidos, sino que nos obligan a «estimarlos». Podré ver una cosa buena y no buscarla; pero lo que no puedo hacer es no estimarla; «verla como buena es ya estimarla». Los valores no nos obligan a hacer nada, sino sólo a esa cosa modesta, pequeña e interior que es «estimarlos». Valor, por tanto, es aquello que tienen las cosas que nos obliga a estimarlas. Desde PLATÓN se habla de un mundo de lo ideal al lado de un mundo de lo material; ARISTÓTELES llamó al primero reino de las formas (eidos), traducido después por la Escolástica como reino de las «esencias». Exactamente este término es el que hemos visto aceptado por la fenomenología, y la voz alemana «Wessenheit» corresponde justamente con la «esencia» escolástica.

Pues bien: los valores son «esencias», no dependen ni del sujeto ni de las cosas: ni el realismo ni el subjetivismo explican su modo de ser. Pero no son formas sin contenido, sino materias y estructuras que determinan una



específica cualidad en los objetos, personas y relaciones en que se halla. Esto lo veremos claro considerando el sentimiento de lo valioso (Wertfühlen), del que dice HARTMANN que es la anunciación del ser de los valores en el sujeto; y que la aprioridad del conocimiento en cuestión no es reflexiva o intelectual, sino emocional o intuitiva.

En efecto: se ha pensado (p. ej.: MEINONG) que una cosa es valiosa cuando nos agrada y viceversa. El valor sería algo subjetivo, fundado en el agrado que la cosa produce en mí. Pero ocurre que las cosas nos agradan «porque son buenas»—o nos lo parecen—, porque encontramos en ella la bondad. La bondad apprehendida es la «causa» de nuestro agrado. Complacerse es complacerse «en algo», y no es nuestra complacencia la que da el valor, sino al revés: el valor provoca nuestra complacencia.

Por otra parte, si la teoría de MEINONG fuese cierta, no serían valiosos más que los objetos que existen, únicos que pueden producirnos agrado: y resulta — como vió EHRENFELS—que lo que más valoramos es lo que no existe: la justicia perfecta, el saber pleno, la salud de que carecemos; en suma, los «ideales». Por esto EHRENFELS rectifica a MEINONG, diciendo que son valiosas no las cosas agradables, sino las «deseables». El valor es la simple proyección de nuestro deseo. Tanto en uno como en otro caso, el valor sería algo subjetivo; no algo perteneciente al objeto, sino a los estados psíquicos del sujeto. Pero las dos teorías son falsas. En primer lugar, hay cosas profundamente desagradables que nos parecen valiosas: cuidar a un familiar afectado de enfermedad contagiosa y repugnante, recibir la muerte por una causa noble, etc. Se puede desear más vivamente comer que poseer una obra de arte, y, al mismo tiempo, valorar mucho más la obra artística que la comida. La valoración es independiente de nuestro agrado y nuestro deseo. No es nada subjetivo sino objetivo y fundado en la realidad de las cosas. Las palabras «agradable» y «deseable» tienen, además, otro



sentido: lo que *merece* ser deseado. Este merecimiento es algo que pertenece a la cosa, aparte de su valoración. Valorar no es *dar*, sino *reconocer* el que el objeto tiene.

Es preciso distinguir los valores de las cosas (Dingwerte) y las cosas valiosas (Wertdinge). Las cosas «tienen» valor de distintas clases y en distintos grados. El valor es una cualidad de la cosa, no la cosa misma. La experiencia nos lleva a considerar útiles y agradables ciertos objetos y otros no. Esto indica simplemente que ciertas cosas son medios adecuados o inadecuados para algo cuyo valor era conocido de antemano. El conocimiento a priori de lo valioso es precisamente el que nos permite llamar «bienes» a las cosas «portadoras de valor», y ese sentimiento de lo valioso el que hace posible la selección y clasificación de los objetos que forman nuestra circunstancia. El valor es una cualidad «irreal» que no se *percibe* con los sentidos; simplemente, se «estima».

