

TEMA 1

LOS PRESOCRATICOS. LOS SOFISTAS. SÓCRATES

I. PRESOCRÁTICOS

La Filosofía del Derecho, como disciplina autónoma, aparece tardíamente, en el siglo XVII, de la mano de pensadores adscritos al pensamiento racionalista (Grocio, Pufendorf, etc.), que son los primeros que propiamente pueden llamarse «filósofos del Derecho», ahora bien, esto no quiere decir que no se venga filosofando ya desde hace muchos siglos en torno al Derecho. Puede, incluso, afirmarse que esa reflexión fue muy temprana, encontrándose ya desde los primeros atisbos de la filosofía, comienzos que han de considerarse unidos a la iniciación del pensamiento filosófico. Ese momento inaugural lo referimos a Grecia en los comienzos del siglo VI a. de C.

El hombre, dio, en un principio a las inquietantes preguntas de por qué suceden las cosas, una respuesta teológica, las mitologías de los pueblos antiguos acallan las inquietudes y ofrecen a la mentalidad humana la explicación que requiere.

Pero llega un momento en que los hombres intuyen la posibilidad de buscar la explicación no en una solución sobrenatural, sino natural, no apelando al mito, sino al lógos, a la razón, no obstante, en los primeros filósofos pesan aún las consideraciones religiosas, así en Grecia, como en toda cultura, la primera filosofía consiste en la racionalización del dogma religioso, en la secularización de lo teológico, sin que se prescindiera de este elemento de un modo repentino, sino de la manera paulatina como aconteció hace veintiséis siglos.

Entonces aparece la primera generación de filósofos, llamados preso-cráticos, denominación que no tiene más valor que el cronológico de señalar que son anteriores a Sócrates. Pero también se les designa como cosmólogos o fisiólogos porque el objetivo principal de sus preocupaciones es el *kósmos* (el mundo) y la *phýsis* (la naturaleza).

Los presocráticos empiezan a buscar el origen y la causa de la ordenación de la naturaleza y comienzan por considerar que todas las cosas tienen un origen común.

Otra preocupación que les embarga es la de intentar explicar el cambio de las cosas, siendo estos dos problemas ontológicos que la naturaleza plantea –el ser de las cosas y la subsistencia en el cambio– -no sólo los temas que van a absorber la atención de los presocráticos, sino los que constituyen la trama central de toda la reflexión metafísica de los griegos posteriores.

Los presocráticos debieron realizar un gran esfuerzo para abrir el camino de la reflexión filosófica apuntando unas soluciones originales que, como todo lo nuevo, chocarían sin duda contra la inercia de lo habitual que, además, tenía a su favor el refrendo religioso.

Las doctrinas de los presocráticos las conocemos sólo de modo parcial, a través de fragmentos de sus obras y ni siquiera transmitidos directamente sino, en la gran mayoría de los casos, a través de citas de autores posteriores (Platón, Aristóteles, Diógenes, etc.), que obligan a una continua labor interpretativa.

La preferencia por el tema cosmológico hace que en estos pensadores se encuentren escasas referencias que puedan ofrecer interés a la filosofía jurídico-política; y, cuando las hay, las reflexiones sobre la justicia o las leyes suelen estar teñidas por aquella concepción.

Dike es la diosa Justicia, pero *Dike* es también la justicia o equilibrio que debe existir en las relaciones entre

los hombres. Así, Heráclito, atribuye el orden cósmico a la actividad y vigilancia de *Díke* sobre los movimientos del Universo, cuando afirma que si el Sol se excediera de sus medidas, esto es, se saliera de su órbita, las Furias, ministros de la Justicia, le obligarían a volver.

Algo distinta es la consideración pitagórica de la justicia. Sabido es cómo los pitagóricos dieron a los problemas capitales del período una solución concorde con su devoción por la matemática: el número y la cantidad constituyen la esencia o principio de las cosas. Esta concepción matematizada del mundo les llevó también a considerar la justicia como una estricta igualdad aritmética entre dos miembros; así, la justicia exige que la pena sea igual al daño causado por el delito y que sean iguales las prestaciones de ambas partes en una relación contractual.

En cuanto al tratamiento que recibe la ley en el pensamiento presocrático, singularmente en Heráclito, la *pólis* se rige evidentemente por la ley que dictan los hombres; pero esta norma no es, simplemente, producto de la voluntad del legislador, sino que debe reflejar la justicia que late en el orden del *kósmos*. Por eso afirma el Oscuro de Éfeso que «todas las leyes humanas se alimentan de la ley única divina». El *lógos* divino que está presente en las cosas produciendo la armonía universal es, por tanto, el modelo en que han de inspirarse las leyes humanas; con lo que en Heráclito se muestra un curioso precedente de la idea cristiana de ley eterna, en la que, a través del concepto de la ley natural, encuentran fundamento las leyes positivas.

II. SOFISTAS

Al período cosmológico le sucede, el antropológico, en el que la atención de la filosofía se traslada desde los problemas de la constitución de las cosas a la consideración del hombre, razón por la que este período se denomina también humanista; aunque, a decir verdad, lo que realmente interesa es, en concreto, el «hombre político», es decir, el hombre inserto y actuante en el grupo social. Este período, que ocupa el siglo V a. de C., está cubierto, desde el punto de vista filosófico, por los sofistas y por Sócrates.

Las victorias atenienses con que concluyeron las dos Guerras Médicas hicieron de Atenas la más importante y poderosa ciudad de la Hélade y, al mismo tiempo, un gran centro cultural cuya atracción provocó la presencia de quienes tenían preocupaciones políticas e intelectuales, entre las que se contaban los sofistas, procedentes en su mayoría de la periferia; el cultivo y enseñanza de la filosofía se trasladan desde las colonias a la metrópoli.

El apogeo de Atenas coincide con su hegemonía en el exterior pero trae consigo también profundas modificaciones en la política interior. El sistema aristocrático cede el paso a la democracia, se alcanza el ideal democrático no sólo de la isonomía (igualdad de todos ante la ley), sino también de la isogoría (derecho de todos a hablar).

Hay que recordar que, conforme al sistema procesal griego de la época, las intervenciones ante el Tribunal eran siempre personales, las partes, habían de exponer por sí mismas sus razones, los hechos y los fundamentos legales y lo mismo ocurría en lo que, en terminología actual, llamaríamos jurisdicción penal, pues la acusación corría a cargo de un particular, quien tenía que formularla personalmente, y del mismo modo había de defenderse el acusado. Esto hizo aparecer una profesión nueva, la de *logógrafo*, que se dedicaba a escribir el discurso que el «Cliente» había de pronunciar ante el Tribunal, lo que explica la destacada importancia que adquirió la retórica: era imprescindible, para quien quisiera prosperar en política o se viera implicado en un proceso, dominar con soltura el lenguaje hablado y aprender, además, la técnica de la argumentación para hacer prosperar sus tesis y derrotar al contrario.

Estos factores, contribuyeron, al auge de los sofistas, verdaderos expertos en retórica. No constituyen escuela, sino que son personajes aislados que enseñan aquí y allá y tienen la osadía de hacer algo inconcebible en su tiempo: cobrar por sus enseñanzas.

