

DISCURSO

LEIDO EN LA SOLEMNE APERTURA
DEL CURSO ACADÉMICO DE 1922-1923

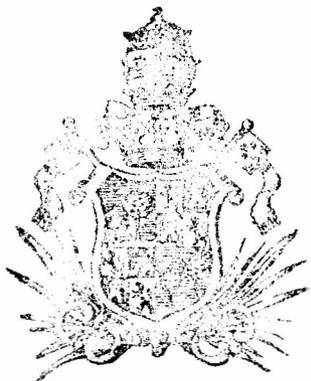
EN LA

Universidad de Valladolid

POR EL DOCTOR

Don Eduardo Callejo de la Cuesta

CATEDRÁTICO DE LA
FACULTAD DE DERECHO



Talleres Tipográficos «EL ESTILO»
Macías Paredes, E. Valladolid
1922



DISCURSO

LEÍDO EN LA SOLEMNE APERTURA
DEL CURSO ACADÉMICO DE 1922-1923
EN LA UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

BiCe

Carpeta 171 / 18



1>0 0 0 0 4 6 5 1 1 4

DISCURSO

LEÍDO EN LA SOLEMNE APERTURA
DEL CURSO ACADÉMICO DE 1922-1923

EN LA

Universidad de Valladolid

POR EL DOCTOR

Don Eduardo Callejo de la Cuesta

CATEDRÁTICO DE LA
FACULTAD DE DERECHO



Talleres Tipográficos «CUESTA»
Macías Picavea, 40. Valladolid

1922

EXCMO. E ILMO. SEÑOR:

SEÑORAS:

SEÑORES:

Si voluntariamente me hubiera yo atrevido a ocupar hoy esta tribuna, que con su ciencia decoraron tantos sabios maestros de esta gloriosa Universidad, ni un largo y retórico exordio hubiera servido para disculparme, ni toda vuestra gran benevolencia para suplir mi falta de dotes; porque entonces mi audacia no tendría perdón. Mas hallándome aquí, como sabéis, cumpliendo un deber reglamentario, bien puedo limitarme a daros las gracias por la cortés indulgencia con que habéis de juzgar seguramente mi trabajo, y a lamentar, tanto y más que vosotros, que no pueda estar a la altura de la ocasión ni del auditorio, por no alcanzar a más mi saber ni mis luces. Y basta de preámbulo, que me importa mucho abreviar cuanto pueda la molestia que os imponéis al escucharme.

Aunque pocas ciencias como las jurídicas ofrecen en sus vastos dominios tan copiosa abundancia de siempre interesantes y aun candentes asuntos para una disertación, apenas sentí vacilaciones en la enojosa elección del tema, ya que tanto mi ferviente afición como el pobre caudal de mis conocimientos, redujeron el campo de opción y me empujaron a buscarlo entre las cuestiones peculiares de la disciplina que profesó; y dentro de ella, no pude sustraerme a la sugestión que secularmente ejerció entre los juristas, para defenderlo o para negarlo,

el *eterno problema* del derecho natural; problema que penetra toda la vida del derecho; que, a pesar de las deformaciones que sufrió su concepto, surge remozado como idea inextinguible; que impregna las obras de sus mismos contradictores, y que se afirma vigoroso allí donde se le niega y se pretende su destrucción.

No pudiendo abarcar totalmente en este trabajo la complejidad de sus varios aspectos, intentaré tan sólo el ensayo de una *Crítica de la teoría monista del Derecho*, doctrina, tan extendida en los tiempos modernos, que niega abiertamente el clásico *dualismo* admitido por la Filosofía de todas las épocas, que contraponía y armonizaba el derecho natural y el positivo.

Para esta teoría monista todo derecho es esencialmente positivo, y sólo puede pensarse en el derecho efectivamente existente, rechazando cualquier concepción de un derecho absoluto, ideal y distinto del que existe históricamente, y sobre todo abominando del derecho natural en cualquier forma.

Antes de abordar el tema elegido, me permitiréis que a nombre de la Universidad dedique un saludo fraternal de afectuosa bienvenida a los nuevos catedráticos, don Arturo Pérez Martín, que en otro centro universitario ganó su merecida reputación docente, y a los jóvenes don Armando Melón Ruiz de Gorderuela y don Julián María Rubio Esteban, que en reñida lid obtuvieron sus cátedras, y que con su cultura y amor al estudio sabrán contribuir a los prestigios de la nueva Facultad de Historia de que forman parte.

En cambio, por triste contraste, hemos de consignar nuestro dolor por la pérdida de tres ilustres maestros, fallecidos en el pasado curso, que aunque apartados ya por su jubilación de la enseñanza activa, conservaron vivo su amor y su interés por la vida universitaria en que tantos años trabajaron: don Didio González Ibarra, varón virtuoso, culto canonista y maestro de

tantas generaciones; don Antonio Alonso Cortés, espíritu batallador, clínico insigne y trabajador infatigable hasta poco antes de morir; ambos fueron Rectores y Decanos, y mostraron siempre decidido entusiasmo por las tareas pedagógicas, y don Luis Lecha Martínez, por tantos títulos acreedor a que se honre su memoria.

Por último, sería ingrata la Universidad si no consagrara un piadoso recuerdo a don Gervasio Fournier, fallecido hace poco, y que generosamente fundó y dotó una cátedra en esta Universidad.

I

Antigua es ya en la historia de las doctrinas jurídicas la tesis de que no hay más derecho que el positivo, que sólo, en realidad, existe el derecho *in civitate positum*, y que es absurdo hablar de un derecho ideal, racional o absoluto, sin confirmación en los hechos, y que pretenda superar en una trascendental unidad la variedad fenoménica o histórica. Siendo una variante de tal concepción la que identifica el Derecho con la ley escrita, la que cree que el Estado es la única y última fuente de todo derecho, la que afirma que *est jus quia jussum est*, pues ambos matices coinciden en no admitir más derecho que el que hacen los hombres, que el sancionado por la autoridad humana, el que nace y muere en la historia, y coinciden también en rechazar y eliminar del dominio de la formación, la interpretación y aplicación del derecho toda investigación racional sobre el fundamento y el valor de las normas jurídicas (1).

Ya en la filosofía griega se encuentran precedentes de esta doctrina, que más tarde había el positivismo jurídico de afirmar *dogmáticamente*. Así, el materialista Arquelao, enseñaba que la diferencia entre el derecho y su contrario, entre el bien y el mal, no se fundaban en la naturaleza de las cosas, sino en preceptos positivos o leyes solamente (2).

Aristipo derivaba la diferencia entre lo justo y lo injusto de la decisión humana y de la costumbre. Teodoro de Cirene decía

(1) Geny. *Science et technique du droit privé positif*. (2^e, pág. 51).

(2) Carle. *La vita del diritto*, pág. 107.

que es antirracional que el hombre prudente se ofrezca a morir por la patria, y que el sabio debe aprovecharse del hurto, del adulterio y del sacrilegio cuando haya ocasión, porque nada de esto es malo por naturaleza si se prescinde de la opinión vulgar, en gracia a la cual y para contener a los tontos fueron establecidas.

Los sofistas griegos, citados por Platón, elevaron a perfecto sistema estas opiniones. Para Calicles no había otro derecho que el de los más fuertes, y según él, mejor es hacer una injusticia que sufrirla. Y Carneades mostraba que los hombres se habían dado leyes por utilidad, pero que cambiaban con los tiempos y con las costumbres (1).

Thomas Hobbes, aunque habla a menudo de leyes naturales y de derecho natural, que tiene como fundamento primario *ut quisque vitam et membra sua, quantum potest tueatur*, inviste al Estado, al supremo gobernante, de un poder absoluto y despótico, formado por la transmisión y la renuncia en favor suyo, de los derechos y libertades de los ciudadanos. Y ese poder se halla por encima de toda ley, que es obra suya, y de él depende y deriva lo justo y lo injusto, el bien y el mal, lo honesto y deshonesto, lo suyo y lo ajeno, mediante las leyes civiles; y si bien la ley natural prohíbe el hurto, el adulterio, el homicidio, dentro ya de la sociedad civil, es la ley del Estado la que determina lo que es injusto, lo que pertenece a los particulares, y por tanto sólo son delitos por la ley civil (2).

Desde un punto de vista bien distinto, el panteísmo hegeliano admitió como expresión legítima de la dialéctica de lo real y de lo ideal, la unidad consustancial de lo infinito con lo finito, de lo racional con lo empírico, del deber con el ser, resultando que para Hegel esos términos que la metafísica había mostrado como opuestos e irreductibles, no eran ya contradictorios, sino

(1) Cathrein. *El Derecho natural y el positivo*, trad. esp. pág. 105.

(2) Hobbes. *De cive. -- Leviathan*. (Véase Carle, ob cit., pág. 270.)— Rivalta. *Diritto naturale e positivo*, pág. 282.

correlativos. Y por consecuencia, el dualismo entre el derecho natural y el positivo desaparece y se funde, sin ofender a la lógica ni repugnar al principio de contradicción, y por ello el derecho positivo es ya la sola realidad objetiva y la sola idealidad real, pues el derecho histórico no tiene ya enfrente un derecho natural porque también es natural el derecho positivo, surgiendo de aquí un verdadero culto al derecho positivo, como síntesis de lo real y lo ideal respecto a lo jurídico (1).

Aparte de estos antecedentes, es la Escuela histórica del Derecho la que sistematizó la afirmación de que el único verdadero derecho es el positivo.

Nacida como protesta al dogmatismo exagerado, y con tendencia conservadora y antirrevolucionaria, han visto algunos en ella enlaces filosóficos con Vico y con Hegel (2), y ya Comte (3) distinguía en su doctrina un doble aspecto metafísico y positivo.

Savigny, Puchta, Eichorn, consideran que todo derecho es histórico, es positivo, como producto natural y espontáneo del arcano espíritu del pueblo, de la convicción popular, que en una evolución constante ligada con el pasado, le hace surgir de las entrañas de la nación mediante la costumbre, impulsado por las necesidades de la práctica, y construido lógicamente por los jurisconsultos; y se dió a sí misma el nombre de histórica esta Escuela para oponerse a cualquiera otra que admitiera una formación instantánea, arbitraria e individual del derecho de un pueblo (4). Tal concepción jurídica era en absoluto incompatible con el clásico *dualismo* del derecho, porque según ella, éste reviste el doble carácter de ser relativo y genético; si cada pueblo tiene un derecho privativo particular, como tiene un lenguaje

(1) Petrone. *La fase cecentissima de la Filosofia del Dritto in Germania*, pág. 12.

(2) Demogue. *Les notions fondamentales du droit privé*, pág. 20.— Del Vecchio. *Los supuestos*, trad. esp., págs. 91 y 97.

(3) Id. op. cit. pág. 75; nota.

(4) B. Brugi. *Introduzione enciclopédica alle scienze giuridiche e sociali*, pág. 36.

distinto al de los otros, es imposible elevarse a un concepto universal del derecho, y si éste viene impuesto y determinado por el proceso histórico, y es la resultante necesaria del pasado y de los factores que le engendran fatalmente, no cabe tampoco pensar en un derecho más perfecto con una visión deontológica, pues el de cada pueblo no puede ser de otra manera (1). Es decir, que el derecho positivo lleva su justificación en el mismo proceso histórico que sirve para formarlo, en cuanto deriva de la convicción de la conciencia nacional, y es por tanto inadmisibles para el historicismo un principio de justicia superior al hecho histórico y social del derecho, un principio que pudiera aceptarse como criterio abstracto para valorar las instituciones o como modelo para reformarlas (2).

La idea profunda y el interés supremo de la Escuela histórica, se hallan por entero en objetivar el derecho, fuera de todo arbitrio, trasladándolo a la esfera de la evolución histórica y derivándolo de una fuente positiva, única originaria, el espíritu popular (*Volksgeist*), y cuyo contenido es el único criterio evaluativo de los fenómenos del derecho mismo.

Sin el carácter romántico, espiritualista y sentimental de la Escuela histórica, pero dentro de su concepción realista y evolutiva del derecho, y dando un paso más en este modo de concebirlo como fenómeno histórico, ligado estrechamente a las circunstancias de lugar y de tiempo, y determinado por factores sociales, el Positivismo, limitando todo el saber a la experiencia, eliminando el dualismo de lo intelectual y lo sensible, y excluyendo todo apriorismo conceptual, niega necesariamente en orden al derecho toda distinción entre lo que es y lo que debe ser; el derecho es un mero fenómeno, un hecho social en función de causas determinantes, que necesariamente le producen con un proceso de formación natural, en el cual reside la única

(1) Del Vecchio. *Los supuestos filosóficos de la noción del Derecho*, trad. esp., pág. 94.

(2) Vanni. *Lezioni di Filosofia del diritto*, pág. 258.

justificación de la Ética y del Derecho. A la ciencia la importa únicamente explicar el *hecho*, y nada más. Este fundamental pensamiento del fenomenismo jurídico se ha formulado diciendo: «conténtate con el mundo dado»; es decir, que no incumbe a la ciencia ni a la filosofía más tarea que la de estudiar y comprender el mundo tal cual es, sin contraponerle ningún otro ideal distinto (1).

Hay, por tanto, en este sistema, no sólo la profesión resuelta de un monismo jurídico proclamando el derecho positivo como único existente y posible, sino la exaltación del hecho como algo necesario que se justifica en sí mismo, que no puede ser ni aun pensarse de modo diferente.

También Bentham decía que «hablar de derechos naturales es poner en contradicción el lenguaje, porque los derechos se deducen de las leyes, y la ley origina el derecho y el derecho asegura el ejercicio de la facultad, que la ley no ha restringido».

Sthal, dentro de su posición histórico-teológica que le permite combatir la razón especulativa como supremo principio, y censurar a Savigny por no reconocer el importante papel que ejerce la razón en el derecho, viene a decir también que no existe el dualismo jurídico. Según él, «Derecho y derecho positivo son conceptos equivalentes. No hay más derecho que el positivo; su establecimiento en la vida exterior es obra de los hombres, y es el fundamento del orden humano, que es el concepto del derecho» (2).

Para Ihering (3), el derecho puede definirse exactamente «el conjunto de normas, según las cuales se ejerce en un Estado la coacción...; las prescripciones revestidas por el Estado de esta sanción, son las únicas normas jurídicas. En otros términos: el Estado es la única fuente del derecho».

También los neo-hegelianos comparten la creencia en la

(1) Vanni. Op. cit., pág. 259.

(2) Citado por Cathrein. *Derecho natural y positivo*, trad. esp., páginas 132-133.

(3) *Zueck im Recht*, trad. esp., pág. 202.

exclusiva posibilidad del derecho positivo; así, para Lasson (1), «el derecho es por su naturaleza fenoménico, es un sistema de preceptos efectivamente vigentes y reconocidos como tales en una cierta sociedad, dictados por un poder autoritario y coactivo. Por tanto, todo derecho es positivo, que es derecho porque vale de hecho como tal, y cesa de ser derecho cuando ya no es un hecho». Y Filomussi-Guelfi cree que el derecho verdadero, real y concreto es el derecho positivo (2). Y según Berholzheim, «el Estado es la fuente de los derechos, y el derecho el medio de dominar el Estado» (3).

El más resuelto y fogoso campeón del monismo jurídico, a la vez que el más enconado adversario del derecho natural, es Bergbohm, quien se ha impuesto la tarea de indagar en los nuevos filósofos y juristas las huellas de la teoría del dualismo, y de tal modo es erudito y completo su trabajo, que condensa la mejor y más copiosa literatura sobre el derecho natural en la época contemporánea, y se lamenta amargamente de que más o menos todos están influenciados por la teoría dualista, e infectadas sus obras por el «veneno» del derecho natural.

«La creencia en *otro derecho* que no sea el positivo no ha muerto por completo, sino que está en plena florecencia, y la literatura de casi todo el mundo civilizado está impregnada por el derecho natural, y hay que imponerse severamente la tarea de luchar contra el principal enemigo de toda ciencia seria del derecho, y hay que desarraigar la hierba nociva del derecho natural con tronco y de raíz, sin indulgencia alguna».

«Pues toda representación de un derecho, llámese como quiera, fuera del positivo, está desprovista de todo contenido objetivo cierto y determinado, y formada tan sólo de opiniones filosóficas o creencias morales» (4).

A pesar de tan ardua tarea y de tan fervientes convicciones

(1) Petrone. *La fase recentissime*, pág. 95.