Pero los actos humanos no son sólo referibles a «objetos»; los fenómenos éticos más elevados consisten en actos de otra índole y corresponden a valores de diferente especie: los valores de la acción. La realización de los valores de la acción (éticos y jurídicos) aparece, para la teoría de los valores, bajo la forma categorial de la finalidad, finalidad que es, precisamente, la capacidad de proponerse lo que es todavía irreal, y la facultad de seleccionar los medios adecuados a la realización de lo propuesto. Aquí vemos su ineludible ligazón con la doctrina teleológica y confirmada la tesis del profesor PÉREZ GONZÁLEZ que más atrás hubimos de recoger, de que el pensamiento de IHERING puede rastrearse en el fondo de cuanto, con uno u otro carácter, pretende hoy ofrecer soluciones al problema del método jurídico.

En su proyección hacia la Filosofía del Derecho, la doctrina que examinamos formula su posición con respecto a la Escuela Vienesa, por ejemplo. Así, dice: en la esfera del deber-ser hay que distinguir el «deber ser



ideal» de todo deber ser que formule un mandato y se dirija a una voluntad («deber ser normativo»). Esta segunda categoría de deberes depende de la primera, pues toda obligación es siempre el deber ser ideal de un acto de voluntad. «Cuando el contenido de un deber ser ideal es puesto en relación con un querer, despréndese de aquél una exigencia que se dirige a dicho querer. Pero la exigencia en cuestión no es el deber ser ideal, sino una de sus consecuencias (SCHELER; sobre esto, MAYNEZ). Toda exigencia se funda «inmediatamente» en un deber ser ideal y «mediatamente» en un valor; puede aparecer ya sea bajo la forma de un mandato interior (conciencia de la obligación), ya bajo la forma de un mandato exterior. La relación que existe entre los conceptos de valor y deber-ser encuéntrase regida por dos axiomas: a) todo valor positivo debe ser; b) todo valor negativo debe no ser. Esa relación no es recíproca, sino unilateral. «Todo deber-ser se halla fundido en un valor, pero los valores no se hallan fundidos en un deber ser ideal», dice SCHELER.

Las conclusiones que en este respecto pueden deducirse de la teoría de los valores serían: a) toda norma—deber-ser normativo, en la teoría kelseniana—se funda en un deber-ser ideal; y b) todo deber-ser ideal hállase en relación con un valor objetivo. O sea, que «las normas, para ser válidas, deben postular la realización de valores objetivos». Concretamente, «todo ordenamiento que realice valores objetivos debe ser considerado como un orden válido». Esto plantea el problema cardinal de toda ciencia jurídica: *¿Cuáles son los valores que el Derecho debe realizar?*

Las soluciones ofrecidas han sido varias, y referiremos sólo las más importantes.

1. «El Derecho debe realizar los valores morales» (esp. TRENDETENBURG, JELLINEK, GRISPICINI). Las objeciones contra esta doctrina son muy conocidas y se basan en que no es posible la equiparación del Derecho con la



Moral, pues si ambas disciplinas son regulaciones de la conducta humana, es indudable la fórmula diferenciadora «exterioridad del Derecho, interioridad de la Moral» (Auserlichkeit des Rechts, Innerlichkeit der Sittlichkeit). Al jurista preocupale ante todo el aspecto objetivo de la conducta, y al moralista el aspecto subjetivo; o, expresado en otros términos, el Derecho refiérese a la realización de valores sociales, mientras la Moral persigue la realización de valores individuales. La Filosofía moderna da a estos últimos el nombre de «valores de la personalidad» (Persönlichkeitwerte), llamando a los primeros valores «transpersonales», que, a su vez, como hace RADBRUCH, pueden dividirse en «valores de la acción» (Werkwerte) y «valores de la asociación o comunidad» (Gemeinschaftwerte). Al jurista interesan fundamentalmente las consecuencias de la conducta y, de manera especial, las sociales; al moralista es al que incumbe preocuparse por los móviles. Esto, como es natural, no es una afirmación absoluta, sino de principalidad. Es cierto que, en ocasiones, sobremanera abundantes en el Derecho penal y no raras en el privado, esos móviles han de ser tenidos también en consideración por el jurista; pero no debe olvidarse que en estos casos mientras el moralista parte de la intención para bajar a su trascendencia, el jurista sólo puede llegar—si puede—a la motivación pasando, o mejor, partiendo de la conducta realizada.