La aparición de la generación sofista tiene también causas filosóficas. Las doctrinas de los presocráticos no pudieron ser satisfactorias ni fueron unánimes, sino con frecuencia contradictorias, lo que inevitablemente había de alentar una posición relativista, que es característica del pensamiento sofista: nada es verdadero ni falso, sino que la verdad es siempre relativa y adecuada a cada momento y aun a cada hombre.

Seguramente este relativismo motivó el descrédito en el que rápidamente cayó la palabra «sofista» y con el que ha llegado hasta nosotros, designando a quien maneja argumentos falsos consciente de que lo son.

No todo, sin embargo, ha de ser crítica negativa hacia aquellos hombres, a ellos y a Sócrates se debe el giro dado a la reflexión filosófica; su dedicación a la Dialéctica produjo un perfeccionamiento de ésta; su afición a la oratoria contribuyó a la perfección del lenguaje y de su utilización técnica. Nadie puede, en fin, dejar de reconocer a los sofistas sus notables aportaciones a la Pedagogía.

Aunque tenemos noticias de varios libros escritos por los sofistas, a nosotros no han llegado sino fragmentos de los mismos, por lo que el cuerpo de doctrina lo conocemos a través de otros autores contemporáneos o posteriores, alguno de los cuales, como Platón, les es francamente hostil, lo que obliga a acoger esos testimonios con alguna cautela. Pese a ello, constituyen caracteres que tipifican el conjunto de su doctrina, el escepticismo y el subjetivismo, una actitud de indiferencia ante el tema religioso, además de la consciente argumentación falaz.

En el terreno estricto de la filosofía jurídica, la más interesante aportación de la sofística es la contraposición entre *phýsis* y *nómos*. El *nómos* o ley humana es algo cambiante, dictado en cada momento por las circunstancias y las conveniencias, cuando no por consideraciones del interés de quien ejerce el poder y la facultad de dar leyes. Esta constante mutación del *nómos* hace desmerecer a éste a los ojos de los sofistas, sobre todo si se le compara, como ellos hicieron, con la fijeza de la *phýsis*, una naturaleza siempre igual a sí misma.

La causa de esta contraposición está, según los sofistas, en que el *nómos* es producto de la voluntad humana, la cual no tiene posibilidad de actuar sobre la naturaleza. De donde se deduce que lo auténtico es lo natural, siendo en cambio un puro artificio lo que los hombres han dispuesto o acordado. Y como la justicia sólo puede encontrarse en la autenticidad, será justo lo que responda a la naturaleza e injusto todo lo demás.

También ponen en contacto los sofistas la *phýsis* con el *nómos* o ley humana para hacer ostensible la artificialidad del *nómos* frente a la autenticidad de la *phýsis*: a la ley humana, que no es sino algo artificial, variable, contraponen la naturaleza y sus leyes, que representan lo auténtico e inalterable, una justicia objetiva.

Así, en el diálogo platónico *La República*, Trasímaco sostiene que «lo justo no es otra cosa que lo que conviene al más fuerte».

Esta concepción de las leyes humanas como instrumento en manos de una oligarquía dominante y poderosa para sojuzgar a los más tiene su contrapunto en la doctrina expuesta en el *Gorgias* platónico por un personaje sofista, Calicles para quien, al contrario, las leyes son utilizadas por una mayoría gris y mediocre como único procedimiento para tener dominados a los hombres fuertes, que son los que naturalmente debían dominar a aquélla.

Mas sea en la concepción de Trasímaco o en la de Calicles, se mantiene siempre la oposición contradictoria entre *phýsis* y *nómos*: la ley humana es una pura burla, un invento para revestir la autoridad y legitimar una situación antinatural de opresión de unos pocos sobre lo más o de los más sobre unos pocos y la única ley verdadera es la que emana de la naturaleza.

III. SÓCRATES (470–399 a. de C.)

El exacerbado racionalismo de los sofistas, su implacable crítica de las instituciones jurídico-políticas y el escepticismo de su relativismo hubieran llegado a causar perniciosos efectos en el pensamiento griego de no haber sido en buena parte contrarrestados por las enseñanzas de un contemporáneo, Sócrates, que, como los sofistas, se integra dentro de la filosofía antropológica del siglo V.

Sócrates nació en Atenas en el 470, en el momento en que se inicia el esplendor de la ciudad, diez años después de la victoria de Salamina. En el 462 llega al poder Pericles, de modo que la juventud de Sócrates coincide, con la etapa de formidable desarrollo, en todos los aspectos, de su ciudad, pero en el 431 comienza la guerra del Peloponeso, en cuya primera etapa participa, siendo testigo de sucesivas derrotas atenienses hasta el desastroso final del 404. Pero ya desde el 411 Atenas se vio convulsionada, además de por sus guerras exteriores, por graves acontecimientos internos, al caer en ese año la democracia de Pericles y triunfar la oligarquía de los Cuatrocientos, que desemboca en la corta pero sangrienta dictadura de los Treinta Tiranos.

Ante la decadencia de Atenas, Sócrates ve clara su misión: intentar salvar a su ciudad predicando machaconamente la virtud al tiempo que formaba a su alrededor una élite de jóvenes, sus discípulos, sobre los que ejerció un enorme atractivo, que pudieran en su día intervenir en la cosa pública enderezando el destino histórico de Atenas. No consiguió esa dedicación a la política de sus discípulos, pero sí logró, en cambio, que nada menos que cinco de ellos fueran fundadores de sendas escuelas filosóficas (Platón, Euclides, Aristipo, Antístenes, y Fedón).

La actividad fundamental de Sócrates fue, pues, la docente mediante la práctica del diálogo, con el que, poco a poco, iba conduciendo al interlocutor hacia el descubrimiento de la verdad.

Sus constantes críticas a la política ateniense en la última década del siglo V le granjearon la enemistad de los gobernantes, que aprovecharon el proceso suscitado por un tal Meleto al acusar a Sócrates de tres graves delitos: impiedad, introducir divinidades falsas y corromper a la juventud. Tras el discurso del acusador, Sócrates procedió a su defensa con una intervención en la que refutaba las imputaciones de Meleto con toda brillantez y elegancia. El proceso, en los casos graves como era aquél, tenía dos fases. En la primera, después de escuchar la acusación y la defensa, el Tribunal determinaba si el reo era o no culpable; en el caso que nos ocupa, Sócrates fue declarado culpable. Resuelto este extremo, se pasaba a la segunda fase, en la que el procesado, ya culpable, pedía una pena, como ya antes había hecho el acusador. Meleto había solicitado pena de muerte y Sócrates, haciendo gala de la mayor ironía de su vida, se limitó a proponer la ínfima multa de una mina. Como el Tribunal no podía optar por una pena intermedia, se vio obligado, dada la gravedad de los delitos de los que Sócrates había sido ya declarado culpable, a sentenciar la muerte, que se ejecutó un mes después (399).

Sócrates no se sintió tentado por la pluma y murió sin haber escrito obra alguna, por lo que conocemos sus doctrinas a través de los discípulos, singularmente Platón. Esta circunstancia ha hecho que no sea siempre fácil perfilar las teorías socráticas, pues a veces no se distingue con nitidez en los Diálogos platónicos, lo que es pensamiento del maestro y lo que aporta el discípulo.