(2) *Enciclopedia giuridica*, passim. 39.

(3) Vid. Cathrein. *Filosofía morale*, pág. 572.

(4) Vid. Cathrein. *Op. cit.*, passim.

monistas, no ha logrado Bergbohm por completo su designio, por cuanto Neukamp (1) irónicamente cree también sorprenderle en la senda del derecho natural, y Stammler (2) opina que Bergbohm no ha demostrado en manera alguna suficientemente que no exista ningún derecho natural.

En realidad, desde la segunda mitad del pasado siglo se desencadenó una violenta campaña contra el derecho natural y en pro del monismo jurídico. Durante mucho tiempo, «la herejía dualista» era un peligro señalado de continuo por los escritores. Y como se estimaban idénticos el derecho natural y la Filosofía del derecho, se excluyó a las dos ciencias por igual, por considerarlas incompatibles con un conocimiento positivo y científico del derecho. Era un dogma en aquel entonces, que la ciencia del derecho es una ciencia positiva y debe tomar su punto de partida en el ser y no en el deber ser, siendo otro dogma el concebir a todos los conceptos jurídicos como relativos y condicionales.

Reinaba, pues, un especial agnosticismo; se estimaba que la esencia del derecho es incognoscible, y sólo conocemos sus fenómenos variadísimos, no siendo tampoco indispensable para el progreso de la ciencia detenerse a estudiar lo que el derecho sea en sí mismo (3).

No es necesario abultar este trabajo con citas más numerosas para evidenciar que el pensamiento reinante en la ciencia moderna, influido por el positivismo, el materialismo económico y el biológico y el relativismo, se inclina, con pocas excepciones, a una concepción monista del derecho, no reconociendo más que el positivo realmente existente.

Sin embargo, según se indicará más adelante, se inicia, muy briosamente por cierto, un renacimiento del idealismo jurídico, más importante por el valor de sus aportaciones que por el

(1) Cathrein. *Derecho natural y positivo*, trad. esp., pág. 192.

(2) Vid. *Id. id.*, pág. 252.

(3) Demófilo de Buen. *Las normas jurídicas y la función judicial*, página 27.

número, todavía escaso, de sus mantenedores, entre los cuales, y acaso de los más insignes, se advierte la tendencia a mitigar y a oscurecer el dualismo clásico, por cuanto aspiran a lograr una conciliación de ambas posiciones: de lo histórico, variable, accidental, y de lo absoluto, metafísico, necesario. «Las teorías modernas niegan la existencia de un ideal concreto, definitivo (entre los alemanes Schuppe, Kohler, Stammler) frente a la afirmación del siglo XVIII, que recoge todavía Spencer, y quieren una composición entre un relativismo (contrario al viejo derecho natural) y un principio absoluto, que para Stammler es, v. gr., un *a priori*, y para Merkel un *a posteriori*, pero enteramente apodictico» (1).

Aparte los matices diferenciales que en cada escuela y cada autor pueden señalarse, hay errores comunes en que coinciden todos los partidarios del monismo jurídico.

Así, la afirmación de que no hay más derecho que el positivo, se funda exclusivamente en una petición de principio, dando por probada la premisa, que luego se ofrece como conclusión. La imposibilidad de un derecho que no sea positivo, se infiere simplemente de que se supone *a priori* que el derecho sólo es un fenómeno, y por lo tanto no puede tener más existencia que la empírica. Les parece a esos autores innecesaria la demostración de ese *dogmático* supuesto, y sin embargo no dudan en rechazar sin verdadero análisis crítico la noción del derecho natural, en cualquiera de sus formas antiguas y modernas.

Admitido así que un derecho que no sea positivo no es un derecho, ese adjetivo *positivo* aplicado al derecho carece de sentido, es como un *pleonismo*, como declara Bergbohm, el cual, como todos los demás, no puede menos de usarlo, por lo muy extendida y arraigada que está todavía—con gran escándalo suyo—la creencia en un derecho superior al vigente (2).

(1) Vid. Castillejo. Prólogo de la trad. esp. de la *Filosofía del Derecho de Kohler*, pág. XXXV.

(2) Del Vecchio. *Sulla positività*, pág. 2.

Y la cuestión es tan clara que no debiera haber confusiones, porque si bien es cierto que el Derecho tiene siempre una realidad fenoménica o positiva en cuanto se produce y *se pone* históricamente en una sociedad, esto no prejuzga ni impide el que tenga además de aquella otra realidad metempírica y puramente ideal.

En este orden de ideas, afirma Petrone (1) «que el derecho natural, haya o no existido en las condiciones de la experiencia y de la historia, que haya o no sido actuado o individuado por este o aquel derecho positivo, poco importa en rigor de los términos, porque el problema no consiste en saber si ha existido o si existe, si no si ha debido existir, pues que exista o no como hecho no es argumento favorable ni adverso a su realidad teórica. Cuando en nombre del criterio histórico o empírico se niega la existencia del derecho natural, se cae en una petición de principio, dando por probado lo que precisamente debería probarse: que el único criterio cognoscitivo de la existencia de las cosas sea la experiencia, o mejor aún, que no haya otra forma de existencia que la existencia empírica. Pero jamás el derecho natural ha pretendido afirmar su existencia histórica como hecho, o sea su existencia como derecho positivo».

El ser del derecho natural es precisamente el deber ser, y porque no existe necesariamente en las leyes positivas es por lo que reivindica su derecho a existir.

Además de estas objeciones generales al monismo jurídico, prosigamos su crítica, y puesto que para tal doctrina no hay más derecho que el positivo, veamos si éste se basta a sí mismo y es suficiente para la regulación de las relaciones sociales, o si, por el contrario, observando su biología, nos muestra que en los momentos de su nacimiento, de su aplicación y de su muerte, es menester siempre acudir al *otro derecho* y buscar en el idealismo jurídico algo que el puro empirismo no puede dar porque no lo tiene.

(1) Petrone. *La fase recentissime*, pág. 235.

II

Suele entenderse por derecho positivo aquel que en un cierto momento histórico *regula efectivamente* la vida de un pueblo, debiendo comprenderse también en él todas las normas, hayan o no alcanzado una expresión legislativa. Es decir, que siquiera en los actuales tiempos sea indudable que la ley constituye la principal y más extensa parte de cualquier derecho positivo, no se le puede reducir solamente a la legislación, sino que le integran otra clase de fuentes, cuya variedad origina su conocida clasificación en primarias y secundarias, directas e indirectas, formales y materiales.

Por otra parte, no siempre la ley ni todas las leyes constituyen verdadero derecho positivo, por el solo hecho de su promulgación, pues a pesar de ella hay algunas que carecen de efectiva y posible aplicación, bien porque ciertas contingencias de hecho quitan la posibilidad de poner en práctica ciertas normas, ya porque en su lugar surgen y se hacen eficaces nuevos principios jurídicos. Por tanto, puede afirmarse con Del Vecchio, que no todas las leyes ni sólo las leyes constituyen el derecho positivo (1).

Contra el criterio estrecho del monismo jurídico, que sólo considera derecho lo que de hecho vale como tal, y está investido de autoridad coactiva, y por tanto el derecho positivo cesaría de ser derecho en cuanto ya no vale de hecho por haber perdido su vigencia, se amplía filosóficamente el concepto del

(1) Id. *Sulla positività*, pág. 6.

derecho positivo a cualquier derecho histórico, se halle o no vigente, y que haya sido observado en otros pueblos y otras épocas.

Resulta de lo expuesto, que el derecho positivo, único existente para la teoría que examinamos, va siempre adscrito por su propio concepto a un tiempo y a un lugar determinados, lo que nadie niega, y menos los partidarios del monismo jurídico, que abominan de todo derecho natural que se piense como universal e inmutable; siendo igualmente admitido que las reglas del derecho positivo nacen y mueren en el tiempo como algo caduco y perecedero, obra de los hombres, siendo un hecho de observación directa que todos presenciarnos, que se promulgan nuevas leyes sustituyendo a otras que pierden su eficacia.

Este nacer, este surgir y hacerse de las normas que integran el derecho positivo, engendran problemas interesantes relativos a la aparición de la regla jurídica, de los cuales tan sólo examinaremos aquellos que se relacionan con nuestro tema.

Lo primero que ocurre preguntar ante este fluir del derecho positivo, es si las nuevas normas que antes no existían son obra del libre arbitrio de los hombres, o por el contrario si se producen necesariamente con independencia de la voluntad humana. Y además, y como consecuencia, si esas nuevas reglas han de ser como son o si pudieran ser de otra manera.

Con gran claridad plantea estas cuestiones el profesor Korkounov (1), nada sospechoso, puesto que defiende también el monismo jurídico, y nos dice que siendo la materia jurídica extremadamente variable y su reglamentación muy diferente en los distintos tiempos y lugares, parece que la norma jurídica depende por completo del libre arbitrio de los hombres, y que el derecho es la obra de la voluntad reflexiva de la humanidad. Pero se comprueba además la dificultad de modificar arbitrariamente la concepción del derecho y del no derecho que se han

(1) Korkounov. *Cours de Theorie generale du droit*, trad. francesa, capit. tercero, passim.

formado de una u otra manera. Y en la historia de casi todas las legislaciones se encuentran casos en que el legislador no ha podido dar fuerza de ley a preceptos de una legislación extranjera ni a los principios teóricos, por la oposición de las condiciones de vida social, que hicieron que la ley promulgada resultase letra muerta y no fuese aplicada.

Desde muy antiguo quiso ya explicarse este hecho, y en el siglo XVIII se encontraron con la alternativa de considerar el derecho o como una institución de los hombres completamente arbitraria, escapando a toda necesidad, o como algo inmediatamente suministrado por la naturaleza, lo que conduce a la teoría del derecho natural, inmutable, universal y eterno, derivado necesariamente de la naturaleza del hombre e independiente de toda manifestación de su voluntad. Y siendo inevitable elegir entre ambas hipótesis, se aceptó esta última que era la única explicación posible del carácter de necesidad y de generalidad, que es propio del derecho.

Pero la Escuela histórica de Hugo y Savigny refutó por primera vez de una manera filosófica la hipótesis del derecho natural.

La aplicación por la Escuela histórica al estudio del derecho de la nueva concepción de una evolución histórica regular, la llevó a negar la hipótesis del derecho natural, la cual no era ya indispensable, pues si el derecho es en parte necesario e independiente de la voluntad del hombre, tal fenómeno se explica mejor por la regularidad del desarrollo del derecho, el cual ni es suministrado directamente por la naturaleza, ni tampoco una creación arbitraria de los hombres, sino que, según la Escuela histórica, es un producto de la vida social que sigue en su evolución una marcha regular, y por lo tanto necesaria. No siendo ya ni arbitrario ni natural, el derecho es una necesidad histórica.

En estas extractadas palabras de Korkounov, se establecen las tres hipótesis que pueden explicar el origen o el nacimiento de la regla jurídica o del derecho positivo:

a) El arbitrio exclusivo y sin límites del legislador para convertir en mandato obligatorio su libre voluntad.

b) La formación natural del precepto en un proceso histórico, y que necesariamente se produce, determinado por la acción causal de factores sociales preexistentes.

c) La libertad del legislador subordinada a un orden superior y anterior al mismo, y limitada por una medida ideal de justicia, acomodada a la naturaleza humana, y a la que la regla debe conformarse o al menos no contradecirla.

La primera explicación encuentra su fórmula en el *quod principi placuit legis habet vigorem*; la segunda es la profesada por la Escuela histórica y el Positivismo, principales paladines del monismo jurídico, y la última es la sustentada por la doctrina clásica del derecho natural, según la Filosofía griega, los jurisconsultos romanos y la Escolástica, sobre todo en los escritos insuperados de Santo Tomás de Aquino.

Nadie sostiene que el legislador pueda erigir en norma su capricho, ni que la voluntad de un tirano, sólo por ser mandato, constituya una norma de derecho. Habría que identificar el derecho con la fuerza al modo de Trasímaco, de Calicles, y en cierto respecto de Hobbes y de Spinoza para defender tal explicación que es absurda, porque como indica Rosmini «el sentido común dice, y lo dice siempre, que el derecho es cosa distinta de la fuerza, y el mismo sentido común más bien suele ver frecuentemente oposición entre la fuerza y el derecho» (1).

Y además es exacta la observación de Hauriou: «no es verdad que la fuerza y el derecho sean la misma cosa, porque en el derecho hay un elemento sacrificial que procede del mundo del espíritu» (2).

Por otra parte, la norma jurídica ha de ser ciertamente imperativa, pero necesita también ser racional, y no basta que quiera ser impuesta despóticamente para que valga como

(1) Rosmini *Filosofía del Diritto*, 1, pág. 126.

(2) Hauriou *La Science sociale traditionnelle*, pág. 195.

verdadera regla de derecho su mandato, si su contenido es irracional.

La formación evolutiva, causal y necesaria del derecho positivo tampoco es sostenible, y es fácil descubrir los errores de la Escuela histórica y del Positivismo en este punto.

En cuanto a aquélla, es cierto el reproche de Brugi (1), de que ha exagerado románticamente la *espontaneidad* en la producción del derecho; pues esto contradice la misma historia, pues sabido es la gran parte que tuvo en el derecho romano, la energía personal de pontífices, pretores y jurisconsultos; contradice también la producción del derecho moderno, obra secular de individuos y escuelas, y lo desmiente la realidad presente, en la que vemos surgir las nuevas normas merced a la iniciativa de los partidos y de los parlamentos, sin que lo estorbe ningún proceso misterioso ni menos necesario de la convicción popular, y aun sin que ésta llegue, en la mayoría de los casos, a dar señales de existencia.

Además, esa convicción nacional, ese espíritu del pueblo, es un *quid mysticum* tan vago, indeterminado y amorfo que no es posible precisarlo, ni hallar contornos bien definidos que acusen su configuración, aparte de que esa concepción del *Volkgeist* implica intrincados problemas de Psicología colectiva, que ni pudo plantear la Escuela histórica, ni aun llega a resolver la ciencia moderna.

Es exacta la indicación de Del Vecchio (2), que «el proceso mediante el cual el sentimiento subjetivo de lo justo se traduce históricamente en instituciones, es bastante más complejo y menos inmediato de lo que le parecía a la *historische Rechtsschule*. Ésta, habiendo admitido *a priori* la subsistencia de «una conciencia jurídica popular», refirió a ella *sic et simpliciter* como a factor histórico transcendente la génesis del derecho, y en ella descubre su principio racional y real a un mismo tiempo.

(1) Op. cit., pág. 54

(2) Ibid. *El sentimiento jurídico*, trad. esp. pág. 13 y 15.

De ese modo, no saliendo ya jamás de la hipóstasis dogmática de la conciencia jurídica popular, esta Escuela descuidó totalmente el análisis en su primera base, que es la conciencia singular, de la cual es menester precisamente arrancar para descubrir después las leyes de su constitución objetiva en factor histórico».

«La armonía entre los preceptos legislativos y el universal sentimiento de los particulares, podrá aceptarse como signo de la perfección de aquéllos, pero no es ciertamente la condición de su vigencia positiva; por el contrario, jamás se ha ofrecido en la historia tal armonía completamente confirmada».

A este respecto, dice Cathrein (1) «que hay ciertamente una conciencia jurídica general, pero ésta no sólo es la última fuente del derecho, sino que es ya un verdadero y propio derecho». «Consiste en principios jurídicos universales que todo hombre se forma involuntariamente, y según los cuales juzga lo que es justo e injusto en los casos particulares. La conciencia natural del derecho no es el efecto de la costumbre, de una convicción paulatina, sino al contrario, es la causa de la conciencia general. Inmediatamente, porque todo hombre por naturaleza tiene la convicción de que no se deben cometer injusticias, matar, robar, etc., lo afirma en la práctica en todo lugar y tiempo, y quiere elevarla en todas partes a ley positiva». «La *opinio necessitatis* declara no sólo que el asesinato y el hurto deben ser prohibidos, sino que por su naturaleza son contra derecho, y por tanto deben ser castigados por el poder público y evitados en lo posible». «Y ese es el fundamento capital de que exista en todas partes una autoridad social, pues «el poder del Estado no ha producido originariamente el orden jurídico, sino que nació ya en medio de un orden jurídico existente».

Además, como dice Stammler (2), se ha censurado el error

(1) Ibid. Op. cit. pág. 140.