2. «El Derecho tiene como fin la realización del valor de justicia». Esta tesis, tan generalmente admitida, se basa en los siguientes principios: a) la justicia es un valor absoluto y es independiente de toda estimación humana; b) el Derecho escrito es obra humana; en consecuencia, jamás responde de un modo enteramente satisfactorio a las exigencias de la justicia; c) las incompatibilidades existentes entre «lo justo en sí» y «lo justo legal» son consecuencia de la estrechez o limitación de la conciencia valorativa de los autores de la ley. Respecto a lo primero,



la justicia es valor absoluto y los individuos crean siempre la «materia» que sirve de soporte al valor, no la cualidad valiosa. El hecho de que en el tiempo y en el espacio hayan variado las concepciones jurídicas de los pueblos y que el concepto dominante de justicia ofrezca divergencias tan sensibles, nada quiere decir en contra del valor de justicia, sino de las apreciaciones contingentes que con respecto a ella hacen los individuos y los pueblos. Las leyes son siempre fórmulas, principios abstractos a los que la realidad casi nunca responde de modo absoluto. Cada caso es distinto y los dos casos más semejantes que podamos imaginar difieren entre sí como las dos más parecidas hojas del mismo árbol. La norma y la vida no coinciden siempre y lo justo legal se aparta a veces—y por desgracia demasiado frecuentemente—de lo justo absoluto. El caso nuevo no encaja ya dentro del molde viejo y si el juzgador no quiere ser injusto al aplicar la ley de un modo estricto, tendrá que recurrir a la equidad y buscar en sus principios un correctivo adecuado. Esto nos pone en relación con las últimas consecuencias a que ha llegado la Escuela del «Derecho libre» y la formulación judicial de un orden concreto, a que por fuerza tendremos que aludir después.

En el segundo respecto, todo derecho positivo representa un ensayo, desgraciado o feliz, de realización de la justicia. La meta del legislador consiste en el establecimiento de un orden jurídico justo y, por regla general, dicho ideal determina realmente la conducta de los que desempeñan la función legislativa. Pero como los legisladores, aun con la mejor voluntad, no son ni han sido nunca infalibles, las leyes carecen a veces de validez intrínseca y en ocasiones resultan malas e injustas. Problema de relaciones sobre que últimamente se ocupó la Filosofía jurídica italiana con gran finura de análisis, pero que no corresponde examinar aquí. No otra cosa cabe decir respecto al tercer punto mencionado, al que debe apli-



carse la tesis general de Nicolai HARTMANN sobre la limitación del sentimiento de lo valioso.

3. «El valor que debe realizar el Derecho es el bien común». En realidad se trata de una concepción difusa que abarca a las anteriores y que tiene remotos antecedentes tanto como actuales manifestaciones. Conocida es en este punto la famosa doctrina de SANTO TOMÁS, que considera el bien común como la finalidad del Derecho, cuyos medios de realización son la paz y la justicia, anticipando así la distinción moderna entre valor intrínseco y valor formal del Derecho, sobre la base de la separación entre la «causa formal» y la «causa final» del Estado. es decir, autoridad y bien común, con lo cual viene a corresponderse la moderna separación de doctrinas personalistas y transpersonalistas, ya aludida. Cuestiones amplísimas son éstas que, desde el punto de vista valorativo, podrían resumirse con palabras de Recaséns en la «Filosofía del Derecho de Francisco Suárez», diciendo que al pasar revista a cuanto en la Edad Moderna se ha escrito sobre qué valores están llamados a realizar el Derecho y el Estado, vemos destacarse dos directrices capitales bajo las que es posible agrupar, a grandes rasgos, todas las doctrinas. O se parte de la creencia de que los valores supremos son los individuales y que todos los demás no pasan de ser medios puestos al servicio de la personalidad ética, o se admite que al lado de los valores correspondientes al individuo existe un valor independiente, típicamente social, cuyo medio de realizarse es el orden jurídico. En el primer caso, se concibe el Derecho como una regulación exterior de la conducta humana, cuyo fin es hacer posible la realización de los valores éticos propios de la personalidad. En el segundo tipo de doctrinas se estima que la vida común posee una dignidad especial y propia, con carácter independiente, la cual no encuentra su razón de ser en un proceso derivativo que parta de los valores éticos individuales; se admite que en la es-



fera de los valores absolutos existe uno autónomo e independiente que constituye la estrella polar de la realidad social; y ésta es concebida como un organismo independiente de los individuos. La primera de tales concepciones, a la que puede llamarse personalista, ha obtenido su expresión más aguda en la filosofía kantiana y escuelas que de ella arrancan. La fórmula más radical de la segunda ha sido dada por el hegelianismo.