En cuanto a lo más sobresaliente del pensamiento socrático en los puntos conexos con la filosofía jurídica, para Sócrates existe, por encima de los hombres, todo un mundo de valores objetivos y, entre ellos, el de la justicia. Ese conjunto de valores es el que articula el orden impuesto al mundo por la Divinidad; luego los hombres, si quieren obrar conforme a los designios divinos, han de implantar y realizar entre ellos aquellas nociones axiológicas y, con ellas, la idea de justicia a través de las leyes.

En la filosofía socrática el Estado es una realidad natural, no humana ni arbitraria, encarnando sus leyes el ideal objetivo de justicia, del que en cada hombre en particular hay también como un eco, manifestado en el *daimon* o voz de la conciencia. Al afirmar Sócrates la existencia de normas de conducta objetivas, avala y garantiza las normas humanas, en lugar de apoyarse en la *phýsis* para combatirlas, como hicieran los sofistas, por lo que puede afirmarse que su iusnaturalismo es «conservador», frente al carácter revolucionario del

iusnaturalismo sofista.

Precisamente por la armonía que existe entre la justicia objetiva y las leyes humanas, éstas deben ser respetadas y obedecidas ciegamente, ya que en ellas se incorpora aquella justicia. Pero incluso en presencia de leyes injustas, Sócrates se inclina también por la obediencia; y no era simple teoría, pues, condenado a muerte por una sentencia a todas luces injusta, prefirió acatarla antes de huir, como sus discípulos le proponían.

TEMA 2

PLATÓN Y ARISTÓTELES

I. PLATÓN (427–347 A. DE C.)

1. Esquema de su pensamiento jurídico y político

El pensamiento de Platón, en lo que importa para una historia de la Filosofía del Derecho y del Estado, se articula en torno a tres temas fundamentales: la *concepción de la justicia*, la *función y valor de las leyes* y las *formas de gobierno*.

2. La concepción de la justicia

Constituye la justicia una preocupación central en Platón. La justicia ejerce su función en la vida política, esto es, en la vida de convivencia, para llegar a comprender mejor dicha función establece Platón una comparación entre el hombre individual y la ciudad, ya que la polis ideal que describe, debe constituirse siguiendo el modelo natural del hombre concreto.

Posee éste un alma que se manifiesta impulsando tres diferentes tipos de operaciones. De un lado, la actividad racional, que permite al hombre el conocimiento intelectual de las ideas; esta parte del alma reside en la cabeza y su actividad está presidida por la virtud de la *phrónesis* o prudencia. De otro lado está la actividad irascible, que gobierna el mundo de los impulsos y de los afectos; la parte del alma que los dirige, reside en el pecho, siendo su virtud característica la *andreía* o fortaleza, por último, hay, una actividad concupiscible que atañe a las actividades vitales (lo que hoy llamaríamos funciones puramente biológicas), asentándose en el vientre la parte del alma correspondiente a ellas; pero tanto las actividades irascibles como las concupiscibles han de someterse en el hombre a la razón, siendo la virtud de la *sophrosýne* o templanza la que consigue tal sumisión.

Este cuadro de las virtudes humanas fundamentales se completa en Platón con la *dikaíosýne* o justicia. La función de la justicia en la vida del hombre estriba en procurar el equilibrio del sujeto; no rige, como las otras tres virtudes, una actividad específica, sino que su objeto es, precisamente, dichas virtudes, haciendo que las mismas actúen de modo armonizado y se manifiesten guardando una proporción, sin que ninguna se imponga sobre las demás, de modo que se consiga el hombre cabal, equilibrado.

La ciudad, tiene para Platón la misma estructura que hemos visto en el hombre, distinguiéndose tres estamentos o clases que se corresponden exactamente con las tres partes del alma del sujeto individual. La clase de los gobernadores o magistrados, que rigen la vida de la polis es la «raza de oro» y se corresponde con la vida racional, siendo su virtud típica la *phrónesis* o prudencia. La «raza de plata» está integrada por los guerreros o defensores, cuya misión es proteger a la ciudad; su paralelo es la vida irascible y la virtud que en ellos impera es la *andreía* o fortaleza. La «raza de bronce y hierro» la constituyen los artesanos, labradores, comerciantes y, en general, cuantos satisfacen las necesidades elementales de la ciudad, están sometidos a la clase de los gobernantes, lográndose ello por la virtud de la *sophrosýne* o templanza.

También en la ciudad se hace presente la *dikaíosýne* o justicia, que tiene por objeto impulsar el desarrollo

armónico de la polis, de modo que cada estamento se atenga exclusivamente a su misión propia, sin predominio de alguno de ellos, que acabaría con el equilibrio social.

Esta descripción de cómo debe estructurarse la «ciudad ideal» ha planteado el controvertido tema del «comunismo» de Platón. El ateniense, para los dos primeros estamentos preconiza la supresión de la familia y de la propiedad privada, de modo que, liberados de las preocupaciones que una y otra entrañan, puedan dedicarse en plenitud al cumplimiento de sus altas responsabilidades. Esto, ha hecho que surja la versión de un Platón comunista. Sin embargo, para que así fuera, la eliminación de familia y propiedad había de alcanzar a toda la población, cuando lo cierto es que no se extiende al estamento más numeroso de la «raza de bronce y hierro». Lo que sí hay en Platón es una clara concepción colectivista que pone los intereses del grupo siempre por encima de los particulares, preconizando en todo momento la sumisión del individuo a la sociedad. No obstante, en los diálogos de la vejez rectifica no pocas de las pretensiones idealistas de la *República*.

3. La función y el valor de las leyes

Toda la filosofía platónica gira en torno a la doctrina de las Ideas. Para Platón, junto al mundo de las realidades que nos acompañan existe otro, el mundo de las ideas; el primero lo conocemos por los sentidos, el segundo mediante la razón. Pero cuando los sentidos nos testimonian la existencia de un mundo de cosas que nos rodean, ofreciéndonoslas como auténticas realidades, nos engañan, pues la verdadera y auténtica realidad es la de las Ideas, por eso, quienes se conforman con el conocimiento que los sentidos les proporcionan adquieren tan sólo una *dóxa* u opinión, creyendo realidades lo que sólo son sombras, mientras que los sabios o filósofos, que captan racionalmente las ideas, adquieren *epistémē*, o conocimiento de lo verdadero.

Por eso, para Platón quienes gobiernan la ciudad habrán de ser filósofos, pues éstos podrán conocer el Bien, la Verdad y la Justicia para aplicarlas a la gobernación de la polis.

Así las cosas, en la ciudad regida por los sabios no harán falta leyes, pues los casos concretos serán resueltos por aquéllos por simple aplicación de la idea de Justicia que conocen, como sostiene Platón en *la República*. Sin embargo, el prudente realismo de su pensamiento último, que ha sustituido al ingenuo entusiasmo anterior, le lleva en la ancianidad a rectificar aquella tesis, sosteniendo en *el Político* la necesidad de que existan leyes positivas, que los gobernantes deberán formular inspirándose en las Ideas. E igual postura mantiene en *las Leyes*, donde no sólo afirma la exigencia de leyes positivas, sino que expresa la necesidad de que los propios gobernantes se sometan a ellas.