(2) *Sobre el método de la Teoría histórica del derecho*, traducido y publicado por R. Atard, en su obra la *Escuela histórica del derecho*.

de presentar a la nación únicamente como la entidad social en cuyo seno se origina el derecho y se determina su carácter, siendo así que... dentro de la misma nación pueden surgir distintas formaciones jurídicas, y finalmente que es posible un Derecho internacional.

Asimismo, Cathrein formula esta censura, y en verdad que si fuera cierto que ese laboratorio misterioso, esa «fragua tenebrosa» de la conciencia nacional fuese el único origen del derecho, dejarían de serlo las normas jurídicas que integran el Derecho internacional y el canónico, por exceder su imperio de un territorio nacional, y ciertamente que son absurdas tan extrañadas consecuencias.

Muestra también Cathrein (1), siguiendo a Ihering, cómo ese mito de la convicción popular y de la producción espontánea del derecho por factores de evolución histórica, no puede explicar el hecho indiscutido de «la recepción del Derecho romano en Alemania», el cual, por el contrario, contradice abiertamente el fundamento mismo de la Escuela histórica, pues en virtud de sus principios el Derecho romano era un elemento extraño sin raigambre posible en el pueblo o en la nación antes de que sus preceptos se incorporasen al derecho alemán, y desde el punto de vista del espíritu nacional debiera haberse opuesto a su recepción.

Es también de notar, por otra parte, que si el derecho es necesariamente tal y como el *Volksgeist* y la convicción nacional lo producen, no puede haber buenas ni malas leyes, ni tiene sentido el *valorar* su contenido con arreglo a idea alguna de justicia.

Por último, a pesar de haber pretendido la Escuela histórica oponerse al derecho natural, y de haber sido siempre su más formidable adversario, no cabe desconocer que la convicción jurídica, que, según la doctrina de la Escuela sobre el origen del derecho, ha de preceder a la aparición de la costumbre, es ya

(1) Ibid. Op. cit., pág. 137.

un prius anterior a la regla verdaderamente positiva, y por ende es exacta la afirmación de Bergbohm, de que «la conciencia jurídica del pueblo es una concepción de derecho natural, y los partidarios de la Escuela histórica caen con ella en el error capital de este derecho, que queda siempre el mismo, sea que se le dé por fundamento el orden jurídico, la razón, la idea, el sentimiento del derecho o esta conciencia común» (1).

Con respecto a la doctrina positivista, en cuanto afirma el proceso evolutivo natural del Derecho, y su determinación necesaria por causas preexistentes, le es en mucho aplicable la anterior refutación a la Escuela histórica, salvo lo que ésta tiene de peculiar y singular en su doctrina. Además, que el prejuicio empírico de no querer ver en el derecho más que la exclusiva actuación de causas eficientes, pugna con el buen sentido y con la misma experiencia que nos muestra a diario cuánto puede la libre iniciativa de escritores, partidos y parlamentos, en la formulación legislativa del derecho.

A este respecto, dice Stammler: ¿no deberán referirse las leyes jurídicas a la voluntad de los sujetos racionales, que son los únicos a quienes puede ponerse la cuestión de cómo habrán de conducirse en el establecimiento del derecho? Y de esta suerte la formación del derecho en vez de consumarse de un modo absolutamente necesario, ¿no nace más bien—para decirlo en pocas palabras—de la voluntad del legislador?

Cierto que el establecimiento del derecho, como es natural y sucede en todas las acciones humanas, está sometido a motivos determinantes empíricos. Pero, ¿obran éstos con tal necesidad, que lo que ocurre no pudiera ocurrir de otro modo, u obra por el contrario el legislador con independencia de las causas determinantes de la vida, en el sentido de que pueda ser determinado por la razón a proceder como deba? (2).

(1) Citado por L. Tanon. *L'evolution du droit et la conscience sociale*, pág. 27.

(2) Op. cit., trad. de Atard, págs. 236-237.

Queda, pues por exclusión, de aquellas tres hipótesis, como única válida y admisible la del derecho natural—tan desfigurado en las palabras del Korkounov—la que reconoce libertad en el arbitrio humano al formar reglas jurídicas, pero limitada por el deber de inspirar sus disposiciones en una medida ideal de justicia, adecuada a la naturaleza humana y establecida por Dios.

Conforme a esta doctrina, el legislador no debe contrariar las exigencias de esa justicia universal, mas goza de gran libertad en todo aquello de aplicación y de detalle.

Pues la concepción clásica del derecho natural, tan poco conocida y tan diferente de la racionalista y presocial del siglo XVIII—que es la que generalmente se rechaza por el monismo—no considera al derecho natural como un código acabado y perfecto (1) que tenga elaboradas casuísticamente todas las soluciones; sino que ya Santo Tomás (2) estableció las dos formas como el derecho positivo deriva del natural: por vía de conclusión, deduciendo directamente algún precepto de la ley natural; o por vía de determinación, detallando y aplicando prácticamente a la variedad de los casos, y en vista de sus diversas circunstancias, reglas menos generales que los preceptos comunes no contienen (3).

Y añade que los principios comunes de la ley de naturaleza no pueden aplicarse a todos del mismo modo, a causa de la mucha variedad de las cosas humanas, de donde proviene la diversidad de la ley positiva en los diferentes pueblos (4).

Y Dante Alighieri conoció perfectamente cómo por las distintas situaciones de los hombres y de los pueblos, y aun por la diversidad climatológica, convenía que las leyes positivas fueran diferentes (5).

(1) Cathrein. *Derecho natural y positivo*, pág. 241.

(2) *Summa Theologica*, 1.^a-2.^{ae}, q. 95, a. 2.^o

(3) Santo Tomás. *Sum. Theol.*, íd., íd.

(4) Id. íd., 1.^a-2.^{ae} q. 95, art. 2.^o, resp. 3.^o.

(5) *Habent namque nationes, regna et civitates inter se proprietates quas legibus differentibus regulari oportet...*

De Monarchia, I, 16.



De suerte, que las cuestiones que surgían al considerar el origen mismo del derecho positivo, no pueden ser resueltas por éste, sino que es menester buscar fuera de él, en el *otro derecho*, el fundamento del deber que limita la voluntad del legislador, obligándole a que se acomode a la justicia, y que con tal de que no contradiga la ley natural, le queda amplia libertad para las *determinaciones* variables del derecho positivo; y que no obediendo la formación de las leyes a ninguna *necesidad* física ineludible, son responsables los legisladores del uso que hicieron de su libertad al legislar, ya que las leyes no son fatalmente como son, sino que pudieran ser de otra manera.

Otro problema muy interesante del derecho positivo, en el punto mismo de su nacimiento, es el de establecer un fundamento a su existencia y explicar por qué obligan sus disposiciones normativas.

A primera vista la respuesta parece bien sencilla; las leyes obligan porque son mandatos del poder y obra del Estado, pero aparte de que el Estado supone ya un régimen jurídico anterior, hay también otras disposiciones positivas que no emanan del poder legislativo.

La nota más visible del derecho positivo es la de ser un mandato con carácter imperativo, carácter que se halla ingénito en la naturaleza misma de la regla jurídica.

Ya Cicerón señalaba el *jubere* y el *vetare* como la esencia de toda ley. Ihering dice que es indiferente que el derecho tenga o no la expresión imperativa, ya que el carácter imperativo del derecho va implícito en su intrínseco contenido (1).

Thon afirma que en toda prescripción jurídica va implícito un «tú debes» o un «tú no debes», pues conceptualmente siempre supone un imperativo o un «praeceptum legis» (3).

Y Bartolomei (1) define el derecho como «un mandato

(1) Idem. Op. cit., cap. VIII.

(2) Citado por Del Vecchio. *Il concetto*, pág. 80.

(3) Citado por Di Carlo. *Per la dottrina e la Storia della filosofia del diritto*, pág. 21.

coactivo de un poder soberano a sus subordinados». Y para Vanni (1), las normas jurídicas son impuestas y hechas valer por la autoridad del Estado.

Y Miceli (2) afirma que «uno de las notas formales más eminentes de la norma jurídica es el *carácter imperativo*; pues es un mandato, no un consejo ni un ruego, sino un mandato imprescindible que quiere ser obedecido a toda costa, en todos los casos y por todos aquellos a quienes se dirige».

El Derecho positivo es un mandato, tiene carácter imperativo y debe a todo trance ser observado y obedecido; en esto no hay dificultad, pero ¿qué razón hay para la obligatoriedad de la norma de derecho? ¿por qué la regla jurídica es obligatoria? La respuesta a esta cuestión ha originado diversas teorías.

Se ha tratado de explicar por un criterio de autoridad (Hobbes, Austin); las leyes son obligatorias porque las impone el poder del Estado, porque es la voluntad impuesta por una autoridad soberana (3), pero esta dirección no es seguida porque confunde demasiado claramente el derecho con la fuerza y reduce toda la cuestión al nudo poder de mandar; considera solamente los caracteres formales del derecho positivo sin explicar en manera alguna su fundamento, que es precisamente el problema que se plantea.

Para otros, los que se inspiran en la idea del *pacto social*, mirando al modo de elaborarse la regla jurídica, ésta es obligatoria porque concurren a su formación y la consintieron aquellos mismos que después han de obedecerla. Aparte del descrédito en que modernamente han caído las doctrinas pactistas, es exacta la objeción de Korkounov (4), de que tal explicación cae en un círculo vicioso: las normas son creadas por un contrato, pero la fuerza obligatoria del contrato es también una norma jurídica. ¿Esta norma está también fundada en el contrato?

(1) Ibidem. Op. cit., pág. 61.

(2) Miceli. *La norma jurídica*, pág. 131.

(3) Vanni. Op. cit., pág. 66.

(4) Ibid. Op. cit., pág. 158.

La respuesta afirmativa conduce al absurdo, y la negativa muestra que existe una tan capital regla jurídica, que no descansa en una base convencional.

Sin duda, por ello surgió la teoría *neo-contractualista* de forma más atenuada, sostenida principalmente por Bierling, para quien «la razón de la fuerza obligatoria de las normas jurídicas se halla implícita en el asenso, en la adhesión, en el reconocimiento (*Anerkennung*) de los subordinados o súbditos a la misma», siendo análoga la opinión de Sternberg (1). El defecto de esta doctrina se halla en primer lugar en no distinguir debidamente las reglas de derecho, de todas aquellas otras normas de convivencia social, llamadas por Stammler reglas convencionales, que como los usos, las modas, la cortesía, etc., no son impuestas, sino que invitan a ser observadas. Y además, porque ese reconocimiento por parte de los súbditos no es siempre una condición para que la norma sea obligatoria, sino que aceptada o no la regla de derecho, puede siempre hacerse valer, pues de otro modo no sería ya imperativa. Y si bien ese asenso de los ciudadanos será conveniente para el cumplimiento de la ley, no puede servir para explicar el porqué la regla de derecho debe ser obligatoria.

Desde otro punto de vista, Merkel (2), el conocido escritor de la «Allgemeine Retschs Lehre», cree que la fuerza obligatoria de las reglas de derecho se encuentra en la correspondencia de la norma misma con los sentimientos e ideas dominantes y al sentimiento de justicia prevalente en cierto tiempo y en una cierta comunidad. Pero análogamente a lo que queda dicho respecto a la teoría anterior, una cosa es que tal coincidencia sea deseable, y que cuando exista será más fácil y espontánea la observancia, y otra bien distinta que sea menester tal concordancia para que la ley sea obligatoria, pues por el contrario, teórica y prácticamente es innegable que la ley se cumple, agradando

(1) Vid. *Di Carlo*, op. cit., pág. 30.

(2) *Ibid.* Op. cit., pág. 30.

o no a los súbditos, y sin consultarles su parecer, por lo que el problema queda sin resolver, ya que esa doctrina no explica ni aun señala el fundamento de la obligatoriedad de las reglas de derecho.

Por último, Vanni (1) ha formulado otra teoría; para él, la fuerza de obligar de una norma jurídica se apoya en el orden jurídico preexistente; pero esto no hace más que aplazar y trasladar la cuestión en vez de resolverla, pues se le puede preguntar: ¿por qué tiene fuerza obligatoria el orden jurídico preexistente?

Es interesante el punto de vista de Radbruch (2) respecto a la fuerza obligatoria del derecho, que según él se plantea en el terreno de la Ciencia del derecho, en el de la Sociología jurídica y en el de la Filosofía del derecho. Sólo en esta última puede valorarse el derecho por su conformidad con el fin o por su justicia, sirviendo de criterio para poder negar validez al derecho injusto. Y ante el peligro de que cada cual, estimando la justicia a su modo, pudiera llegar a negar toda imposición autoritaria, y como la ordenación de la vida común no puede dejarse abandonada a las opiniones de los particulares, debe ser regulada por una instancia superindividual para que se produzca la seguridad jurídica, sin que por ello haya de estar la justicia subordinada a esa seguridad, sino que en la colisión entre ambas debe decidir siempre el fin jurídico a que ambos se subordinan: libertad, poder, cultura.

En realidad, sea cualquiera el valor que puedan tener las indicadas soluciones al problema propuesto, es innegable, según Petrone (3), que hay que optar entre los dos términos de un dilema, del que no se puede salir. O hay que reconocer la legitimidad de la noción del deber y entrar, por tanto, en los términos de la Filosofía del derecho natural, o hay que profesar

(1) Vanni. Op. cit., pág. 68.

(2) Véase O. de Buen. Op. cit., pág. 30; nota.

(3) A. Petrone. *La Fase recentissima*, pág. 217.

abiertamente el inmoralismo de la fuerza, y no es posible término medio. Están frente a frente la *physis* y el *nomos*, la necesidad física y la necesidad moral. Y cuando se confiesa abiertamente que no hay más derecho que el fenoménico, el de hecho, el que necesariamente produce el proceso natural de la evolución histórica, y se niega toda medida ideal que señale lo que deba ser el derecho, hay que reconocer, por duro que parezca y sin retroceder ante la consecuencia, que el único título en que se funda la legitimidad del derecho histórico y positivo, es la fuerza material de los poderes gobernantes, que lo establecen como un mandato imperativo y lo hacen cumplir por la coacción. Porque como además dicen que el derecho es un producto determinado por causas eficientes y no puede ser de otra manera, no pueden los que así piensan elevar la vista a la valoración de la norma, pues sobre ser ilógicos e inconsecuentes en su doctrina, tan pronto como lo intentasen entraban ya en el derecho natural, pues concebían *otro derecho* que no está encerrado en el mandato, que es derecho también aunque no es lo mandado, y que con un criterio metempírico puede juzgar las normas *puestas de hecho* para regir a un pueblo.

No puede, en efecto, salirse del dilema, y se prueba una vez más la invalidez, la incapacidad del derecho positivo para explicar cualquier problema. El fundamento del derecho positivo y de la obligatoriedad de sus disposiciones hay que buscarlo fuera de él, en un Orden superior que rige al hombre como a las demás criaturas; en la ley natural que gobierna a todos los seres racionales, norma que la razón conoce pero que no la crea, adecuada a la humana naturaleza y dictada por Dios.

El fundamento de la fuerza obligatoria del Derecho positivo no está en el nudo mandato, ni en la coacción puesta a su servicio, que eso podrá engendrar una sumisión propia de esclavos, sino que se halla en la ley natural que preceptúa la obediencia al superior legítimo (1), y además en la justicia del mandato,

(1) Cathrein. *Derecho natural y positivo*, trad. esp., pág. 218.

en su conformidad, o al menos en su no oposición con la ley natural.

Santo Tomás enseña que las leyes humanas que son justas obligan en conciencia en el fuero interno, por la ley eterna de la cual se derivan (1), según se dice: *Per me reges regnant et legum conditores justa decernunt* (2).

Es decir, que es un deber ético el que enlaza a los súbditos a la obediencia, con la que ésta queda ennoblecida, y no hay que apoyarla tan sólo en el aparato formal y coactivo, como les ocurre a los defensores a ultranza del puro derecho positivo.

Ese es el fundamento de todo derecho, y la explicación satisfactoria del porqué obligan las normas jurídicas: *justitia est fundamentum regnorum*.

Por el contrario, las leyes injustas no obligan en el fuero de la conciencia, a no ser por evitar el escándalo o la perturbación por cuya consideración debe el hombre aun ceder de su derecho (3).

Y de tal modo es la justicia necesaria a la ley positiva, que en tanto tiene razón de ley en cuanto deriva de la ley de naturaleza, pues según la enérgica frase de Santo Tomás: *Si vero in aliquo a lege naturali discordet, jam non erit lex, sed legis corruptio* (4).