El alcance de consideraciones de estimativa semejante respecto al método jurídico no necesita ser puesto de relieve. Encontraríamos clara muestra de ello en la frase de PÉREZ GONZÁLEZ, sugerida por la tentativa de SCHMITT, de que un elegante paralelismo lógico exigiría un método nuevo para un Derecho nuevo. Y ese nuevo Derecho para el que se ha intentado novedad en el método surge en una atmósfera de valoraciones filosóficas hegelianas. Por eso, esta tercer respuesta que estamos anotando al tema del valor que tiende a realizar el Derecho, es antecedente y explicación de la cuarta, en que se perfilan orientaciones más concretas; y es:

4. «La suprema finalidad del Derecho es la realización del valor jurídico de seguridad y de orden». El problema de las relaciones entre Justicia y Derecho, que dejamos referido hace un momento, con su secuela de estimación de un valor intrínseco o de fondo y un valor formal de las normas jurídicas, lleva consigo la posibilidad de planteamiento de una oposición entre ambos. Suscitado tal conflicto en el momento de un proceso, el juez llamado a aplicar una ley que considera injusta se encuentra ante el dilema de cumplir su deber profesional violentando su sentimiento de justicia o seguir éste violando el derecho positivo que está obligado a cumplir y hacer cumplir. Aparece desde aquí como el supuesto de determinación metodológica para el investigador; y su solución, conforme a los pertinentes criterios de valoración, necesaria para delimitar el ámbito de su tarea.



Así, por ejemplo, la controversia metodológica entre normativistas y partidarios de la «freie Rechtsfindung» pueden reducirse al juicio de valor correspondiente. Cuando BERGBOHM dice («Jurisprudenz und Rechtsphilosophie») que si se admitiera que un juez pudiese rechazar los preceptos del Derecho positivo so pretexto de considerarlos injustos, el orden jurídico perdería toda su fuerza, nos encontraríamos simplemente ante un juicio de estimación de dicho autor, a saber: la convicción de que «el orden es el valor jurídico fundamental». Ya hemos hablado de la opinión de Kelsen: para él, la interrogante aludida sólo puede responderse en función de un principio metajurídico; es el moralista y no el jurista quien puede preguntarse si una ley es o no intrínsecamente justa y si debe o no obedecerla; otra actitud en el segundo «equivaldría a podar la misma rama en que se halla sentado» («Hauptprobleme der Straatsrechtslehre», 1911). Y si recordamos a RADBRÜCH, uno de los escasos juristas que han ensayado directamente la aplicación de la doctrina de los valores a la filosofía del Derecho (esp. su «Rechtsphilosophie» y su «Einführung in die Rechtswissenschaft», tan difundida en España), veremos que el Derecho tiene un fin próximo y un fin remoto; éste consiste en la realización del fin de justicia; aquél, en el aseguramiento de la paz y el orden. Ambos valores, el de seguridad y el de justicia, pueden a menudo resultar opuestos; mas, como la ciencia no nos dice nada en cuanto a qué valores está el Derecho llamado a realizar, la voluntad y el poder deben por tanto pronunciar la palabra decisiva, a fin de evitar la anarquía. Cualquiera de las dos posiciones, personalista o transpersonalista, le parecen al profesor de Heidelberg teóricamente indemostrables y estima lícito postular cualquiera de ellas; pero para ambas el Derecho es un medio al servicio de finalidades valiosas, y es preferible en todo caso a la anarquía. El Derecho es valioso, con un valor absoluto, independiente-



mente de su contenido; y el valor, en fin, que realiza todo ordenamiento es el de seguridad jurídica.

La polarización estimativa que hace un momento referíamos, la lucha entre personalismo y transpersonalismo, nos llevaría de la mano a una explicación del nacimiento del neohegelianismo frente al neokantismo, y a su proyección en la esfera de lo jurídico. Pero estas líneas se encuentran tan ceñidas por el apremio de espacio, que escasamente debemos ya aumentarlas salvo lo preciso para no romper una línea de evolución que ofrece plenitud de sugerencias.