4. Las formas de gobierno

En el libro VIII de *la República* describe Platón magistralmente, no sólo las cinco posibles formas de gobierno, sino también los tipos humanos que respectivamente las encarnan: la aristocracia, la timocracia, la oligarquía, la democracia y la tiranía.

La forma más justa, la *aristocracia*, es el gobierno de los sabios pre-visto en la *República* para la ciudad ideal, un sistema paternalista en que el poder se ejerce providencialmente por una minoría intelectual, una especie de aristocracia del espíritu. El tipo humano del gobernante en este sistema es el hombre justo, entendida la justicia, como un factor equilibrador de la persona.

Para Platón, el sistema aristocrático, es el más estable; «pero como todo lo que nace está sujeto a corrupción, tan-poco este sistema perdurará eternamente, sino que se destruirá». La destrucción vendrá por el error padecido por los gobernantes en cuanto a las uniones sexuales, error que traerá consigo un desequilibrio social, en las generaciones sucesivas, y un acceso al gobierno de quienes no sean aptos para ello, produciendo el fin del sistema. A él sucede el gobierno de los guerreros, la *timocracia* o *timarquía*, caracterizada por el hombre en quien sobresale la ambición y el ansia de honores, así como el afán de atesorar riquezas.

El tercer sistema es la *oligarquía*, que es «el gobierno basado en el cen-so, en el cual mandan los ricos, sin que el pobre tenga acceso al gobier-no». El tránsito de la timocracia a la oligarquía se produce cuando «las personas ambiciosas pasan a ser amantes del nego-cio y de la riqueza», generándose la envidia, «establecen una ley en la que fijan una cantidad de dinero... prohibiendo que tenga acceso a los cargos aquél cuya fortuna no llegue al censo establecido».

La cuarta forma de gobierno, la *democracia*, aparece como una con-secuencia inevitable de la oligarquía, pues la acumulación de riquezas por el grupo oligárquico toma a éste inclinado a la molicie y a los placeres, remiso al trabajo, de modo que llega un momento en que bastará un pequeño esfuerzo combinado de la mayoría sometida para derrocarlo, acabando con los oligarcas. La forma democrática tiene como caracterís-tica más acusada la libertad, que Platón mira con no disimulado recelo, fijándose sólo en sus aspectos negativos: con la democracia hay «licencia para hacer lo que a cada uno se le antoje». Y otro aspecto subraya Platón, igualmente negativo para las con-cepciones sociológicas de los griegos: la democracia, a través de la liber-tad, conduce a la absoluta igualdad de todos, de los hijos con los padres, de los metecos y extranjeros con los ciudadanos, de los discípulos con los maestros, de los jóvenes con los ancianos, de las mujeres con los hombres y hasta de los esclavos con los libres.

Naturalmente, un régimen como el que Platón pinta no puede soste-nerse, necesariamente se corrompe y cae, y da paso a la *tiranía*. Su aparición obedece a los excesos de la demo-cracia, pues «todo exceso en el obrar suele producir un gran cambio hacia su contrario». El fin de la democracia está marcado, pues, por el signo de la licencia y del libertinaje.

Platón describe como tipo humano del tirano al audaz, violento, dispuesto a todo para satisfacer sus propios deseos, se rodea de amigos aduladores, elimina a los discrepantes, etc. Al principio, disimulará sus intenciones, pero pronto someterá a todos al gobierno más despótico y aborrecible.

La tiranía representa al grado máximo de injusticia en la vida política; más allá no se puede ir, pero Platón no explica cómo termina el tirano ni el régimen que sobrevenga a su caída, Platón no cierra el ciclo, lo que después le censurará Aristóteles.

De las formas de gobierno se habla tam-bién en el *Político*, pero no dando, como en la *República*, una visión dinámica de cómo se transita de unas a otras en la realidad histórica, sino ofreciendo un esquema estático que pretende explicar cómo son las diferentes «constituciones políticas», según las lla-ma Platón. Para esta descripción, maneja el filósofo dos criterios combi-nados: el del número de los que gobiernan y el de la sumisión o no a las leyes en el ejercicio del gobierno. Este segundo criterio permite distinguir las formas «perfectas» (aquéllas en que se gobier-na de conformidad con las leyes) de las «imperfectas» (en las que los gobernantes violan las leyes). Conjugando ambos puntos de vista resul-tan seis formas de gobierno: tres perfectas, que son la *monarquía* cuando gobierna uno solo, la *aristocracia*, si el gobierno es de unos cuantos, y la *democracia*, que es el gobierno de la multitud. Pero en los tres casos cabe que el poder se ejerza con desprecio de las leyes, apareciendo enton-ces las tres formas imperfectas que son, cada una, a modo de corrupción de su paralela forma perfecta: respectivamente, la *tiranía*, la *oligarquía* y una tercera (la correspondiente a la democracia) a la que Platón no da nombre, pero que, en la terminología actual, podría denominarse *dema-gogia*.

Platón considera preferible el gobierno de uno que el de la multitud, por lo que, entre las formas per-fectas, es la mejor la monarquía, después la aristocracia y por último la democracia; en las formas corruptas se produce una inversión del orden, allí donde no se respetan las leyes y la justicia ese gobierno resulta el más aborrecible y perverso, de modo que la forma menos mala es la *demagogia*, después la *oligarquía* y, como la más repudiable, la *tiranía*.

Pero como la predilección platónica por la monarquía no es absoluta, opta el filósofo por una séptima forma. A ella, que no es sino la *forma mixta* de gobierno, llega a través del símil del tejedor, que sabiamente

introduce en la trama hilos diferentes para formar la mejor y más bella urdimbre. Esta forma mixta ofrecida por Platón, es un sistema de mutuas compensaciones entre las tres formas perfectas y será acogida con preferencia por numerosos autores de todos los siglos.

II. ARISTÓTELES (384–322 A. DE C.)

1. Esquema de su pensamiento jurídico y político

Cuatro son los más importantes temas de la filosofía jurídica y política de Aristóteles: el problema de la justicia, la equidad, su concepción de la *pólis* y de las formas de gobierno y el valor de las leyes positivas y su función en la vida política.

2. La justicia y sus clases

Para Aristóteles la justicia es una virtud, por lo que su estudio lo realiza en los tratados éticos, singularmente en la *Ética a Nicómaco*, junto con las demás virtudes, éstas son de dos clases: intelectuales o *dianoéticas* y morales o éticas; las primeras se dan en la esfera de la razón y son susceptibles, por tanto, de adquirirse por el aprendizaje, mientras que las otras pertenecen al área de la voluntad y se adquieren por la práctica.

Toda virtud la configura Aristóteles como el término medio entre dos excesos contrapuestos, como el valor es intermedio entre la cobardía y la temeridad. Esta concepción de la virtud es, precisamente, la que lleva al Estagirita a considerar la justicia como la virtud por excelencia.