Veamos ahora, de cerca, el principio común y capital de cuantos profesan el monismo jurídico, al establecer el dogma del esencial carácter positivo del Derecho, que les autoriza a rechazar como derecho cualquier concepción jurídica que no pueda presentarse como tal derecho positivo, y en cuyo nombre niegan categóricamente que pueda tener el derecho otra realidad ideal y suprasensible además de la histórica y empírica.

Para ello, nada mejor que preguntar con Del Vecchio (5):

(1) Santo Tomás. *Summa theologiae*, 1.^a-2.^{ae}, quest. 96, art. 4.^o.

(2) Prov. 8, 15.

(3) Santo Tomás. *Sum. Theol.*, íd., íd.

(4) Id. íd. 1.^{ae}-2.^{ae}, q. 95, art. 2.^o.

(5) Idem *Sulla positività*, pág. 5.

¿cuándo el derecho es verdaderamente positivo? ¿cómo se realiza y en qué consiste esencialmente su *posición*? Son difíciles las respuestas, porque la regla de derecho no nace siempre de un modo uniforme, ni tampoco es formulada y aplicada en un mismo instante.

A veces se formula primero la regla y luego se aplica, pero otras se observa y se aplica antes de haber sido expresada. Pero realmente no basta la publicación de una ley para que pueda verdaderamente decirse que siempre sea positiva, pues por varias causas ocurre que hay leyes que, sin ser derogadas, se han convertido en letra muerta, y por el contrario que tampoco puede reducirse el carácter positivo sólo a la práctica, aunque se haya observado constantemente, pues puede haber reglas observadas por actos repetidos desde largo tiempo, que no pueden constituir verdadera costumbre jurídica ni ser exigibles por carecer de la protección coactiva.

Por tanto, para que verdaderamente exista un derecho positivo, ni basta la enunciación abstracta de un principio jurídico, ni tampoco la mera observancia de una práctica cualquiera, sino que es menester que un criterio de naturaleza jurídica que determine una obligación y una pretensión de carácter correlativo, haya encajado en el sistema que rige en un pueblo, de manera que su cumplimiento no dependa ni del mero arbitrio de aquellos a quienes obliga, ni de la mera fuerza de aquellos que la dictan (1).

El momento crítico en el cual se descubre y se muestra de un modo inequívoco la existencia de una regla de derecho positivo, es el instante de su aplicación por los Tribunales, pues por ella recibe la norma efectividad real y concreta. Pero no puede considerarse necesaria para la existencia del carácter positivo de la norma, el que de hecho sea aplicada judicialmente, pues aparte de que igualmente es aplicada cuando se cumple espontáneamente, es innegable la realidad positiva de

(1) Del Vecchio. *Sulla positività*, pág. 6.

las reglas jurídicas por la sola posibilidad de que se la haga valer ante los Tribunales, aunque no lleguen nunca a ser efectivamente aplicada.

El modo como deviene regla de derecho positivo aquella conciencia jurídica de que habla Cathrein, en el texto que antes citábamos, y cómo las normas universales de justicia contenidas en la ley natural, claramente conocida por las conciencias individuales, descienden y se acomodan y se adhieren a los casos particulares por un proceso deductivo de libre determinación, bien distinta de aquella necesaria causalidad del espíritu popular, según la concepción historicista, se explica suficientemente por la natural vocación de la mente humana hacia el derecho y por la necesidad de elaborar nuevas reglas para las cambiantes y movedizas relaciones sociales que exigen una ordenación jurídica.

Es una formación en que la idea de lo que debe ser tiende a realizarse, y logra encarnar en la realidad por el precepto de la ley, la práctica consuetudinaria o la decisión judicial; pero el valor racional del contenido justo se lo da la idea, y lo fenoménico es tan sólo el aparato formal que la convierte en regla positiva.

De todo esto se desprende que el hecho de llegar a ser positiva una regla, no puede conferirle la *juridicidad* ni la justicia que antes no tuviera, ni tampoco las pierde, porque la regla deje de imperar al ser sustituida por otra.

Eso está fuera del derecho positivo, porque no es histórico sino de carácter lógico, y por tanto superior y distinto, así a los hechos que la hacen positiva, como a las vicisitudes del tiempo.

Luego, como dice Del Vecchio (1), si no es posible establecer *a priori* el momento en que una idea jurídica se hace positiva, ni aquel en que deja de ser tal, es evidente que el carácter positivo no puede reputarse esencial o inmanente en la idea misma, sino que ante ella ese carácter positivo hay que considerarlo como externo y accidental. Cualquiera que sea el grado de la fuerza social que la sostiene, predomine o no durante

(1) Id. id., pág. 9.

cierto tiempo, se afirme sólo por alguno o se afirme por muchos, una proposición jurídica conserva su propio significado y sigue siendo una proposición jurídica, sin que para reconocer tal carácter haya antes que asegurarse de las aplicaciones que haya podido tener en uno u otro momento histórico.

El considerar como derecho nada más que aquel que aparezca como positivo, lleva lógicamente a negar el carácter jurídico de todos los sistemas que no hayan alcanzado o que hayan rebasado tal fase empírica de *positividad*.

El carácter positivo no es por tanto esencial al derecho, sino un mero episodio que podrá llegar y que llegará para algunas proposiciones jurídicas que hasta ahora no se han practicado, y que, por el contrario, desaparecerá para otras muchas que ahora están vigentes.

Si fuera cierto ese pretendido carácter positivo para todo derecho, se daría el absurdo de tener que admitir que el Derecho romano, en cuanto dejó de ser derecho vigente, había dejado de ser derecho, y en cambio no podría estimarse la naturaleza jurídica de un proyecto de ley hasta el momento mismo en que llegue a ser promulgado. Y por ende se haría depender el sentido intrínseco de una proposición jurídica del hecho contingente y aleatorio de su aprobación y observancia.

La afirmación del esencial carácter positivo se deshace por esta crítica, demostrando que tal carácter positivo no es más que una imagen transitoria y superficial de una verdad más profunda. Por ser evidente que antes de ponerse históricamente existen ya como derecho las normas que logran hacerse positivas, y que siguen siendo derecho aun después de perdida su vigencia. Y, siendo forzoso reconocer que el proceso que conduce a la posición histórica del derecho es un *consecutivum* respecto a la idea que se *pone*, confirma de un modo indirecto pero irrefutable la legitimidad de una pura deducción del derecho como ideal (1).

(1) Del Vecelino. Op. cit , pág. 12.

III

Vimos ya cómo al surgir la norma del derecho positivo, cómo al establecerse la regla obligatoria y coactiva, quedaba en pie el problema de la existencia de *otro derecho* que le servía de inspiración, que explicaba su existencia, que le daba juridicidad, que le prestaba el elemento valorativo de la justicia del precepto.

Considerando ahora la efectuación práctica, la aplicación de las reglas del derecho positivo a los casos concretos que ofrece la realidad en el punto crítico de su invocación y declaración ante los Tribunales, hallaremos, en la función del juez, nuevos elementos para confirmar la existencia del derecho ideal, del concepto metempírico de un derecho que no se expresa totalmente en el positivo.

El derecho no es una abstracción, sino algo vivo que necesita cumplirse, ya por el acatamiento espontáneo y voluntario a sus normas, por los ciudadanos, manera normal y más frecuente de realizarse en las relaciones sociales; ya coactivamente, por modo anormal, pidiendo a los Tribunales la declaración de los derechos controvertidos y la sumisión forzosa a las leyes de los que incumplieron en cualquier forma sus preceptos.

Aparece así la función del juez poniendo en correlación las relaciones particulares existentes en la vida social, con los tipos abstractos fijados en las leyes, aplicando la sanción del derecho a los casos concretos, traduciendo la norma en acto, cumpliendo así su función reguladora en una más amplia correspondencia

y armonía con la vida social (1). Y le incumbe, pues, en su noble cometido, el buscar en la ley el precepto regulador del caso singular que se somete a su decisión, dar vida efectiva a la hipótesis jurídica contenida en la norma, y realizar prácticamente la mera posibilidad que comprende la ley. Y aquel precepto de justicia universal bosquejado en la regla, encarnarlo en el hecho particular que motiva su resolución.

Y como la mayor parte de los códigos modernos obligan al juez, en todo caso y sin excusa alguna, a dictar su fallo sin que pueda rehusarlo por insuficiencia o silencio de la ley, bien le designe la ley misma las otras fuentes subsidiarias a que deba acudir, ya guarde silencio sobre ello, resulta prácticamente que el juez tiene que crear la norma allí donde el derecho positivo no la haya establecido. Y de este modo se realza la importancia social y el valor técnico del trabajo de los juzgadores, que son llamados por la índole misma de sus funciones, y no porque con ellas invadan otros poderes—como excepcionalmente puede ocurrir—a la producción de reglas jurídicas, ante las deficiencias del derecho positivo que comúnmente deben aplicar.

El juez es normalmente el intérprete de la ley, pero no de un modo rutinario y maquinal, sino buscando en el texto genérico el precepto vivo que pueda regular justamente el caso concreto que se le propone, indagando en las palabras y en el espíritu de la ley la norma adecuada para el hecho. Y esa interpretación reflexiva y humana ha de hacerla siempre, por clara y sencilla que le parezca la cuestión; que hoy ya no se reserva la hermenéutica para los textos imperfectos u oscuros, sino que en todos ellos ha de buscarse el pensamiento que reside en la norma, que es el objeto de la interpretación (2).

Tomando como la mayor y más perfecta parte del derecho positivo la que se contiene en las leyes, como éstas suponen siempre un concepto lógico de carácter universal que comprende

(1) Consentini, *Filosofía del Diritto*, pág. 55.

(2) Giner y Calderón. *Resumen de Filosofía del Derecho*, pág. 204.

en sí mismo una gran copia de hechos particulares, una multitud de casos potenciales que han de actuarse al aplicar la ley, forzoso es al intérprete y al juez por tanto, asegurarse de si el caso concreto está realmente comprendido en la generalidad de la hipótesis legal.

De otra parte la ley expresa, con más o menos acierto en las palabras de su texto, el pensamiento del legislador, es siempre el precepto legal una declaración de la voluntad inteligente de su autor, y por tanto es inexcusable el indagar cuál sea ese íntimo pensamiento, esa intención que reside en la regla y que ha de iluminar la posible oscuridad o imperfección de los signos verbales con que se exterioriza.

Se ha discutido si la voluntad del legislador que hay que conocer, es la que tuvo al tiempo de dictar la ley o la que hubiera podido tener en el momento de aplicarla.

La opinión tradicional ha creído que el texto legal debe interpretarse con el espíritu del momento en que fué consagrado por el legislador, prescindiendo de todas aquellas modificaciones que hayan sobrevenido en los conceptos generales o en los hechos sociales. Algunos autores, por el contrario, como Kohler (1), sin llegar a creer que una vez dictada la ley debe separarse de su origen y ser considerada con vida propia y autónoma, piensa que por lo menos debe tenerse en cuenta el vínculo que la une a todo movimiento social, y desarrollar progresivamente su contenido, como realmente la hubiera variado el legislador si hubiera podido prever esas modificaciones sociales; Geny (2), por el contrario, cree que sería peligroso que se coloque el intérprete en el momento de la aplicación. En realidad, no cabe exclusivamente adoptar ninguna de estas opiniones extremas, ni puede admitirse el aislar la ley de su origen, concibiéndola con vida autónoma y separada, porque la voluntad del legislador perdura mientras la ley esté en vigor, ni tampoco

(1) Citado por Geny. *El método*, pág. 244.

(2) *Ibid.* Op. cit. pág. 246.

puede prescindirse del momento en que la ley se aplica, por que la voluntad del legislador habría cambiado al cambiar las circunstancias (1).

Hay, pues, que conocer esa voluntad, y por ello, después de Savigny, es doctrina aceptada el estimar la necesidad de interpretar todas las normas, si bien su claridad o su imperfección origina el que la interpretación se divida en normal y anormal, reservando ésta para aquellos textos defectuosos, ya en su forma, por ser indeterminadas o impropias sus palabras, o ya en su pensamiento o en el fondo por antinomia, si contiene disposiciones contradictorias, o por incurrir en lagunas o vacíos cuando la ley es deficiente y calla sobre aquello que debiera haber regulado (2).

A veces, los defectos de forma de la regla jurídica, que exigen su remedio con una interpretación anormal, pueden conducir a la existencia de una laguna, siempre que la indeterminación o la impropiedad del lenguaje sean tales que vengan a invalidar el texto en que se padecieron, y otro tanto puede, en algunas ocasiones, suceder con aquellos casos de real e irreducible antinomia, en que los preceptos contradictorios vengan a anularse entre sí, por no hallar medio justificado de que uno de ellos quede destruido y eliminado por el otro. Ya porque se den tales circunstancias, ya cuando se trata de una verdadera carencia de ley, por no existir realmente precepto aplicable al caso en cuestión, surge el problema interesante de las lagunas o vacíos en el ordenamiento jurídico positivo.

Es exacta la doctrina de Stammler, de que lógicamente esa inexistencia de norma aplicable no puede darse más que en un especial *derecho positivo*, en las disposiciones humanas que rigen en determinado tiempo y lugar, pero no puede concebirse que surjan en el derecho ideal o deontológico, ya que precisamente podrá siempre averiguarse en absoluto lo que es derecho

(1) C. Valverde *Tratado de Derecho civil español* T. I, pág. 88-89.

(2) Giner y Calderón *Op. cit.*, pág. 211.

en determinado caso. De otra parte, en todo derecho positivo, por perfecta que se suponga su elaboración técnica, serán siempre posibles sus deficiencias, sus lagunas, pues como obra del hombre adolecerá de su imperfección.

Perdió ya su importancia la creencia en la omnipotencia de la ley, en la plenitud del orden jurídico positivo, en la idolatría legislativa, tan en boga en Francia a raíz de la codificación, y que explican la irritada sorpresa de Napoleón a la aparición de los primeros comentarios de Toullier a su Código. No se sostienen ya las afirmaciones de Blondau, Demolombe, Aubry, Rau, Laurent, Baudry-Lacantinière y otros (1), ni tampoco que el legislador pueda prever con normas particulares todos los casos posibles, ni siquiera que puedan bastar para llenar las lagunas de la ley otros preceptos legales, aplicables por una extensión analógica a los casos que la ley no ha regulado directamente.

Ni convence tampoco la tesis de Savigny, seguida por Puchta, de que el derecho positivo se completa a sí mismo en virtud de su fuerza orgánica, pues en ella no había más que el prejuicio contra un derecho ideal universal e invariable, complemento necesario de todo derecho positivo (1).

Ni es tampoco exacta, aunque sí muy lógica, la posición de Bergbohm (2) en este asunto, al afirmar que el derecho es un todo lógico, cerrado, sin lagunas. Y en el espacio llenado por el derecho, hay siempre una solución para el caso que se presenta, y si se desconoce es por deficiencias del intérprete, mas no porque deje de estar allí.

Los defensores del sistema tradicional, en su creencia de que la ley se basta a sí misma y que fuera de ella nada puede hacer el juez, venían en realidad a borrar y suprimir el problema de las lagunas de la ley, al sostener que si alguna vez se diese

(1) Geny. *El método y las fuentes*, pág. 22.

(2) Geny. *Op. cit.*, pág. 521.

(3) D. de Buen *Op. cit.*, pág. 37.

un caso realmente no previsto por la ley ni regido en sus disposiciones, debería entonces el juez rechazar la demanda, por cuanto su pretensión es contraria al hecho establecido, y no puede invocar apoyo directo ni indirecto de la ley positiva. Tal solución excesivamente simplista y absoluta, sostenida expresamente por Blondeau y aceptada también por Demolombe y por Huc (1), sobre que la realidad del problema sigue en pie aunque se niegue, es imposible de seguir en aquellos países cuyos códigos obligan a sus jueces a fallar en todo caso sin que puedan rehusarlo por insuficiencia de la ley.

De uno u otro modo, es forzoso reconocer la existencia real de las lagunas del derecho positivo (2); teóricamente, porque es la ley un concepto lógico de carácter universal, en que se han previsto aquellas relaciones y hechos sociales más frecuentes en el tiempo en que se dictó; pero sin que pueda nunca comprender en sus hipótesis la totalidad de los casos reales que se presentan en la vida, ni agotar en el precepto la complejidad concreta y siempre variable de las relaciones sociales, ni menos aún vislumbrar aquellas mudanzas que están exigiendo nuevas reglas que encaucen jurídicamente los nuevos hechos antes insospechados, y prácticamente porque es problema cotidiano en los Tribunales, y que han tratado de regular los códigos y que la ciencia reconoce buscando su remedio.