Ese neohegelianismo, que aparece con claridad al principio en su más firme representante alemán, BINDER, evoluciona en este mismo, al compás de su producción última (esp. «Die Gerechtigkeit als Lebensprinzip des Staates», 1926; vid. el «System der Rechtsphilosophie», ed. 1937, a más de los escritos menores), acercándose a la llamada filosofía vitalista. Y una evolución semejante puede verse en los grandes filósofos italianos que arbolaron esa bandera, entre los que destacan las primeras figuras de CROCE y GENTILE. Especialmente significativas a este respecto son las expresiones de CROCE, para quien la actividad jurídica propiamente dicha es una volición concreta distinta de la volición abstracta de la actividad legislativa; o sea, que lo más importante es el momento de la realización del Derecho. Con una comparación filológica dice que el Derecho no puede comprenderse abstractamente, mejor dicho, el Derecho *no es* la fórmula fría de un Código, como la gramática no es el lenguaje; y que del mismo modo que la historia del lenguaje es arbitraria, salvo en la de su literatura, la historia del Derecho verdadero de un pueblo es, sencillamente, la historia social y política de aquel pueblo, historia de necesidades y de trabajo. Y PÉREZ GONZÁLEZ advierte una evolución pareja en la llamada Escuela del Derecho libre y en la jurisprudencia de intereses.



Parece que llegamos a un amplio espacio de coincidencia entre concepciones que tras de marchas divergentes y sensibles cambios de cauce terminan por ofrecernos comunes puntos de intersección. Resalta así la conexión de la tesis de ISAY, de que el Derecho no está constituido por un conjunto de normas, sino, fundamentalmente, por un conjunto de decisiones, oponiéndose entre sí norma y decisión como lo abstracto y lo concreto, lo permanente y lo móvil, lo antivital y lo vital. Este decisionismo, de signo distinto al que después viene a tomar SCHMITT como punto de referencia, coloca, con más seguridad que la construcción del segundo, el centro de gravitación del Derecho en el momento de la aplicación, en el de la regulación posterior y adaptada al caso concreto en vez de en la regulación previa que supone la norma positiva. Es para ISAY la norma la que deriva de la decisión o de una serie de decisiones, por un procedimiento de abstracción. Separando en el orden jurídico dos sectores: el de regulación de los fundamentos de la comunidad jurídica y el de las relaciones del comercio jurídico interindividual, prevalece en el primero el imperio de las normas en tanto que el segundo está dominado por las decisiones, constituyendo éstas, por ende, la parte más extensa del orden jurídico total (v. «Rechtsnorm und Entscheidung», 1929).

Si buscamos proximidades a estas ideas no hay más que recordar los extremos a que llega la más avanzada manifestación de la tan repetida Escuela del Derecho libre, patente sobre todo en el famoso «Recueil d'études sur les sources du Droit», en honor de GÉNY, y la doctrina autóctona angloamericana del «free judge», dominada por la influencia decisiva del precedente judicial (*stare decisis*) y por el valor, en la propia decisión, del sentimiento emotivo, la intuición (*hunch*), sobre la reflexión.

Y si se acepta la opinión de GALÁN («El criterio de lo político», *Rev. de Legislación y Jurisp.*, 1941), que con-



figura a SCHMITT como positivista y del mismo modo a su ideología del «orden concreto»; a que hemos de referirnos en seguida, en cuyo fondo no cree ver otra cosa que una suplantación sociológica y positivista de la venerable idea del Derecho natural, algo así como un nuevo Derecho libre de cuño sociológico, se encontrará confirmación de lo que dejamos dicho acerca de la posibilidad de abarcar con una ojeada horizontes al parecer muy distantes entre sí.