En Aristóteles hay también una justicia particular que tiene un claro sentido de alteridad; el objetivo último de la justicia es la igualdad; pero perseguir un tratamiento idéntico en todos los casos podría conducir, en algunas situaciones, a resultados injustos, pues la auténtica justicia aconseja tratar desigualmente los casos desiguales. Ello da pie a Aristóteles para distinguir dos clases de justicia: la distributiva y la correctiva o sinalagmática. La justicia distributiva recibe este nombre porque con arreglo a ella se reparten los honores, los bienes y cualquier otro elemento del bien común del que hayan de participar los ciudadanos, dando más a quien más méritos ostente y menos a quienes menos méritos tenga. La justicia correctiva o sinalagmática, por el contrario, está presidida por la razón de la estricta igualdad desentendiéndose de la condición de las personas para atender sólo al valor de las cosas; y así, será justa una compraventa, por ejemplo, cuando el precio pagado sea igual al valor de la cosa vendida; es la justicia que debe darse en las relaciones entre particulares, a diferencia de la anterior, que ordena las relaciones entre la comunidad y sus miembros. La justicia correctiva se subdivide, a su vez, en conmutativa y judicial. La *conmutativa* se da cuando la igualdad viene establecida por la voluntad de las partes; pero hay ocasiones en que éstas no pueden, o no quieren, establecer la igualdad, que es impuesta por el juez, llamándose entonces justicia *judicial*.

También ofrece Aristóteles una nueva división de la justicia, distinguiendo entre lo *justo natural* y lo *justo legal* o *convencional*. Es *justo natural* aquello que en todas partes es reputado por tal con independencia de la voluntad humana, en tanto que es justo legal lo que resulta de justicia porque así lo establece la ley humana.

3. La equidad

Aristóteles designa a la equidad con el término *epiíikeia*. Las leyes se dictan siempre con carácter general, es decir, previendo las cosas que ordinariamente se presentan en la realidad, por lo que no puede tener en cuenta el caso concreto que, por sus especiales circunstancias, pueda resultar singular; cuando así suceda, la aplicación al mismo de la ley general, sin adecuación a esas circunstancias, podría producir un resultado injusto. Para evitarlo, el juez debe aplicar la ley con equidad, esto es, teniendo en cuenta las peculiaridades propias del caso.

La *epiíikeia* no es pues, en Aristóteles, un elemento corrector de la ley, sino integrador de la misma,

completándola en el momento de su aplicación al caso concreto.

En Aristóteles no es la equidad un factor distinto de la justicia, al contrario, la *epiēikeia* aristotélica es un elemento integrante de la justicia, de modo que no hay una actuación de la justicia y, después, se hace presente la equidad mitigando el rigor de la misma, sino que realmente no puede haber justicia sin equidad puesto que ésta pertenece constitutivamente a aquélla.

4. Concepción política

Al problema del Estado dedicó Aristóteles no pocos de sus escritos, si bien en el *corpus aristotelicum* figura un tratado especialmente centrado en el tema: *la Política*.

En el análisis del Estado, Aristóteles se interesa por el proceso de su formación, para él, las sociedades no son construcciones artificiales, sino instituciones naturales en cuanto que son fruto del instinto de sociabilidad que lleva al hombre a unirse con sus semejantes.

La *Política* se abre con una afirmación capital: toda ciudad es una comunidad; pero como la comunidad se constituye para alcanzar un bien, es lógico que la *pólis*, tenga por fin lograr el bien supremo del hombre. Este planteamiento permite al Estagirita explicar la génesis de la *polis* como una sucesión de situaciones de convivencia de complejidad creciente, cada una de las cuales viene a remediar diferentes tipos de necesidad.

La primera es la de perpetuarse mediante la unión sexual. Se constituye así la *familia*, la sociedad más elemental, integrada por la relación conyugal y la relación señor-esclavo.

En un segundo momento, las familias, incapaces de subvenir por sí mismas a las necesidades elementales y cotidianas, se unen varias para constituir la *aldea*. Por último, la comunidad compuesta por varias aldeas es ya una comunidad estatal, caracterizada por la autosuficiencia (*autarquía*) que le permite ofrecer a los ciudadanos las condiciones para «vivir bien».

La familia y la aldea son fases conducentes al Estado; se sitúa aquí Aristóteles en una línea que ya vimos en Platón: la subordinación de las partes al todo, del individuo a los fines e intereses del Estado.

5. Formas de gobierno

Aristóteles también se ocupa de los diferentes modos de regir la comunidad política, pero no maneja los mismos criterios que Platón, éste atendía al número de los que gobiernan y a la sumisión o no de los gobernantes a las leyes, el Estagirita se fija, además de en el número, en la condición económica de los rectores de la cosa pública y, en cuanto al segundo criterio, en que el gobierno se ejerce con vistas al bien común o para lucro personal.

Las formas justas o puras las denomina así: *monarquía*, cuando se trata del gobierno de uno; *aristocracia*, si el gobierno está encomendado a un grupo, y *politeia*, en el caso del gobierno atribuido a la masa de ciudadanos.

Las formas impuras son sendas desviaciones de las anteriores: respectivamente la *tiranía*, la *oligarquía* y la *democracia*, término que equivale a lo que nosotros denominamos *demagogia*.

Al igual que Platón, se inclina el Estagirita por una forma mixta de gobierno, pero esta forma mixta en Aristóteles se basa en un acusado pragmatismo. Los peligros vienen del gobierno de los muy ricos o de los muy pobres, pues los primeros son proclives a la insolencia y los segundos a la maldad. Se pronuncia, pues, Aristóteles claramente por un gobierno de la clase media que, además, «es la menos inclinada a evitarse el cargo y a codiciarlo». Así para Aristóteles, están bien gobernados aquellos Estados en que la clase media es

numerosa y más fuerte que las otras dos».

6. Las leyes positivas

Para Aristóteles las leyes serán, cuando sean justas, las que guiarán las acciones de gobierno. Todos, y también el gobernante, están sometidos al imperio de la ley.

Esta soberanía de la ley, por la que opta Aristóteles, la proclama en todos los supuestos, lo que le lleva a la siguiente afirmación: «donde las leyes no gobiernan no hay Estado...».

La afirmación de la soberanía de la ley es, en realidad, la proclamación de lo que hoy llamamos «Estado de Derecho», esto es, un Estado en el que los ciudadanos están a cubierto de acciones incontroladas del poder por la vía de la arbitrariedad y donde queda garantizada la seguridad jurídica de todos.

TEMA 4

CRISTIANISMO Y FILOSOFÍA. LA PATRÍSTICA

I. ENCUENTRO ENTRE FILOSOFÍA Y CRISTIANISMO

El cristianismo supuso cambios en la sociedad de su tiempo, y su vez influiría en el Derecho y daría un enfoque distinto a la filosofía existente, amén de la influencia que ejerció sobre otros ámbitos de la cultura.

A lo largo del período antiguo pagano se va produciendo paulatinamente un proceso ascendente, en orden a la especulación, que va desde los orígenes hasta alcanzar su máximo esplendor con Platón y Aristóteles, a partir de los cuales se inicia un período de decadencia, en el cual aparecen una serie de doctrinas, de entre las que deben destacarse el epicureísmo, el pitagorismo, y sobre todo el estoicismo.

Hay que destacar que, los últimos tiempos de la Edad Antigua se caracterizaron por la búsqueda continua de lo divino, así como por el interés exclusivo por el último destino del alma, por su salvación, es decir, que tiene lugar un cambio de actitud en el interés del hombre, produciéndose un abandono de la metafísica, para centrarse en temas relativos al comportamiento humano pasando a primer plano los temas éticos.