Cuando el intérprete se convence de que indagado el espíritu de la ley, no alcanza a regular el hecho concreto de que se trata y que la norma no tiene dominio sobre aquella relación, no prevista ni incluida en sus disposiciones, surge la laguna y la necesidad de llenarla. Lo primero en que se ha pensado es en buscar todavía en las mismas leyes una norma adecuada, mediante el proceso extensivo de la analogía, queriendo que la legislación se baste a sí misma, y pensando con Savigny que está su fundamento en la unidad y homogeneidad orgánica del sistema

(1) Conf. Geny *Método y fuentes*, pág. 33.

(2) Menger. *El Derecho civil y los pobres*, pág. 23.

de derecho positivo formal, constituido por la ley y la costumbre.

La analogía amplía por extensión el imperio de la ley, y a falta de precepto expreso que aplicar, indaga dentro de la legislación otro semejante, capaz de regir aquel caso concreto mediante un proceso dialéctico por el que se dilata y extiende el precepto, para subsanar los defectos de la ley con la ley misma.

Consiste la analogía en elevarse desde la norma al principio superior que la informa, y descender después desde ese principio al caso no regulado, siempre que haya similitud entre el caso nuevo y aquel otro claramente comprendido en la regla que trata de aplicarse, tomando como punto de partida el principio «ubi eadem ratio, idem jus».

La analogía requiere que un precepto dictado para cierto caso deba ser trasportado —salvo motivos particulares— a los casos análogos que presenten con el primero identidad esencial (Adickes, Regelsberger, Endemann) (1). Teniendo su fundamento, como dice Geny (2), en el sentimiento que tenemos en nuestro fondo íntimo de igualdad jurídica, por el cual las mismas situaciones de hecho deben reclamar iguales sanciones jurídicas.

Esa identidad esencial entre ambos casos, exige sólo una igualdad genérica, su pertenencia a una misma especie jurídica, que puedan insertarse sin violencia en un género común sin perjuicio de las diferencias individuales, que es lo que determina su analogía o semejanza.

En otras palabras; que no será posible extender analógicamente al caso *B*, la norma dictada para el caso *A*, si en la norma no está potencialmente comprendido un principio general capaz de abrazar también el caso *B*; es decir, si ambos casos no tienen la *eadem ratio* necesaria.

La analogía supone un proceso lógico de técnica muy

(1) Citados por Geny. Obra cit. pág. 525.

(2) Id. id., pág. 522.

delicada, que ha de manejarse con gran cautela para evitar errores e injusticias. Ya advertía Trendelenburg (1), que había que reconocer tanto su fuerza como su impotencia, y el peligro de incurrir en falsas analogías, si los casos o las especies no son coordinados, o si aun siéndolo, la norma elevada del primer caso y que se quiera referir al otro, no es la norma general sino más bien una especialidad (la diferencia específica) del primer caso. Además, contra el sistema tradicional que creía hallar en la analogía, siempre y en todo caso el recurso para colmar la totalidad de las lagunas legislativas, se eleva la moderna doctrina (2), que niega que el procedimiento analógico sea suficiente en todos los casos.

Tal suficiencia no se ha tratado de demostrar, pues prácticamente era difícil probarlo, pero lógicamente era imposible, pues esa analogía o *eadem ratio* inexcusable, no es ilimitada, sino muy reducida, y sólo puede funcionar en contados casos.

Resulta, pues, que la analogía sirve algunas veces como remedio para salvar las lagunas, pero que en otras muchas no tiene aplicación y queda en pie la necesidad de colmarlas por otros medios.

Además de la extensión analógica, se ha querido también buscar remedio a las lagunas, dentro todavía del derecho legislado, con el procedimiento lógico del argumento *a contrario*, fundado en el principio *inclusione unius fit exclusio alterius*, por el cual la anomalía de la solución legal hace presumir una solución contraria, para los casos no comprendidos en el texto, pero es muy peligroso su empleo y necesariamente muy restringida y limitada su justa aplicación (3).

Todavía hay que añadir a las situaciones de lagunas reales creadas por el silencio de la ley, aquellas otras que resultan de hecho, a pesar de que en apariencia exista una ley aplicable (4);

(1) Trendelenburg. *Diritto naturale*, pág. 151

(2) Del Vecchio. *Sui principi generali del diritto*, pág. 25.

(3) Geny. *El método*, pág. 24.

(4) Por eso para Zittelmann hay dos casos de lagunas: porque no existe disposición, o porque la disposición no es justa. (Véase Demófilo de Buen, obra citada, página 37).

tal ocurre en los casos de equidad, de cesación de la ley o de epiqueya, en que el hecho concreto no puede ser regulado, por la ley en que parece comprendido, sin notoria injusticia, pues prácticamente también entonces se carece de norma que aplicar, y se produce una situación igual a la de las lagunas realmente existentes.

Semejante, aunque distinto al problema de las lagunas de la ley, en que no existe regla aplicable, es la cuestión de la mayor o menor libertad y amplitud de movimiento en que el mismo legislador deja al juez según la distinta clase y naturaleza de las leyes que tenga que aplicar. Siendo exacta en este respecto la división de leyes que formula Stammler (1), y que origina distintos matices en la función judicial, pero por mandato expreso del legislador y no por su silencio como en las lagunas acontece.

Es verdad que las disposiciones que llama Stammler *discrecionales*: a) porque deja la ley alguno de los términos abstractamente expresados, para que el juez determine su propio contenido en vista del caso y del hecho; b) porque el legislador deja libres a las partes para regular ellos mismos el contenido de sus pactos, limitándose la ley a proponer un contenido supletorio, dejan más ancho campo en que moverse el juez dentro del marco que la ley le traza, que aquellas otras disposiciones que el insigne profesor llama *resolutivas*; c) que no pueden ser cambiadas por el juez ni por las partes, como la prohibición de renunciar la responsabilidad por dolo.

Pero no es esta la cuestión, sino saber qué debe hacer el juez frente al silencio del legislador, quien para aquel caso concreto nada dispuso ni discrecional ni resolutivamente.

En cualquiera de los casos indicados y por las causas dichas, llega un momento en que después de aquilatar el espíritu

(1) Conferencias dadas en la Universidad de Madrid por el insigne profesor alemán en mayo de 1922, y publicadas en la *Revista de Derecho privado*, (pág. 166-167) por el señor Rivera Pastor.

de la norma y de alargar y extender su dominio con la interpretación analógica, y aun de ensancharla por una proyección *latitudinal*, como algunos dicen, la regla queda agotada, exprimida, exhausta y sin poder servir ni aplicarse a los nuevos casos que quedan sin disposición, sin mandato legal que los regule; este es el momento de buscar solución a la carencia, a las lagunas del derecho positivo, y esa necesidad apremiante innegable, plantea el problema del carácter de la jurisprudencia y de la función del juez, y hay que determinar si ha de ser exclusivamente la de declarar y aplicar el derecho positivo preexistente, o si podrá y tendrá que crear la regla jurídica que no existe.

La doctrina en este respecto ha tenido que reconocer la verdad, pese a los prejuicios historicistas por una parte, y de idolatría legislativa por otra, pero que venían a confluír en la llamada plenitud del orden jurídico vigente.

Así, contra las exageraciones del método tradicional que reduce al juez a un rutinario y maquinal intérprete de las leyes, en cuyo texto ha de encontrar forzosamente solución a todos los asuntos y casos concretos, pues según frase de Valette, «se ha legislado tanto que sería muy extraño que quedase un caso al cual no le fueren aplicables en algo las disposiciones legales» (1), surge en Alemania una tendencia a la emancipación de la ley escrita, manifestada en el movimiento llamado del «derecho libre», elaborado hace ya tiempo merced a los trabajos de Adickes, Bülow, Menger, Kantorowicz (Gnaeus Flavius) y tantos otros (2).

Para Adickes, «la única y verdadera fuente del derecho es la conciencia subjetiva, la convicción jurídica del individuo, juez o intérprete, y no concibe la aplicación del derecho, sino con esta condición: que el individuo sea autorizado a sacar libremente

(1) Geny. *El método*, pág. 24.

(2) Vid. D. de Buen. *Las normas jurídicas y la función judicial*, página 36, en la que recoge una copiosa bibliografía sobre esta doctrina.

el derecho de su propia convicción. Derecho no es sólo el positivo preestablecido, sino el que la razón subjetiva del juez pone frente al caso. El valor del derecho positivo es sólo el de un límite que no puede traspasar el juzgador en sus juicios; no tanto es fuente como barrera para la decisión judicial, que es fruto de la razón subjetiva del juez aplicada a las relaciones de la vida según su naturaleza, siempre que no se oponga al dictado del derecho positivo» (1).

Y en Gnaeus Flavius, «el derecho llamado libre es la resurrección del antiguo derecho natural, con esta diferencia: que no se trata de un derecho que pretenda imponerse como materialmente obligatorio, siempre uno e idéntico en sí mismo, sino que se trata de un derecho que está en continua formación, siempre variable pero en perfecta correspondencia con las circunstancias de cada hecho; pero en uno y en otro caso se trata de un derecho independiente de el del Estado, de un derecho libre que no agradece su existencia a las normas puestas por el Estado, ni por lo tanto es puesto directamente por el Estado».

«Cierto que la justicia es función esencial del Estado, y el juez debe dar su decisión para hacer honor al juramento que presta conforme a las claras palabras de la ley; pero de ésta puede y debe separarse cuando no le dé una solución indudable y cuando según su libre consciente convicción, sea verosímil que la ley no hubiera decidido como lo hizo, si al tiempo de la controversia hubiera tenido que decidir. En ambos casos dará el juez la decisión que según su convencimiento hubiere emitido el poder legislativo si el caso se le hubiera presentado o lo hubiera previsto. Si no puede formarse este convencimiento, decidirá según libre derecho» (2).

Aunque atenuada esta doctrina, incluso por alguno de sus

(1) Citado por F. Clemente de Diego en su obra *Fuentes del Derecho civil español*, páginas 79-80.

(2) Vid. *Ibid.* Op. cit. págs. 85, 88.

expositores, y por otros juristas que protestaron de sus exageraciones, es indudable que existe una poderosa corriente doctrinal que ensancha la función del juez y le emancipa de la estrecha concepción del método tradicional, y con variedad de matices se proclama la «libre investigación y libre ciencia del derecho», «investigación del derecho por ponderación de intereses», «jurisprudencia de intereses», «emancipación del juez respecto de la ley», «método realista», «influjo de las normas de cultura» o «del derecho justo» (1).

Desconfiando de esas atribuciones judiciales que exceden los límites del texto legal, se arguye que al facultar al juez para crear normas jurídicas se plantea un conflicto constitucional y se autoriza una infracción de la división de poderes; pero no se pretende que el juez rivalice con el legislador en la producción de las reglas, sino que tan sólo de un modo excepcional supla y complete los vacíos y deficiencias de la ley en los casos singulares en que haya de juzgar; además, que no se traspasa la *función jurisdiccional*, ni se invade la legislativa porque en el caso concreto a resolver se produzca una regla que el legislador ha omitido. Y sobre todo que, como ya decía Aristóteles, el juez es el intermediario entre la fórmula abstracta y rígida del texto legal y las necesidades y situaciones tan complejas y diferentes, en constante mutación, de la vida social.

Se objeta también, más seriamente, el temor de que quepa algún abuso en el arbitrio individual de los jueces, que pueden llevar a la solución sus prejuicios subjetivos, no siempre justos; pero reduciéndolo al caso de suplir lagunas, no es posible que se infrinja una ley que no existe, y que por no existir es menester suplirla con la nueva regla que el juez ha de crear, y además no significa menosprecio al sistema legal, limitando el arbitrio judicial al caso de verdadera laguna, y prohibiéndolo en la mera interpretación de los textos. Y puestos a desconfiar, tan falible y limitada es la conciencia del legislador como la del

(1) Vid. D. de Buen Op. cit. pág. 85.

juez, pero con la ventaja en cuanto a éste, de que su equivocación puede ser enmendada por otros Tribunales superiores, y sin que pueda ser nunca ese arbitrio judicial completamente caprichoso, sino moderado por los principios en que debe fundar la nueva regla que ha de producir.

Este punto de vista se halla situado en la zona templada del buen sentido doctrinal, igualmente alejado del sistema tradicional que no quería ver en el juez más que un intérprete automático y esclavo del texto legal, y de las exageraciones del movimiento del llamado derecho libre. Reconociéndose la necesidad de que el juez en los casos de laguna busque la norma *fuera* de la ley, pero evitando que en la interpretación se salga de ella cuando pueda ser aplicada, y negando en todo caso que pueda resolver en *contra* del precepto legal.

Por lo demás, el problema es de todos los tiempos, y a despecho de obstáculos legislativos o doctrinales, el arbitrio judicial siempre ha existido, impuesto por la realidad. Y es más, ejercido razonablemente, ha producido progresos jurídicos, preparando elementos normativos que luego el legislador tuvo presentes, y aun recogió en sus reformas muchas veces; y consiguió que fuesen vida más duradera aquellas leyes que no se acomodaban ya a las exigencias y novedades de la vida social que habían de regir.

Ante esta ineludible necesidad, ha sido distinto el criterio seguido por los códigos, pues mientras el francés y el alemán guardan silencio, otros, después de señalar generalmente la costumbre como fuente subsidiaria de la ley, y algunos sin referirse a ella, ordenan: que se acuda al derecho natural, como el código austriaco; a la analogía, como el italiano; a los principios generales del derecho, como nuestro código civil, o como dispone el código suizo que se aplique a falta de ley y de costumbre, la regla que el juez establecería si fuese legislador.

Prácticamente el resultado viene a ser el mismo, pues

háyase o no previsto ese orden gerárquico de las fuentes, y estando el juez obligado a fallar, siempre resultará, según dice Cruet, «que como el legislador no llena nunca ni puede llenar en su integridad perfecta la función de crear las reglas del derecho, y esta función debe sin embargo cumplirse, el juez interviene como una especie de *legislador suplente*, e interviene a pesar suyo y porque no puede menos de intervenir (1).

Aun en aquellos países en que sus códigos la reconocen, pocos serán los casos en que la costumbre jurídica pueda tener aplicación, como fuente subsidiaria a falta de la ley, puesto que modernamente cede y se retira ante el papel cada vez más preponderante de la ley escrita, como afirma Kohler, hecho ya notado por Ihering en el Derecho romano, y además sólo se encuentra en aquellos grupos sociales muy coherentes, como usos de pequeñas comarcas o prácticas profesionales (2).

En los demás casos, y serán la mayor parte, en que no pueda aplicarse la costumbre, deberá acudir el juez a esas otras fuentes subsidiarias, que con unos u otros nombres son ya cosa distinta del derecho positivo, están fuera y más allá de sus disposiciones, y demuestra su existencia que *no es positivo* todo derecho, sino que aparte de él, coexistiendo con él, sin estar investido de imperio, de autoridad, ni de coacción, hay *otro derecho* que puede formular normas y dar soluciones para aquellos casos en que nada estatuyó el derecho positivo.

Claro que no se confiesa que ese *otro derecho* es el derecho natural, la medida ideal de justicia contenida en la *ley natural* y promulgada en la conciencia de cada hombre. Se ha declarado vitando el nombre del derecho natural, y se acude a rodeos, perifrasis y habilidades para encubrirlo.

(1) Jean Cruet. *La vie du droit et l'impuissance des lois*, pág. 61.

(2) Geny. Op. cit pág. 293-294.

Por eso «los principios generales del derecho», que algún código, como el nuestro, erige en fuente subsidiaria, se entienden como aquellos que informan la legislación de un país, los que pueden obtenerse del sistema legal vigente por sucesivas generalizaciones de las singulares normas positivas.

En la necesidad de buscar esa regla que falta en el derecho positivo y en la necesidad también de no hablar del derecho natural, han establecido como fuente supletoria *la naturaleza de las cosas*, patrocinada por Goldschmidt, Dernburg, Ennecerus, Staub, y criticada por Windscheid, Brinz y Bekker, se discute, más que su realidad, si debe elevarse al rango de fuente supletoria en caso de lagunas, o si debe sólo servir de auxiliar en la interpretación de la ley (1).