Puede apreciarse ahora la utilidad de las referencias que hemos hecho al desenvolvimiento de posiciones filosóficas generales cuya inmisión en las corrientes jurídicas actuales las llena de un contenido que a la luz de aquéllas se evidencia perfectamente. Y así, encontramos como savia de la doctrina de ISAY la exaltación del momento intuitivo tal como lo proponía BERGSON y hemos visto en el «free judge»; metodológicamente, en la construcción del contenido de la decisión, que es la ordenación y regulación del caso concreto, caben dos procedimientos: en uno de ellos hay una construcción previa, merced a la fantasía, de esa ordenación y regulación del caso, que se somete luego a la valoración efectuada por el sentimiento; hay, pues, un desdoblamiento en el proceso de la decisión. Y el segundo procedimiento consiste en abandonarse al sentimiento como intuición creadora, como conocimiento creador; éste es el caso en que propiamente el «sentimiento jurídico» encuentra por sí mismo la decisión. Pero, además, ISAY se halla profundamente penetrado de la concepción valorativa; porque, para él, la decisión es en sí misma una voluntad dirigida a la regulación de un caso concreto, fundamentada en la aprehensión de un valor por medio de un sentimiento, es decir, de la vía emocional para la aprehensión de los valores jurídicos; los sentimientos correspondientes a esos valores son el sentimiento jurídico propiamente dicho y el sentimiento de la utilidad, el primero espiritual y el segundo puramente vital, ya que los valores a que tiende son valores vitales tanto



del individuo como de la comunidad. Como dice MEDINA al resumir precisamente las ideas de ISAY, la aportación de éste consiste en la introducción del momento emocional como constitutivo y fundamental de la producción del Derecho; coincidiendo, por lo demás, con las posiciones fundamentales de la gran corriente de protesta contra la concepción normativa, formalista y estática del Derecho.

Entrar al detalle de la configuración de las tendencias más recientes, sobre todo en Alemania, en relación con cuanto queda expuesto, excede de los términos de este trabajo, pues nos llevaría al examen de cuestiones de política jurídica que no son en absoluto de este lugar, aunque no se nieguen sus relaciones. Por lo referida al método y por haberla aludido, recordaremos tan sólo la elaboración intentada por SCHMITT, que ROYO ha resumido entre nosotros en breves y exactas líneas. Para el primero existen, en esencia, tres conceptos del Derecho: normativismo, decisionismo y orden concreto. El normativismo supone que la «ratio» y no la «voluntad», la «veritas» no la «auctoritas», deben regir a los hombres; y es típico del Estado liberal. Para el decisionismo el Derecho se presenta como acto de voluntad, de la voluntad del soberano, que se impone no por su justicia o racionalidad, sino por emanar de quien tiene el poder supremo; «auctoritas, non veritas, facil legem»; y esta es la concepción peculiar de la Monarquía absoluta. A esos conceptos añade SCHMITT el del Derecho como orden concreto; lo cual basa en la idea de que toda comunidad lleva dentro de sí el orden con arreglo al cual se desarrolla la vida de aquélla; la comunidad es un ser que, como todos los seres, se organiza y vive conforme a un cierto orden; pues bien, este orden interno es el Derecho, ordenamiento vital e inmanente de un pueblo, y ese orden no es producto de la razón humana ni de una voluntad suprema. Concepción que considera SCHMITT específicamente aplicable al Estado nacionalsocialista.

Las objeciones a las ideas de SCHMITT son muy cono-



cidas para que nos detengamos en ellas, puesto que la más enjundiosa, que es la acusación de positivismo lanzada por NIEMEYER, ya la hemos recogido. Basta, por nuestra parte, hacer presente de nuevo aquella confluencia de caminos que hace posible resumir en palabras de significación unívoca tendencias de origen dispar: jurisprudencia finalista, vitalista, valorativa..., todas las cuales dotan de contenido ágil y cambiante a un solo y único método de construcción. Y si desde dentro de este mismo método se mira, nada mejor que esas frases que han sellado el «armisticio» en la lucha entre «intereses» y «conceptos»: no pueden elaborarse conceptos desligados de los fenómenos que tratan de ordenar, ni puede haber especulación científica sin instrumentos conceptuales. Lo que para la ciencia del proceso civil ha dicho CARNELUTTI a este propósito y el ejemplo de los juristas italianos, maestros en el arte de «construir» sobre la «vida», basta para ahorrarse otras consideraciones, como no sea la de dar la razón a GUASP sobre la aconsejable prevalencia de la elaboración conceptual en un país como el nuestro, tan saturado de simple exégesis.

§