Ahora bien, el cristianismo surge exclusivamente como una religión; no se trata de una nueva filosofía que oponer a las ya existentes.

Por tanto no parece que en el momento inicial del surgimiento de la religión cristiana se plantearan problemas de índole filosófica, no pudiéndose hablar aún de una filosofía cristiana; fue más adelante, una vez que se hubo llevado a cabo la implantación del cristianismo, y a medida que éste fue creciendo y arraigando en la sociedad de su tiempo, cuando surgieron movimientos hostiles y aparecen suspicacias por parte no sólo del pueblo judío, sino de intelectuales y escritores paganos. Es entonces cuando surge la necesidad de emplear argumentaciones filosóficas, fundamentalmente en defensa de la nueva religión, y por tanto, cuando podemos empezar a hablar del encuentro y de la recepción de la filosofía pagana por el cristianismo.

El cristianismo trajo consigo profundas modificaciones morales que influyeron directamente en la sociedad de su tiempo. En primer lugar, por influencia del cristianismo se rompe el monismo político, la unidad política y religiosa característica de la pólis griega. La vinculación entre los fieles cristianos es una unión espiritual basada en la fe común a un solo Dios, lo que lleva a la necesidad de una autoridad espiritual distinta de la temporal que había existido hasta entonces. Surge así la dualidad poder temporal/poder espiritual que, desde entonces, va a marcar la vida política de la humanidad occidental.

Como aportación del cristianismo a la filosofía se pueden señalar la idea de fraternidad y, relacionada con

ella, el nuevo concepto de persona. Ciertamente es que la idea de fraternidad aparece ya en el estoicismo, pero su conformación es esencialmente distinta de la que aporta el pensamiento cristiano.

La fraternidad estoica, está basada en la existencia de una naturaleza común a todos los hombres. La idea cristiana de fraternidad tiene un origen sobrenatural, todos somos hijos del mismo Dios creador, lo que convierte a los hombres en hermanos y hace surgir entre ellos la virtud de la caridad.

II. SAN PABLO (entre 5 y 15 a. de C.- – entre 62 y 67 d. de C.)

San Pablo nace en Tarso y se forma en la filosofía griega, fundamentalmente en el estoicismo; San Pablo en la epístola a los Romanos se refiere en uno de sus párrafos a los gentiles, es decir, a todos los que no son el pueblo judío, haciendo una clara referencia a una ley por naturaleza, escrita en el corazón de los hombres, lo que les lleva a obrar rectamente, aun cuando no tienen conocimiento de la ley, es la ley mosaica. Es clara influencia estoica en el autor, por cuanto en esta doctrina se contiene la idea de una ley natural y racional que el hombre conoce por sí mismo, y que le conduce a obrar rectamente conforme a esa naturaleza racional.

Las referencias de San Pablo a la «ley» son a la ley mosaica, al Decálogo en definitiva. Según San Pablo, nadie puede justificarse por el solo cumplimiento de los preceptos mosaicos, pues el hombre necesita la gracia proveniente de la redención, sin la que no es posible la salvación. La ley únicamente nos dice lo que es pecado, pero no justifica por sí misma..

La doctrina paulina no responde al auténtico concepto de iusnaturalismo, sino que lo que encontramos en ella es la referencia a una ley moral natural; lo que se da en San Pablo es una identificación entre ley natural y Decálogo, y éste sólo nos ofrece una normativa moral, con una finalidad sobrenatural, pero no contiene preceptos que regulen la vida de convivencia, por lo que no tiene carácter jurídico.

Sin embargo, esta aceptación por parte de San Pablo de la idea de una ley natural va a favorecer su inclusión en las doctrinas de los Padres de la Iglesia, llegará a culminar en la elaboración de la auténtica teoría iusnaturalista.

También aparece en las epístolas la referencia a la legitimación del poder político que tiene su justificación y legitimación en Dios, que es de quien proviene todo poder, y es quien lo delega en los hombres; «no hay autoridad sino bajo Dios; y las que hay, por Dios han sido establecidas».

Esta idea, que va a perdurar a lo largo de todo el pensamiento cristiano, adquirirá especial importancia en el tema de la diferenciación entre el gobierno legítimo y el ilegítimo según que con dicho poder se busque el bien común de los súbditos o el beneficio particular.

III. LA PATRÍSTICA

Se denomina patrística a la elaboración doctrinal llevada a cabo por los Padres de la Iglesia, a partir del momento de la aparición del cristianismo.

El período que abarca puede encuadrarse desde el siglo II hasta aproximadamente el siglo IX.

Se puede dividir en tres períodos. Un primer período que abarcaría hasta el año 200, y en el que el objetivo fundamental se centró en la defensa del cristianismo contra sus adversarios paganos y gnósticos. Es el período que se conoce como apologista. Un segundo período que abarca hasta el año 450, dedicado a la elaboración doctrinal de las creencias cristianas. Este período es el más importante dentro de la patrística y San Agustín su figura más relevante y con quien llega su culminación. Por último, cabe hablar de un tercer período que podemos calificar de decadencia. Este último período es de difícil precisión cronológica en cuanto a su final.

Hay que hacer una distinción entre los llamados Padres orientales y Padres occidentales. A los Padres orientales, más en contacto con la cultura griega, les lleva a una elaboración doctrinal más especulativa, tratando los problemas fundamentales de la teología; los Padres latinos, debido su formación romana, se acercan más a los problemas de orden práctico, fundamentalmente políticos y sociales.

Al filo del siglo II, se producirá la unión entre filosofía y cristianismo, esta unión va a producirse, fundamentalmente por dos razones; por un lado, filósofos e intelectuales paganos llevarán a cabo la crítica contra la nueva religión. Por otro, y dentro del cristianismo, surgirán personas formadas en la filosofía pagana y convertidas al nuevo credo y que se preparan desde su formación intelectual a la defensa del dogma.

Ante esta situación se trata, por tanto, de determinar si es posible conciliar la verdad parcial que se encuentra en las distintas doctrinas paganas con la verdad total del cristianismo.

Se producen, en este sentido, dos posturas diametralmente opuestas. Una, la de aquellos autores que intentaron conciliar los presupuestos filosóficos paganos con el dogma cristiano; la otra, por el contrario, prescinde de todo lo que signifique filosofía pagana para centrarse única y exclusivamente en la fe. La fórmula que prevaleció fue la primera, siendo San Agustín su mayor exponente.

Caracteres

Concepto de justicia

El cristianismo aparece única y exclusivamente como una religión, por lo que no se contienen en ella preceptos relativos a una regulación de las relaciones intersubjetivas. Es más, en cierto modo, se da una oposición entre cristianismo y Derecho en los primeros momentos, incluso, el Derecho suponía el arma en manos del poder para perseguir al pueblo cristiano.

Pese a todo esto, nos encontramos con que en los escritos de los Padres de la Iglesia y, anteriormente, en San Pablo aparece con mucha frecuencia la palabra «justicia, pero el significado de la justicia en la patrística se aproxima más a la concepción griega de virtud moral, integrante de todas las demás virtudes, que a una concepción jurídica que no aparecerá hasta Santo Tomás, influido por Aristóteles.

Filosofía y teología. Razón y fe

Los Padres de la Iglesia no llevan a cabo una diferenciación entre teología y filosofía. Su objetivo fundamental, fue el intento de racionalización de dogma.