Con la autoridad de Del Vecchio, puede afirmarse resueltamente «que los principios generales del derecho no son ni pueden ser cosa distinta del derecho natural, afirmado por una tradición varias veces secular, principios en parte inmutables, porque responden a inmutables exigencias del espíritu y de la razón humana, y en parte variables en cuanto responden a las circunstancias sociales de carácter histórico en los límites de cierta suprema idealidad inmutable de justicia» (2).

Y con la autoridad de Stammler, puede repetirse: «Aparte de la consabida *naturaleza de la cosa*, que de tan buena gana se contrapone en las exposiciones didácticas actuales a las *disposiciones positivas*, y que en rigor no es si no el *φύσει δίκαιον* de Aristóteles» (3).

Sea de ello lo que quiera, como no puede reducirse el derecho natural a la misión de un mero derecho supletorio, poco

(1) Alberto Asquini. *La natura dei fatti come fonte di diritto*. «Archivio giuridico», ottobre 1921, página 130, y Gény *Science et Technique*, t II, pág. 372, nota 1

(2) Ibidem. *Sui principii generali di diritto*, pág. 6.

(3) Stammler. *El método de la Teoría histórica del Derecho*, trad. española de Atard, pág. 279



importaría para su existencia ideal el hecho de que se aplique o no por los Tribunales en defecto del positivo. Pero es interesante ver cómo aquellas arrogantes afirmaciones del monismo jurídico de que «*jus est quia jussum est*, no hay más derecho que el efectivamente existente, todo derecho es positivo, y sólo este es el verdadero derecho», resultan contradichas, desmentidas y anuladas desde el momento en que no se basta a sí mismo y es menester que el juez busque *en otro derecho*, indudablemente el natural, aquellas disposiciones de que el derecho positivo carece.

IV

«Una norma jurídica se afirma idealmente como un deber ser para regir ciertas relaciones sociales, y la regla ideal quiere hacerse precepto positivo; mas apenas logra verse actuada plenamente con la sanción coactiva del poder, satisfecha ya aquella tendencia que la empujaba a convertirse en ley, comienza bien pronto esa misma tendencia ideal a trabajar contra la ley, porque la mente humana comprende en seguida que su plano ideal no fué bien expresado ni actuado por completo en el precepto positivo, y aquellos residuos ideales no insertos en la ley van formando un nuevo plano actuable, que a través de las luchas sociales, bajo el estímulo de las necesidades, entre las vigiliadas del dolor, madura la ruina de las leyes antes tan deseadas, ruina que prepara otras leyes, término nuevo de antítesis al futuro derecho ideal. Así, de esta igual necesidad de la psiquis humana, brotan las causas del nacimiento y de la muerte de las leyes, y aunque se revelan más claramente las que contribuyen a derogarla, son las mismas que le dan nacimiento».

Estas palabras de Brugi (1) describen con acierto el proceso no interrumpido, el constante fluir y hacerse del derecho positivo, y aluden a una idealidad que está más allá del derecho estatuido y de las normas positivas. Idealismo que es tanto más valioso en labios del profesor italiano, que protesta de que

(1) Brugi. *Introduzione*, pág. 420.

Bergbohm le haya incluido entre los secuaces del derecho natural (1).

No es, como se ha visto anteriormente, la formación del derecho positivo y lo mismo sus cambios y reformas, al ser sustituidas unas normas por otras, producto necesario de la pretendida causalidad del proceso histórico evolutivo, sino que antes de implantarse como regla positiva, existía ya como derecho ideal, como un deber ser, como una aplicación de la justicia, la norma que después es actuada y puesta para la regulación de las relaciones sociales.

Por eso puede ser juzgado y criticado el derecho positivo, y en esa crítica se valora su conformidad o su oposición con la medida ideal de justicia; constituyendo ésta su elemento esencial e intrínseco, el título y razón de su existencia y el fundamento de su autoridad, que no está en el puro aparato formal normativo, el cual sólo puede servir para que sea obedecida; pero que no confiere a la regla, la bondad o la justicia que la hacen obligatoria en el fuero interno, como fundamento ético de la obediencia.

Del resultado de ese juicio, surgirá la aquiescencia a la norma, o el anhelo de verla reformada y sustituida por otra, que sea adecuada a la justicia.

Por eso pudieron y podrán los gobernantes en todo tiempo, déspotas o demagogias, doctos o ignorantes, dictar leyes, crear normas y aumentar el caudal del derecho positivo dando autoridad a sus preceptos, pero no podrán darle el fundamento intrínseco a esas reglas, porque ese *valor* no está en sus manos, sino fuera y por encima de sus decisiones.

No puede confundirse, jamás se confundió la existencia con el *valor* de las normas. Ya Sófocles, en la respuesta de Antígona a Creón, decía: «tus órdenes no son capaces de trastornar las eternas leyes no escritas de Zeus», y Cicerón, pregunta airado, si sería justa la ley que autorizase al

(1) Ib. Op. cit., pág. 184.

dictador para hacer matar a los ciudadanos sin un proceso previo (1).

Decía Austin: «La existencia del derecho es una cosa y su valor o no valor es otra. Una ley que existe realmente es una ley, aunque provoque nuestra desaprobación porque no armonice con el principio conforme al cual pronunciamos nuestro juicio de asentimiento o reprobación» (2).

Y el propio Bergbohm, el más encarnizado enemigo del dualismo en el derecho, dice también: «Desde el punto de vista jurídico positivo, todo derecho es legal; aun el más infame, hasta el más miserable, debe ser reconocido como obligatorio si fué producido formal y correctamente, aunque debiera abolirse mejor hoy que mañana» (3).

Véase cómo estos autores, a pesar de su ardiente realismo y monismo jurídico, no pueden menos de reconocer y rendirse a la evidencia de la distinción que existe siempre en toda manifestación positiva de derecho, entre su obligatoriedad y sanción por el mero hecho de estar mandado y de hallarse revestida del aparato formal, normativo; y su justicia o injusticia, elemento intrínseco y valuativo, que es independiente de la autoridad que la establece como precepto.

Sobre este asunto, dice Vanni (4): «En aquellos grupos humanos que están más avanzados en el camino de la civilización ha ocurrido un hecho psicológico de una importancia histórica capital, que ha sido la distinción de la idea de *justicia* de la de *legalidad*», y añade: «los pueblos adelantados, han efectuado la distinción de ambas ideas habiendo desarrollado el espíritu crítico y el de la discusión que llevan a examinar el contenido de la norma y su valor intrínseco».

Cosentini (5), expone que «examinado el derecho cual se

(1) *De legibus*, I, 15.

(2) Vid. Cathrein. *El derecho natural y el positivo*, pág. 222.

(3) Cathrein. *Op. cit.*, pág. 221.

(4) *Idem*, *op. cit.*, págs. 233, 234.

(5) *Op. cit.*, 179, 180.

presenta en su realidad histórica, ocurre afrontar el problema de su fundamento intrínseco para alcanzar los criterios de valoración de los fenómenos jurídicos y para examinar cómo el derecho *debería ser* respecto a lo *que es*. «Cuando se comienza a examinar la naturaleza íntima de los fines, de la razón de ser del derecho, surge la necesidad de investigar si el derecho, tal como es, basta a las exigencias y aspiraciones de la conciencia, o si puede haber un derecho que responda mejor a tales necesidades, a los últimos fines, y a su misma naturaleza. Así llega a distinguirse el aparato normativo tal como es, de aquel como debiera ser, y a indagar el criterio en que debería informarse».

Como indica Del Vecchio en su obra *Il concetto del diritto* (1), «el derecho positivo como tal es un *hecho*; el establecimiento de las normas jurídicas mediante ley o costumbre, se realiza por obra de los hombres. De ahí que el derecho positivo también puede ser sometido a un criterio jurídico, o para decirlo más exactamente, a la razón siempre la es posible establecer sobre el derecho positivo un juicio análogo al que el mismo derecho establece sobre las acciones en general. Las normas vigentes no son *necesariamente justas*; también con respecto a ellas se ofrece el problema de la justicia, pues no están absolutamente justificadas por el hecho de estar vigentes... la necesidad de la justicia perdura y se afirma sobre el derecho positivo, y esta afirmación suya, aunque no es positiva, es natural y lógicamente legítima». Y en otra obra (2) dice el mismo Del Vecchio: «la conciencia de lo justo lleva en sí la facultad de contraponerse al derecho histórico y de buscar por encima de la realidad de su vigencia la justificación ideal del mismo. Aquella tiene en sí misma el poder de juzgar las leyes vigentes, y precisamente *sub specie juris*, es decir, a tenor de aquel mismo criterio, que halla también en ellas su expresión histórica más poderosa y formalmente exclusiva».

(1) Op. cit., pág. 54.

(2) *El sentimiento jurídico*, trad. esp. pág. 17-18

«Ninguna prescripción legal podría destruir esta facultad original de la conciencia de contraponerse como principio supremo a la autoridad del derecho constituido».

Y el propio Del Vecchio en su obra *Los derechos del hombre y el contrato social* (1), expone acertadamente que «siempre permanece como principio directivo la fundamental distinción entre la razón y lo establecido como derecho, entre el *φύσις* y el *νομος*, entre la justificación interior y la reglamentación de hecho. Siempre existe este elemento primario y anterior a toda positividad, que constituye la fuerza intrínseca del derecho, y sólo cuando se apoya en él puede reconocerse autoridad al derecho positivo, y engendrar luego la ilusión de que tiene autoridad por sí mismo. La naturaleza humana tiene en sí misma el principio de la necesidad del derecho, y no puede quedar satisfecha por ningún hecho exterior, sino en cuanto corresponda con exactitud a su exigencia».

Magistralmente plantea esta cuestión Stammler en su estudio *Sobre el método de la Teoría histórica del Derecho* (2), preguntando: «¿aquello que es derecho debería también valer como derecho?»; y añade: «el pensamiento humano no se satisface nunca con el conocimiento del derecho tal y como rige. Con cien motivos diferentes se alza la duda acerca de lo que se da en la realidad; en todo tiempo el escepticismo indignado surge en llamaradas mil, amenazando lo existente, demandando una respuesta, exigiendo una satisfacción. La cuestión última que puede proponerse al jurisconsulto, es *la del derecho de su derecho...*»

«Pero la duda que forma nuestra cuestión no se limita a una relación de fenómenos jurídicos especiales».

Y prosigue Stammler: «nadie se libra nunca de la necesidad de una crítica del derecho positivo sobre cuya base pueda hacerse responsable al legislador de la ulterior producción jurídica.

(1) Trad. esp. páginas 70-71.

(2) V. trad. esp. de Atard. *La escuela histórica*, págs 231-232.

El que una proposición de derecho haya sido positivamente creada, deja por completo en pie, renovándola continuamente, la cuestión de su derecho a subsistir. Los preceptos jurídicos para aparecer como legítimos habrían de poder ajustarse a algún patrón» (1).

Y en otro lugar del mismo estudio «un hombre culto, no profesional del derecho, muestra muy poca propensión a fundarse en el derecho que existe positivamente, y en cambio, aun sin quererlo, habla de lo que debería ser... Cuando se le habla del derecho positivo empiezan sus movimientos de desaproba- ción y hasta encuentra un predicado correspondiente a ellos para aplicarlos a la proposición jurídica de que se trata; las con- sideraciones del lego, sobre el derecho y el Estado, tienen generalmente por su esencia el carácter de las del derecho natural» (2).

Todas estas opiniones de autores de tan diversa ideología, prueban elocuentemente que la crítica individual puede juzgar y juzga las leyes y las otras normas y disposiciones del derecho positivo; y, como en todo juicio, hay una comparación entre el precepto legal y otro principio que le da la medida y el criterio valuativo al que juzga; y además, que la justicia o injusticia de las leyes, es un valor deontológico, muy distinto de la realidad, igual y ontológica, que todas las normas positivas tienen, como mandatos impuestos de obligatorio cumplimiento.

Y esa valoración no la da la experiencia, que las reglas positivas, como hechos son iguales, se conformen o no con la regla ideal; ni la da la historia, pues sólo nos dice lo que es o lo que ha sido el derecho, pero no la substancia, la idea del derecho mismo, que necesariamente ha de conocer previamente quien busque y examine las determinaciones históricas del dere- cho, como enseñó magistralmente Petrone, al decir «sin el hilo de Ariadna de la especulación, la observación y la comparación

(1) Vid. Atard. Op. cit., pág. 241.

(2) Id., íd. pág. 309.

de los datos de hecho resultarían un laberinto inextricable y del cual no hay salida. Si no sabemos previamente por una anticipación intelectual qué cosa es el derecho, ni podríamos discernir los fenómenos jurídicos de aquellos que no lo son, ni en los mismos fenómenos jurídicos podríamos distinguir lo que en ellos es propiedad esencial, de lo que no lo es» (1).

Por último, Meynial, hablando del papel de la lógica en la formación científica del derecho, dice que la ley no nos satisface sino a condición de responder a la necesidad de orden y de armonía que todos sentimos; para que se nos imponga, es preciso que sea una obra de razón, que revista el carácter necesario de las verdades lógicas; sin esto no nos parece ya superior a nosotros mismos, y nos inclinamos a discutir su derecho de mandarnos (2).

Es, pues, la justicia el primordial estímulo de la transformación del derecho, ya que en ella está el fundamento y la raíz misma del valor de cualquier derecho histórico; pero no es la única, ni la más frecuente de las causas a que obedece su reforma, pues, sin ser injustas, pueden también las leyes reformarse cuando no acertaron a exponer debidamente el ideal a que respondieron, cuando después de dictadas observa la crítica que la ley ha dicho menos de lo que debía, que su fórmula elíptica no comprendió por completo la norma ideal. Acontece, también, que las leyes envejecen más o menos rápidamente por los cambios del estado social, que hacen perder a las reglas positivas su adecuación con el ambiente que las motivó, y quedan como letra muerta, faltas de aplicación por no existir ya o haberse transformado profundamente los casos y las situaciones que su texto había previsto y regulado. Hay otra causa que imperiosamente reclama la modificación del derecho positivo, y es la necesidad de que las novedades y los adelantos que la cultura y la técnica establecen rápidamente en la vida

(1) Petrone. *La fase recentissima*, pág. 190.

(2) Véase Charmont, *Op. cit.*, pág. 189.

moderna, gracias al progreso científico, sean regidas por nuevas leyes, ya que las anteriores no pudieron atisbar ni prever tales cambios, y en modo alguno pudieron preceptuar normas para aquellas ignoradas situaciones de hecho.

Esa necesidad constante de que la vida social se halle siempre gobernada jurídicamente, hace que sean varios los caminos por donde la regla jurídica se abre paso, a poco que se retarde el legislador en trazar un cauce legal a las mutaciones sociales.

Unas veces es la costumbre que acoge más fácilmente y con mayor agilidad las exigencias sociales, y se apresura a traducir en preceptos prácticos las justas normas que la realidad exige.

Otras es la ciencia jurídica, siempre en vanguardia en esta labor de adaptación entre la vida y el derecho, que afina y amplía el vigente, señalando nuevas posibilidades en su aplicación, o proponiendo soluciones y arbitrando normas para aquellas necesidades y aspiraciones que el legislador no pudo satisfacer porque surgieron después de que la ley fué dictada. Otras es la jurisprudencia, que en sus fallos tiene que producir nuevas normas, cuando la ley nada dispuso sobre el caso concreto que los Tribunales juzgaron.

Otras, por fin, es el legislador mismo quien se adelanta a las necesidades de la realidad en su tiempo, e intenta, con las disposiciones legislativas, abrir nuevos cauces por donde puedan discurrir las futuras actividades de la sociedad, aún no surgidas, o para fomentar las que se hallen incipientes, procurando así que cumpla el derecho su misión de ser instrumento y propulsor de la cultura como quiere Kohler (1).

Todos estos medios son buenos para que surjan nuevas reglas en sustitución de las vigentes, que por las causas indicadas habían perdido su aptitud para servir y para dominar la vida social, con una justa ordenación jurídica.

El historicismo empírico está radicalmente invalidado para

(1) Op. cit prólogo de Castillejo, pág. XXXVII y XLV.

juzgar el derecho estatuido y para sustituirlo por normas más justas y perfectas, pues sólo reputa legítimo el exclusivo estudio del dato histórico del derecho, progresivamente revelado por la experiencia, y trata de negar aun la posibilidad de una crítica superior al derecho vigente; pues ha establecido *a priori* la conformidad entre lo que es y lo que debe ser, al afirmar *dogmáticamente* que el derecho positivo es como necesariamente le producen los hechos, sin que pueda ser de otra manera.