Directamente unido a esto nos encontramos con la relación razón-fe. Por la razón podemos llegar al conocimiento de las cosas racionales, pero hay muchas cosas que sobrepasan a nuestra razón y a cuyo conocimiento sólo podemos llegar ayudados por la fe y la revelación.

Siempre, en todo este período, se considera superior esta segunda forma de conocimiento sobre la primera, pero manteniéndolas unidas.

Esta situación se extenderá hasta Santo Tomás, el cual ya inicia un intento de distinción entre ambas, al afirmar que las verdades de la fe sólo se conocen a través de la revelación y que por medio de la razón establecemos los presupuestos para llegar a su conocimiento.

Este intento de Santo Tomás culminará con Guillermo de Ockham, con el cual ya se produce la separación entre filosofía y teología. Ockham parte de la experiencia como única fuente de conocimiento lo excluye todo lo que excede de los límites de la razón, por lo que Dios y todo lo que es objeto de la teología es única y exclusivamente objeto de fe, y no pertenecen al ámbito de la filosofía. De esta forma se consolida la

separación entre ambas.

Identificación entre ley natural y Decálogo.

Por influencia de San Pablo, en no pocos autores de la patrística, se establece la identificación entre ley natural y Decálogo.

De esta identificación surge un problema que no todos los padres resuelven del mismo modo, que es el de la necesidad del Decálogo, estando ya en el hombre, desde su creación, la ley natural. Parece una duplicación innecesaria de los mismos preceptos.

Algunos Padres distinguen entre un período histórico, que se corresponde con el hombre en estado de inocencia, en el que vivió según la ley natural, y un segundo momento en el que ya su naturaleza corrupta hace necesaria la promulgación de la ley divino-positiva.

Otros autores hablan de un Derecho natural primario y un Derecho natural secundario, que se corresponden con los dos períodos señalados, y en el que el Derecho natural secundario tendrá efectos correctores de las desviaciones producidas, conteniendo elementos coactivos para reconducir al hombre a obrar rectamente.

Sin embargo, el auténtico problema, con respecto al Derecho natural, fue pasado por alto, por la mayoría de los Padres de la Iglesia, y tan sólo fue planteado por San Ambrosio y por San Agustín.

Este problema es que el hecho de la existencia de un Derecho natural que los hombres poseen por naturaleza y que les sirve de criterio para obrar el bien, y por tanto para alcanzar la salvación, deja en entredicho la necesidad de la venida de Cristo para redimimos, así como la gracia y, en general, los sacramentos de la Iglesia.

TEMA 5

SAN AGUSTIN. LA ALTA EDAD MEDIA. LA ESCOLASTICA PRETOMISTA

I. SAN AGUSTÍN (354–430)

1. Filosofía jurídica

La filosofía jurídica y política de San Agustín está expuesta de un modo fragmentario y además, un buen número de sus obras tienen carácter apologético y, por consiguiente, están realizadas al calor de fuertes polémicas.

Uno de los grandes méritos de San Agustín por lo que a su doctrina jurídica se refiere radica en el hecho de haber sido el primer pensador que dentro del ámbito cristiano ofrece una teoría iusnaturalista completa. En el esquema agustiniano hay que distinguir la ley eterna, la ley natural y la ley humana o temporal.

La ley eterna, es la «razón divina o voluntad de Dios que manda conservar el orden natural y prohíbe que se perturbe». La ley eterna afecta, por tanto, a todos los seres pero mientras que los seres irracionales la cumplen de un modo necesario, sin posibilidad de elección, el hombre en cuanto ser dotado de racionalidad la acepta libremente.

La ley natural no es algo distinto de la ley eterna, sino según San Agustín la ley natural es, la ley propia del hombre que le sirve para discernir lo justo de lo injusto y tiene, en todo caso, un carácter objetivo.

Por último, están las leyes humanas o temporales. Éstas encuentran su fundamento y su razón de ser en la ley

natural y por ello no podrán separarse de ella si quieren ser auténticas leyes. Obviamente, las leyes establecidas por el legislador humano deben cambiar según lo exijan las circunstancias históricas pero, en ningún caso, puede producirse una desvinculación de las leyes positivas respecto de la natural, pues en ese caso la ley promulgada por el legislador carecería de valor y no tendría carácter obligatorio.

El esquema que propone San Agustín es excesivamente rígido, pues si se afirma que «no es ley la que no es justa» ello implica negar la existencia de la práctica totalidad de las leyes positivas. De cualquier modo, lo cierto es que la doctrina de San Agustín en torno a la ley y la clasificación de la misma en eterna, natural y temporal tuvo una influencia decisiva en el pensamiento cristiano que se desarrollará durante toda la Edad Media.

Entre los intérpretes de la obra de San Agustín se han suscitado largas discusiones sobre si su actitud es voluntarista o intelectualista. El punto de partida de tal discusión se encuentra en la definición de ley eterna formulada por San Agustín, en la cual la razón y la voluntad aparecen conjuntamente tratándose de determinar si prevalece una u otra o si ambas pueden conjugarse armónicamente.

Para determinar si la actitud del obispo de Hipona es voluntarista o intelectualista, o si se trata de una solución raciovoluntarista, es necesario distinguir dos etapas en el pensamiento agustiniano cuya separación se encuentra en la viva polémica que sostuvo San Agustín contra Pelagio. Éste era un monje inglés que negaba que el pecado de Adán se hubiese transmitido a su descendencia y, por tanto, la naturaleza humana no está corrompida por el pecado y es capaz de alcanzar la salvación sin la concurrencia de la Gracia divina.

Esta tesis privaba al cristianismo de todo significado, ya que si el hombre no ha sido corrompido por el pecado original, son inútiles la venida de Jesucristo y la redención, e igualmente los sacramentos y la Iglesia. La reacción de San Agustín no se hizo esperar, pero cayó en el extremo opuesto acentuando el papel de la presencia divina en el obrar humano lo que, obviamente, tuvo sus consecuencias por lo que se refiere al Derecho natural.

El pesimismo antropológico que profesa San Agustín le impide confiar plenamente en las posibilidades de la razón del hombre. Por otra parte, la dependencia de la criatura racional respecto de Dios se configura de tal modo que es posible afirmar que el obispo de Hipona defiende la doctrina de la predestinación. Pues bien, si hasta la polémica con Pelagio nuestro autor se había situado en una posición eminentemente racionalista o, al menos, se mantenía el equilibrio entre razón y voluntad, con posterioridad a la herejía pelagiana la actitud de San Agustín es decididamente voluntarista. Ello significa que la doctrina iusnaturalista pasa a un segundo plano y aun cuando no puede decirse que San Agustín reniegue de todo cuanto había escrito anteriormente, es indudable que después de la polémica con Pelagio el iusnaturalismo aparece abandonado.

En cuanto a la teoría agustiniana de la justicia, puede decirse que San Agustín utiliza el término justicia con dos sentidos: en primer lugar, como virtud universal en la que quedan comprendidas el resto de las virtudes. Según esta acepción, la justicia viene representada por el amor a Dios. Pero junto a esta significación aparece otra que ya tiene directa relación con el mundo jurídico. San Agustín recoge la definición que siglos atrás había formulado Cicerón y dice de ella que es «la disposición del espíritu que, respetando la utilidad común atribuye a cada uno su valor». De este modo, la justicia se presenta como una virtud especial cuya función es dar a cada uno lo suyo.