Si el derecho está determinado causalmente por los factores sociales e históricos que engendran la convicción nacional, y si el derecho, como pretende el Positivismo, es el producto natural de esas causas, los pueblos han de resignarse ante la inevitable existencia de cualquier injusticia en su derecho positivo, puesto que la voluntad y el arbitrio humanos son tan ajenos a su producción como a su reforma. Por absurda que parezca esta posición, hay que convenir en que es perfectamente lógica; pues si la formación del derecho depende de irresistibles causas naturales, no es posible que pueda ser más perfecto; y ya dijo Kant (1): «de la naturaleza puede conocer el intelecto, lo que es, lo que ha sido o lo que será, pero es imposible que algo deba ser en ella de otro modo que como es en realidad en cada una de sus relaciones de tiempo indicadas, ya que el deber, cuando sólo se tiene ante la vista el curso de la naturaleza, carece por completo de significación».

Es este un error más de la teoría monista del derecho y otra prueba de que carece dentro de sí misma de elementos y de principios tanto para juzgar y valorar el derecho positivo, como para modificar y mejorar sus disposiciones, sin romper su propia doctrina y sin entrar en la senda del derecho natural, que tanto aborrece y del que tanto abomina.

Y efectivamente, también fuera del derecho positivo está la solución de estos problemas; porque conocemos mediante la razón la medida ideal de justicia, que la ley natural contiene, es

(1) *Crítica de la razón pura*.

por lo que espontánea e intuitivamente puede cada hombre juzgar las leyes de su tiempo y expresar en sus juicios y opiniones si están o no de acuerdo con el ideal de la justicia. Y si el juicio es desfavorable, porque no sea justa alguna norma positiva, surge ya la idea de reformarla y sustituirla por otra más adecuada a las exigencias de la ley natural. Y como la idea tiende siempre a realizarse, a convertirse en hecho, van juntándose aquellas individuales opiniones, y por unos u otros medios, siempre de influencia mediata, pero a la larga decisiva, van promoviendo la reforma y la sustitución de aquella norma que no se acomodaba a la justicia. En este proceso racional, con una finalidad y un designio de mejoramiento y aproximación al ideal, va exteriorizándose aquella conciencia jurídica de que habla Cathrein, aludida anteriormente, y que nada tiene que ver, ni en nada se parece, a la convicción nacional, ni al espíritu del pueblo del historicismo, que según él, está impulsado fatalmente por un proceso natural, determinado por causas eficientes, sin perseguir ningún designio para acercarse a lo que debe ser, porque es, como es, de un modo tan inconsciente como necesario.

Es el derecho natural, quiéranlo o no sus impugnadores y adversarios, el que despierta en los hombres ese anhelo de reforma en las leyes, buscando en ellas más perfección y una mayor identificación con la justicia, y en verdad que esos cambios no tienen la regularidad espontánea, ni la aparición idílica que pintaba la Escuela histórica, sino que andan más cerca de la lucha esforzada y del forcejeo fatigoso, que señala Ihering, con los prejuicios, con los intereses, con las resistencias sociales, que por inercia, a veces, o por sobrada actividad, otras, oponen siempre obstáculos a toda reforma por ventajosa que, para el bien común y para la justicia, pueda suponérsela.

Y el poder juzgar el derecho positivo con una medida que necesariamente está fuera y por encima de él, y el residenciarlo, y el sustituirlo con otras normas que se estiman más justas, causando la muerte de las que al ser sustituidas pierden su

vigencia, no puede explicarse, ni aun pensarse siquiera dentro de las angosturas de la teoría monista.

Que sólo contraponiendo lo ideal a lo histórico, y concibiendo un derecho universalmente válido, es como puede pedírsele al derecho positivo, que no tiene en sí mismo su razón de ser, que justifique su existencia y presente los títulos para estar en vigor, ya que en el otro derecho es donde el positivo toma su fundamento y su autoridad.

Ya Santo Tomás nos dijo cómo y por qué motivos podían mudarse las leyes justas; pues las injustas, al no ser verdaderas leyes, sino corrupción de ley, llevan en su misma injusticia la necesidad de su reforma y sustitución por otras que se acomoden a la ley de naturaleza. Puede, según Santo Tomás, haber dos causas por las que la ley humana se mude justamente: una por parte de la razón y otra por parte de los hombres, cuyos actos se regulan por la ley (1).

Por parte de la razón que es perfectible y se va desenvolviendo gradualmente, y puede llegar a comprender que algunas de las reglas establecidas son deficientes e imperfectas, que deben ir corrigiéndose por el transcurso del tiempo, e instituyendo otras que ofrezcan menos inconvenientes para la utilidad común. Y por parte de los hombres, cuando varían o se modifican sus condiciones, la ley debe también mudarse, en aquellos preceptos particulares, según los diversos casos que ocurren; y aclara más esta idea al hablar de la costumbre, que puede llegar a tener fuerza de ley, aboliendo la anterior vigente y sirviendo de interpretación a otras leyes, por cuanto expone que es posible obrar alguna vez fuera de la ley, cuando es defectuosa, sin que este acto sea malo; y cuando tales actos se multiplican por alguna mudanza de los hombres, entonces se manifiesta por la costumbre que la ley ya no es útil (2). Cabiendo dentro de esas causas de reforma o mutación además de evitar la

(1) Santo Tomás. *Summa Theologica*, 1.^a-2.^{ae}, q. 97, art. 1.^o.

(2) *Ib. id.* 1.^a-2.^{ae}, q. 97, art. 3.^o.

injusticia, el adecuar las leyes, ya a nuevas exigencias racionales que trae consigo el progreso técnico del derecho, como a las nuevas necesidades de la vida social que no pueden estar previstas en leyes anteriores al advenimiento de las mudanzas sociales, por lo que tales leyes resultan defectuosas.

La realidad incontrovertible de todo esto, unida a la imposibilidad en que el estrecho criterio de la Escuela histórica y del Positivismo se hallaban para juzgar y criticar el derecho positivo, para proyectar una nueva norma o una modificación de la existente y para implantarla libremente una vez concebida, ya que el derecho se produciría según aquélla cuándo y cómo el proceso histórico-evolutivo lo diera necesariamente y con independencia de toda voluntad humana, hizo surgir una teoría con precedentes doctrinales, en Vico, en Romagnosi y en Ardigó (1), teoría que se halla cerca de la nuestra, aunque sustituye el nombre del derecho natural por el de «derecho potencial», «derecho latente», «derecho en formación», y aun también con los de derecho ideal, y virtual. Todas estas denominaciones rotulan la idea precisa y rotunda de que además, y a parte del derecho positivo, hay otro derecho que coexiste con él.

Para algunos autores este derecho potencial o en formación es el derecho natural en su aspecto moderno bajo una nueva forma; así, Cosentini (1), dice: «la nueva concepción del derecho natural, no apoyada en un esquema abstracto e inmutable sino sobre la inagotable transformación de la idealidad jurídica, conduce evidentemente a la concepción del *derecho en formación*, expresión más precisa, adoptada quizás para evitar aquellos equívocos que podían surgir de la denominación de *natural*».

Para otros, en cambio, la existencia de ese derecho latente y en formación no supone en modo alguno un dualismo jurídico. Tal Brugi (1), al decir: «no son dos términos: el único es el

(1) Levi. *Per un programma di filosofia del diritto*, págs. 124 y sigs.

(2) Id. *Filosofia del diritto*, pág. 210, y. cap. XI, passim.

(3) Brugi. *Introduzione*, pág. 191 y § 15, passim.

verdadero derecho, el positivo; el otro, aunque se llama derecho, no ofrece más que aspiraciones».

A pesar de lo cual, Bergbohm «que tiene la obsesión del derecho natural y descubre por todas partes verdaderas o hipotéticas encarnaciones del mismo, citó la concepción de Brugi de un derecho latente y en formación como una concepción del derecho natural» (1). Lo que fué negado por Brugi replicando a Bergbohm.

A nuestros fines es igual que se estime o no una misma cosa que el derecho natural ese derecho, latente, potencial o en formación; lo que importa es la nueva brecha que se abre en la teoría monista por todos aquellos que, aun negando el derecho natural, admiten *otro derecho* además del positivo, que prepara y dirige su reforma, y que puede contraponérsele como un derecho ideal, y distinto del estatuido por el Estado y protegido por la coacción.

Es además esta tendencia una rectificación y un complemento al historicismo que vió sólo parcial y fragmentariamente la relación del tiempo con la causa; pues como dice Stammler (2), «puede mirarse el presente determinado por el pasado, según pensamos en la *causa* y en el *efecto*; y mirarse el presente determinado por el porvenir, según pensamos en el *fin* y en los *medios* que a él conducen».

Y el historismo empírico no vió más que el primer lado de la cuestión suponiendo que el derecho es producido genéticamente por el pasado; y dejó en olvido la motivación teleológica que prepara el advenimiento del derecho futuro, poniendo los medios posibles y actuales para lograr un contenido justo, conforme a un concepto deontológico.

(1) Vid. Levi, *Op. cit.*, pág. 126.

(2) Conferencias en la Universidad de Madrid, traducidas y publicadas por Rivera Pastor, en la *Revista de Derecho privado*, núm. 104, pág. 154, mayo 1922.

V

Al llegar aquí, queda ya juzgada la teoría monista del derecho que toma como punto de apoyo una suposición indemonstrada, que trata de explicar el origen de las reglas jurídicas por un proceso histórico-evolutivo que pugna con la realidad; que sin identificar el derecho con la fuerza, no puede señalar un fundamento firme, ni una base estable a la obligatoriedad de las normas jurídicas; que no puede probar el supuesto esencial carácter positivo de todo derecho, porque es ya derecho antes de ponerse históricamente y sigue siéndolo aun después de perder su vigencia; y porque al ser aplicado judicialmente a los casos concretos, resulta insuficiente el positivo y hay que buscar en el *otro derecho* las soluciones que a él le faltan, y por último, que fuera también de las normas positivas, está la medida de su valoración, y la regla inmutable que permite juzgar la justicia o la injusticia de su contenido.

De modo que, lejos de bastarse a sí misma esa doctrina, necesita, por el contrario, a cada paso y en todo momento acudir al derecho ideal y metempírico, como fundamento y límite, título y arquetipo de cualquiera ordenación jurídica puesta históricamente.

Para que fuera cierta la doctrina monista, necesitaba efectuar una doble demostración: que sólo el positivo es el verdadero derecho, y además que el otro término del *dualismo* no existe. Pues nacida para combatir y negar la teoría *dualista* del derecho, secularmente admitida por los más insignes filósofos

y juristas de todos los tiempos, estaba obligada a refutar científicamente el derecho natural.

Y en realidad, el monismo jurídico no ha probado ninguna de ambas tesis. Que el derecho sea por su esencia únicamente *positivo*, es una afirmación gratuita que no ha sido ni puede ser demostrada, sino a lo más *creída* en homenaje a una filosofía pasajera; y en cuanto a que no existe el *otro* derecho, inútilmente se buscaría una demostración cumplida en Wallaschec, ni en Bergbohm, ni en Jodl, ni en ninguno de cuantos han intentado la destrucción del derecho natural (1).

Lejos de haberle aniquilado, hay que reconocer, por el contrario, que ni la Escuela histórica, ni el Positivismo pueden alabarse ni envanecerse de haber refutado y menos de haber vencido científicamente al derecho natural.

Cuanto a la primera, demuestra Stammler en su estudio *Sobre el método de la teoría histórica del derecho* (2), «que no son heridas las que el derecho natural ha recibido de esta Escuela, sino arañazos e injurias». Pues «Hugo explicó derecho natural y aun compuso un trabajo sobre esta ciencia, y alaba a Platón, que distinguió, con tanto acierto, en nuestra ciencia: lo que debe ser con arreglo a la idea, a las supremas exigencias de la razón, y cómo ha de realizarse esto bajo el influjo de circunstancias encontradas (3). Savigny, se declara ciertamente contra «el establecimiento de un *derecho normal*, que esté por encima de todos los derechos positivos y que todos los pueblos deberían aceptar inmediatamente en sustitución de su derecho positivo», y en consecuencia, rechaza un desarrollo determinado de la cuestión del derecho natural por tales o cuales filósofos o escritores políticos. Pero tampoco lo refuta, contentándose con añadir que «este último particularismo sustrae en general toda vida al derecho». Y está tan poco distanciado

(1) Del Vecchio. *Los supuestos*, pág. 46 y nota.

(2) Id. id., pág. 266, (trad. esp. de Atard).

(3) Id. id., pág. 256.

de la idea de que se dé algo de valor universal para todo derecho, que él mismo establece un problema y un objetivo jurídicos, ambos de carácter general».

«Que influye, pues, en cada derecho lo particular, lo nacional, pero también el elemento general; «del modo más puro e inmediato en todos los extremos adonde llega la influencia general de la naturaleza moral del derecho; así, el reconocimiento de la dignidad moral y la libertad del hombre iguales en todas partes, el desenvolvimiento de esta libertad mediante instituciones jurídicas con todo aquello que se deriva de la naturaleza y destino de estas instituciones con el carácter de consecuencias prácticas, y lo que los autores modernos llaman *la naturaleza de la cosa* (1); y Puchta (2) sólo dedica dos líneas en su *Enciclopedia* al derecho natural o de la razón, sin que en ninguna otra parte intente una refutación del mismo. En cambio, el mismo Puchta había dicho que una ley política que prohibiera o limitase la formación del derecho consuetudinario no sería derecho, porque el derecho positivo no puede determinar semejante restricción», con lo que cae en una afirmación que es de derecho natural».

«Lo único que hizo esta Escuela es negar al derecho natural su interés práctico, quedando como única cuestión, omitida generalmente por la literatura del derecho natural, la controversia sobre si el derecho natural tiene o no que llenar una laguna en el derecho».

«Con lo cual nada se adelantaría aun contestando negativamente, pues puede concederse sin dificultad que el derecho natural no ha de regir de igual modo que el positivo» (3).

Y con respecto al empirismo positivista, aparte de lo que queda anteriormente expuesto al comienzo de este trabajo, basta recordar que dentro del agnosticismo en que voluntariamente

(1) Id. íd., pág. 257.

(2) Id. íd., pág. 258.

(3) Id. íd., pág. 261.

se encierra, no ha hecho más que examinar parcialmente un solo aspecto del problema, y exagerar caprichosamente su importancia, mientras se eliminaba y se negaba el otro aspecto, sin ninguna demostración de que no existiera, por lo cual sus conclusiones han de ser necesariamente defectuosas. Del hecho cierto de que el derecho positivo es un dato de experiencia y puede, en cuanto tal, ser comprendido y explicado como un fenómeno, como un hecho natural e histórico, no puede seguirse lógicamente la negación del principio del deber y del derecho como exigencia inserta en la esencia de la persona y universalmente válida, aparte y por encima de cualquier hecho; ni el desconocimiento de que el derecho tiene esencialmente un significado hiperfenoménico en cuanto tiende a instituir un orden ético, y atribuye valores independientemente del acaecer físico, sin lo cual no sería derecho.

Ese principio vale como criterio para apreciar el valor de las varias proposiciones jurídicas, sean o no positivas, o sea la justicia de su intrínseco contenido (1).

En este mismo orden de ideas dice Petrone que «como el empirismo limita el conocer a la experiencia, afirma, lógicamente, que el derecho es en su sér mutable, contingente y fenoménico, y, por tanto, que puede ser conocido por la sola experiencia».

«Se prescinde de la substancia, se contenta con el fenómeno, porque antes ha declarado inexistente todo lo que es superior y no cabe en la experiencia. Por ello reduce el derecho a un aspecto histórico-evolutivo. Suprimiendo el conocer la esencia y conformándose con examinar la sucesión fenoménica, el *feri*, el devenir, la historia» (2).

Siendo verdad todo esto, y siendo, por el contrario, tan errónea y tan imperfectamente fundada esta doctrina monista,

(1) Del Vecchio. *Il concetto de la natura e il principio dil Diritto*, págs. 148-150.

(2) *La fase recentissima*, pág. 171.

sorprende y es difícil de explicar que su difusión sea tan grande y que la compartan tantos juristas y filósofos de tan alta mentalidad; pero es innegable que desde la mitad del siglo XIX, se desató en la ciencia jurídica una especie de *horror al derecho natural*, que vino a ser como un dogma, que pronto se extendió entre los más eminentes jurisconsultos, y después, como dice Geny (1), fué aceptado ciegamente y aun llevado, a veces, hasta la bajeza.

Como en toda doctrina muy extendida pueden señalarse matices, así, dentro de esta cruzada contra el derecho natural, no todos, sin embargo, la han entendido ni practicado con igual crudeza; sino que algunos, aun negando resueltamente la existencia del derecho natural, conservan su creencia en su principio regulador de justicia, aunque de tan vaga afirmación no saquen luego las debidas consecuencias. Otros, en cambio, borrarón hasta ese vestigio de elaboración racional, sustituyéndole por el conjunto de la organización jurídico-positiva, estimada, *a priori*, como capaz de bastarse a sí misma; así lo entendieron abiertamente Brinz, Bekker, Windscheid, Baudry-Lacantinière, Houques Fourcade y otros. Y contra las escasas protestas que a veces se formularon contra tal tendencia, surgió la campaña persecutoria de Bergbohm, llevada aún más lejos por Neukamp, contra todas las supervivencias del espíritu filosófico que flagelaron por igual con el nombre deshonoroso de «manía del derecho natural» (1).

Algo puede disculpar esta campaña la ignorancia real o afectada en que se hallaban sus secuaces, del verdadero concepto del derecho natural, ya que sus diatribas van de un modo casi exclusivo contra la concepción racionalista, presocial, anti-histórica que tan arbitrariamente se formó en el siglo XVIII, del derecho natural, y que culmina en la Revolución francesa, concepción tan distinta de la clásica, elaborada en la filosofía

(1) Geny. *Science et technique*, t. II, pág. 33.

(2) Geny, *Op. cit.*, 34 y 35.

griega principalmente por Aristóteles, enriquecida con las aportaciones de los juriconsultos romanos, y perfeccionada por Santo Tomás de Aquino; concepción que florece en nuestros inmortales Vitoria, Soto y Suárez, y que en verdad era el patrimonio de la filosofía perenne. Mas no basta este motivo para explicar el rápido y general descrédito de la idea del derecho natural, que hace exclamar a Jellinek: «¿Cómo ha sucedido que después de siglos de reconocerse sin contradicción, ha sufrido en los modernos tiempos el derecho natural una caída tan profunda?» (1).

La causa debe ser más honda, y la señala acertadamente Cathrein cuando dice que «la razón de la caída del derecho natural es el olvido del cristianismo, que en última consecuencia ha llevado a la negación del Dios personal. Ningún derecho natural sin Dios, y puesto que la ciencia moderna «nada quiere saber de Dios», no causan tampoco impresión ninguna las razones clarísimas del derecho natural, y resultan sin eficacia» (2).

Es indudable que en un ambiente filosófico en que dominen el ateísmo, el monismo materialista o el panteísmo, no puede pensarse en un derecho natural que descansa en la idea de un Orden superior impuesto por Dios a las criaturas racionales, que éstas conocen mediante la promulgación en su conciencia de la ley natural, y que expresa las normas supremas de justicia en ella contenidas, universalmente válidas, como adecuadas a la naturaleza racional del hombre, en aquello común y específico que se conserva idéntico, a pesar de las diferencias individuales. Sin la premisa de esa ordenación inteligente y divina del mundo en la que no pueden ser los hombres una dolorosa excepción de la armonía universal, sin el reconocimiento de ese Orden, anterior y superior al hombre, impuesto por Dios, el derecho natural no puede entenderse, carece de sentido y se explica,

(1) Citado por Cathrein. *Derecho natural y positivo*, trad. esp., pág. 215.

(2) Id. íd., pág. cit, nota.

aunque no se justifique, el desdén con que se le trata por la ciencia moderna.

A pesar de todos los prejuicios y del ambiente hostil y de los supuestos filosóficos que le hacen incomprensible, no cabe negar un retorno al idealismo, una crisis de la teoría monista, un resurgir del derecho natural en su contenido sustancial y en su posición deontológica, aunque se rehuya todavía el darle este nombre, y se busquen otros más o menos trasparentes con que encubrir su idea.

Los defectos y los errores del historicismo empírico que no puede contestar satisfactoriamente ninguno de los problemas más trascendentales que suscita la consideración del derecho; la falta de demostración del dogma de que tan sólo el positivo es el verdadero derecho; la insuficiencia de éste solo para dar solución a las cuestiones que la mente humana se plantea en el orden jurídico, han roto el frente, han quebrantado la consigna y han entibiado la campaña contra el derecho natural, y con más o menos atenuaciones, de modo más o menos claro, son ya muchos los escritores que admiten *algo* además del derecho positivo, aunque no se atrevan todavía a llamarlo derecho natural.

La Escuela histórica, como exagerada reacción al abuso dogmático y racionalista del equivocado concepto del derecho natural del siglo XVIII, era tan parcial como la doctrina que combatía, y tanto ella como el Positivismo, atentos sólo al derecho que es, al que está *puesto* históricamente, al positivo, encarnado de hecho en las disposiciones, renunciaron a ver la esencia, el elemento intrínseco y valuativo del derecho, volvieron la espalda a su Filosofía, que ahora por todas partes empieza a renacer.

Pronto se notó que los hechos, la evolución o la Historia no podían dar una forma conceptual, un *prius* universal y necesario para conocer el derecho en su propia substancia; que al lado del *fieri* había que poner el *esse*, porque sino lo *relativo* no tendría con qué relacionarse, lo que era absurdo.

Pues, como dice Del Vecchio (1), «no se podría hablar en modo alguno de evolución jurídica, si no se sentase como constante cierta unidad abstracta, en virtud de la cual se obtenga y se reconozca la continuidad del proceso». Y Petrone (2), afirma también que «no habría unidad de visión conceptual, no habría conocimiento científico, en el sentido riguroso de la palabra, si no pudiera obtenerse de las cosas concretas un carácter inmutable y esencial, necesario para los procesos de la mutación, de la contingencia y del devenir».

Respondiendo a esta necesidad unificadora y para establecer permanentes categorías jurídicas, surgen tantos ensayos de relacionar las diversas ramas jurídicas, tantas «Partes generales», «Introducciones a la ciencia del Derecho» y «Enciclopedias jurídicas», que no alcanzan más que generalizaciones sintéticas, sin verdadero carácter filosófico.

Bierling había planteado la cuestión de si para poder cultivar la ciencia jurídica era necesaria la previa fijación de los conceptos generales del derecho; y si podía hablarse del derecho como algo unitario, si todo en el derecho fuese histórico y variable.

En esta corriente científica hay que situar a varios autores que, con salvedades y protestas para evitar el *descrédito* de que se los suponga contaminados de la «herejía dualista» o del derecho natural, formulan, más o menos tímidamente, la idea de que además del derecho positivo y fuera de él hay que admitir algún principio regulador, haciendo alusiones vagas a una cierta idealidad jurídica, o una imprecisa invocación a la justicia.

Tal ocurre, entre los alemanes, a Dernburg, Regelsberger, Gierke, y, en Francia, con Demante, Demolombe, Planiol, que conservan el principio fundamental de una justicia superior a las contingencias, que proclaman en el umbral de sus

(1) Del Vecchio. *Los supuestos*, pág. 123.

(2) Petrone. *Contributo all'analisi dei caratteri differenziali dil diritto*. («Riv. ita. per la Scien. Giur.», 1897).

investigaciones, sin que después deduzcan, del mismo, consecuencias muy precisas (1).

También pueden ser incluidos en esta dirección, en sus líneas generales: Bourgeois, con la solidaridad social; Frank, con la libertad regulada por el deber; Beaussire, con la posibilidad de cumplir el deber; Deslandres, con el respeto a la ley moral (2); Bekker, que a pesar de sus diatribas contra el derecho natural, admite, sin embargo, que Dios o la naturaleza han puesto en nosotros algunos gérmenes de justicia que el hombre desarrolla por su voluntad» (3).

También excede del puro derecho positivo y concibe un derecho absoluto, dotado en parte de un contenido invariable, la propaganda socialista y sindicalista, al señalar una ordenación *a priori* de la propiedad, según lo que estiman como justo y prescindiendo de condiciones históricas, y al querer organizar coactivamente la Economía social (4).

Por ello no asombra el que Charmont incluya en esta tendencia a buscar una reglamentación de los actos sociales, distinta de la que el Estado ha impuesto por el derecho positivo, al Pragmatismo, y cite frases y textos, que así lo demuestran, de W. James, de Lalande, de Papini y de Blondel (5).

Al mismo Duguit, con su teoría del derecho objetivo nacido de la solidaridad social, que es criterio de conocimiento y principio de derecho justo con un carácter permanente; tal vez, a pesar de su autor (6), hay que incluirle entre los partidarios del idealismo jurídico.

Rompen también con la teoría monista del derecho los defensores de un derecho potencial, latente y en formación, que ven

(1) Geny. *Science et technique*, t. II, págs. 55, 54.

(2) Vid. Demogue *Les notions fondamentales*, págs. 19, 20.

(3) Geny. *Science et technique*, Tom. II, pág. 416.

(4) F. de los Ríos. *La filosofía del Derecho en don Francisco Giner*, pág. 170.

(5) Charmont *La renaissance*, pág. 159 y siguientes.

(6) Id. op. cit., pág. 194, y Geny. *Science et technique*, t. II, pág. 206-207.

al lado del derecho positivo ese otro derecho que propone el derecho futuro, que forma ideas a seguir, siquiera variables en función de tiempos y lugares, y que valoran el contenido de las reglas positivas según el ideal de justicia, previamente concebido y libremente actuado para el derecho de el porvenir.

Es innegable, por lo ya expuesto, que ocupa un brillante puesto entre los propulsores del idealismo jurídico, toda la pléyade de autores que profesa las doctrinas del llamado derecho libre para la aplicación judicial de las normas positivas, y en la que tan briosamente alienta la concepción de otro derecho que el positivo, distinto del establecido por el Estado, otro derecho que contiene las normas inspiradoras de justas soluciones para aquellos casos que la ley no ha regulado, y fuera por tanto y más allá de lo estatuido, legislado e investido de autoridad. Sobre esta concepción del derecho libre contrapuesto al positivo, basta recordar los textos de Adickes y de Gnaeus Flavius, que más atrás quedan citados.

En este movimiento de renovación idealista ocupa un lugar preferente Geny, con su doctrina de «libre investigación científica» (1), y con su afirmación de que «hay en efecto reglas de conducta (especialmente en el orden jurídico), que la razón deduce de la naturaleza del hombre y de su contacto con el mundo. Y aunque la necesidad que domina a tales reglas no sea física sino puramente moral, merecen absolutamente en razón de su objeto, componer el derecho propiamente natural, con las cualidades específicas que le son reconocidas de universalidad e inmutabilidad del principio» (2).

A su lado hay que colocar a cuantos piensan que tanto el juez como el intérprete necesitan completar la insuficiencia del derecho positivo con fuentes y medios que están fuera del mismo, bien sea con «normas de cultura», como Mayer; con un criterio subjetivo de valoración, más bien volitiva que intelectual,

(1) Geny. *El método y las fuentes*, pág. 479 y sig, y passim.

(2) Geny. *Scienca et technique*, t. II, pág. 381.

como Rümelin; con la valuación prudente de los intereses diversos en presencia, como Stampe; o por el uso discreto de la llamada «proyección», como Wurzel (1).

Todavía es más acentuada en otros autores su convicción en la existencia de un idealismo jurídico o de un derecho metempírico; y ya en la forma atenuada de composición entre los dos términos del dualismo, de un derecho justo o de un derecho natural de «contenido variable»; o ya de un modo resuelto dentro de la clásica concepción del derecho natural, se encuentran Miller, Ritchie, Holland y Bryce, en Inglaterra, sin contar a Spencer, que profesa en su obra *La justicia* un verdadero derecho natural. Saleilles, Beudant, Hauriou y Boistel, en Francia; Stammler, Bartolomei, Lask, Radbruch, Münch y Cathrein, en Alemania; Carle, Rava, Petrone y Del Vecchio, en Italia (2), y Mendive, Mendizábal, Quintana y Rodríguez Cepeda, en nuestra patria... y tantos más que podrían cifarse.

No entra en el tema propuesto la interesante cuestión de discutir la dificultad de mantenerse en la posición intermedia que representa el admitir un derecho natural y señalarle un contenido variable, o negar que *a priori* pueda fijársele contenido alguno; pues basta a nuestro intento poner de relieve en tales sistemas, no lo que les falta para completar su deficiente concepción del derecho natural, ni su interna contradicción al señalar un ideal sin saber con qué han de llenarlo; sino lo que significan en cuanto opuestos al historicismo empírico, sobre el que triunfaron con sus doctrinas idealistas, sus criterios categóricos, sus métodos críticos, superando la pura variedad fenoménica y el relativismo histórico.

Bástanos también con indicar cómo la crítica ha ido señalando los capitales defectos de esa doctrina, muy loable por lo

(1) Citados por F. Clemente de Diego. *Fuentes del Derecho civil Español*, págs. 36 y 37.

(2) F. de los Ríos, op. cit., pág. 170.—Carle. *Filosofía del Diritto*, pág. 237.

demás como enemiga del empirismo; y ya es Kohler (1), quien reprocha que estimen imposible fijar *a priori* cualquier contenido, haciendo ver cómo el propio Stammler asigna, a pesar suyo, un contenido material a su derecho justo, cuando declara injusta la esclavitud; o Brütt, con su doctrina de los *finés intermedios* tratando de acercar a la vida real, el principio, tan alejado de ella; o Kantorowicz y Fraenkel, moderando su exagerado criticismo, exclusivamente formalista; o Staffel, inspirado en las doctrinas de Rickert y Windelband, haciendo ver cómo en las ciencias de Cultura, por oposición a las de Naturaleza, las nociones de valor y de fin deben hacer predominar el progreso moral y social sobre la ordenación puramente lógica de los conceptos (2).

Lo importante es que todas estas teorías abrieron grandes brechas en el monismo jurídico, y científicamente lo refutaron. Pudiendo en conclusión afirmar, como resultado de la crítica realizada, que la teoría monista del derecho, no sólo no pudo nunca demostrar la verdad de sus afirmaciones, sino que por el contrario es una doctrina gratuita, insuficiente y defectuosa, que se halla actualmente en decadencia.

Resulta, por tanto, que lo más largo y más penoso del camino, se ha recorrido ya; pero la restauración de la doctrina clásica del derecho natural, tiene todavía que luchar con dos grandes obstáculos: uno, es el *horror* al derecho natural y el *descrédito* científico en que caemos cuantos le defendemos en su verdadero concepto, y estamos convencidos del tradicional dualismo del derecho; estorbo que retrae a tantos escritores, en quienes palpita una fuerte convicción dualista, pero la disfrazan y encubren temerosos de incurrir en esa mala nota; y otro, la triste realidad del general descreimiento; pues mientras, como dice Cathrein: «la ciencia moderna nada quiera saber de Dios» (3),

(1) *Ibid.*, Op. cit., prólogo de Castillejo, pág. XLIII.

(2) Vid. Geny. *Science et technique*, Tom. II, chap. VI-III passim.

(3) *Derecho natural y positivo*, pág. 213, nota.

es imposible la concepción de un derecho natural, universalmente válido e inmutable, como parte y derivación de la ley natural, participación—a su vez—de la ley eterna en las criaturas racionales (1).

Para cuantos nieguen o desconozcan que el hombre, al igual que los demás seres del universo, está regido por una ley divina, cognoscible por la razón, y que gobierna sus acciones tanto éticas como jurídicas, es imposible la idea del derecho natural, y no pueden comprender la innegable vocación psicológica del hombre para el derecho y la justicia.

Y es doloroso el contraste de la ciencia moderna, que alcanza las cumbres de la perfección en los descubrimientos y adelantos de las físico-naturales, y no sabe o no quiere saber, en punto al derecho, aquellas verdades que vislumbraba ya el genio pagano: con los *agraphos nomos* de la *Antígona* de Sófocles; con el *δικαίον φυσικόν*, de Aristóteles; con la *lex recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna...* de Cicerón, y con el *quod semper aequum ac bonum est* de Paulo, el juriconsulto romano...

HE CONCLUÍDO

(1) Santo Tomás, *Summa Theologica*, 1.^a 2.^{ae}, quest. 91, art. 2.^o.