2. Filosofía política

Por lo que respecta a la filosofía política de San Agustín, las interpretaciones que se han hecho de la misma son muy dispares. Además, en esta parcela no es posible distinguir dos etapas puesto que todo (o casi todo) lo que San Agustín dice acerca de la esencia, función y fines del Estado, se contiene en su obra *De civitate Dei* que es posterior a la polémica con Pelagio.

Existen tres grandes líneas interpretativas en torno a la esencia y justificación del Estado en el pensamiento agustiniano. En primer lugar, la interpretación *pesimista* que se manifiesta sobre todo en autores del siglo XIX y según la cual el Estado no surge como consecuencia de una tendencia natural en el hombre, sino que es fruto del pecado. Por ello, la valoración que hace el cristiano de la sociedad política es negativa.

En segundo lugar, la interpretación *ecléctica*. Los autores que sostienen esta postura consideran que, si bien el Estado es fruto del pecado, aquél aparece como un remedio divino contra el mismo, esto es, la sociedad política vendría a mitigar en la medida de lo posible los perniciosos efectos del pecado y, a pesar de su origen, debe considerarse como algo valioso.

Por último, la interpretación *optimista* en virtud de la cual el Estado no es consecuencia del pecado y, consiguientemente, no sería una institución esencialmente mala. Por el contrario, el Estado surge de un modo espontáneo, su existencia responde a la sociabilidad natural de los hombres.

Paradójicamente, podemos considerar que las tres interpretaciones son correctas porque cada una de ellas encierra una parte de verdad. Para explicar esta afirmación hay que distinguir por una parte, la concreta realidad que vive San Agustín, y por otra, el ideal que propone en su obra; San Agustín distingue dos sociedades diversas: la *ciudad de Dios* y la *ciudad terrena* «fundadas, una entre los buenos y otra entre los malos». Ambas ciudades se encuentran en continua lucha pero llegará el día en que se produzca el triunfo definitivo de la ciudad de Dios.

Ahora bien, San Agustín no puede sustraerse de la concreta realidad que vive; y el derrumbamiento del Imperio romano provocará en él una fuerte reacción. Por esta razón, en muchas ocasiones, la ciudad de Dios deja de ser una sociedad ideal, y se identifica con la Iglesia temporal y, del mismo modo, la ciudad terrena aparece reflejada en el Estado. De esta forma, la lucha establecida entre la ciudad de Dios y la ciudad terrena, entre buenos y malos, se traslada del plano ideal al plano temporal y es, precisamente, en esta dimensión donde se produce la reflexión acerca del valor del Estado.

La sociedad política, en sí misma considerada, no posee un valor absoluto ya que lo que verdaderamente resulta valioso es la ciudad de Dios, sin embargo, sí puede ser un instrumento eficaz para alcanzar la meta espiritual que San Agustín propugna. Ahora bien, también es cierto que sólo se reconoce el valor al Estado si se cumplen determinadas condiciones, de modo particular, si en él reina la justicia (por tanto, no todo Estado es legítimo).

De todo lo dicho debe inferirse que el único Estado legítimo para San Agustín es el Estado cristiano, aquél en el que se realiza de un modo pleno la justicia y que conducirá a la ciudad de Dios.

3. Valor e influjo de la obra de San Agustín

A San Agustín hay que reconocerle el mérito de haber recogido en su obra los principales sistemas de la filosofía griega, porque a través de ella se transmitieron a la Edad Media, además su doctrina iusnaturalista se convierte en el modelo que seguirán todos los autores cristianos. El iusnaturalismo cristiano aparece propiamente con su obra y, aun cuando en San Pablo y en algunos Padres de la Iglesia pueda encontrarse algún precedente, lo cierto es que hasta San Agustín no se establece un sistema completo y ordenado.

Pero la influencia de San Agustín y su obra no termina en los autores de la Edad Media. Todavía hoy es posible encontrar algunos sistemas filosóficos que, de uno u otro modo, hunden sus raíces en el pensamiento agustiniano. En este sentido, podemos decir que la obra de San Agustín no es tan sólo un testimonio histórico que ha perdido vigencia por el transcurso de los siglos, sino que sigue conservando íntegramente su imperecedero valor.

II. LA ALTA EDAD MEDIA

Desde el punto de vista del pensamiento, no desde el punto de vista histórico, puede afirmarse que, con la muerte de San Agustín (430) se produce el fin del mundo antiguo.

Durante el primer periodo de la Edad Media, el comprendido entre los siglos V al IX, se producirá un retroceso importante del espíritu creador, la cultura sufre un duro golpe; el fraccionamiento del Imperio de Occidente impide la comunicación y el desarrollo, una buena parte de las obras clásicas se pierden definitivamente y casi todas las instituciones –con la única excepción de la Iglesia– desaparecen. Sin embargo, y a pesar de tener un carácter excepcional, aparecen algunos hombres cuya trascendencia ha sido enorme porque a través de ellos se produjo la transmisión de la cultura clásica (Boecio, Casiodoro, San Isidoro, etc.). Las obras de estos autores no son originales, pero en las mismas se contiene todo el saber de su tiempo y, en este sentido, prestaron un inestimable servicio a la posteridad.

El segundo período comienza en el siglo IX y ya se inicia un relativo apogeo cultural que culminará con la Escolástica. Los monasterios se convierten en los centros más importantes de la cultura produciéndose el florecimiento de la filosofía más significativa de la Edad Media: la Escolástica.

Los autores del humanismo renacentista, consideraron que la Edad Media supuso un paréntesis importante en el desarrollo espiritual de la Humanidad durante un período de mil años. Sin embargo, esta tesis es excesivamente exagerada porque si bien es cierto que existe un largo período (en el que desaparece casi por completo el genio creativo, no lo es menos que más tarde, cuando las propias circunstancias históricas lo permiten, el nivel de la especulación filosófica aumenta considerablemente.

III. LA ESCOLÁSTICA PRETOMISTA

La filosofía que comienza a desarrollarse después del siglo IX recibe el nombre de Escolástica porque su nacimiento se produce en el seno de las escuelas que existían en la Alta Edad Media. En este período había tres clases de escuelas: las monacales, establecidas en las abadías, las catedralicias y las palatinas situadas en los palacios de los reyes. Pero, más tarde, el término escolástica se utilizó no para designar el lugar sino la materia y el modo de enseñanza.

Dentro de la Escolástica se suelen distinguir cuatro fases:

1. La **fase de formación** que se desarrolla en los siglos IX, X y XI y en la que la discusión fundamental se centra en el problema de los universales produciéndose el enfrentamiento entre realistas y nominalistas. Sus principales representantes son Juan Escoto, Rabano Mauro, Roscelino y San Anselmo.
2. **Fase de desarrollo** que comprende el siglo XII con la famosa escuela catedralicia de Chartres.
3. **Fase de apogeo** que tiene lugar durante el siglo XIII cuando se fundan las universidades y las órdenes mendicantes. Sin duda, es el período de máximo esplendor y sus figuras más representativas son Alejandro de Hales, San Buenaventura, San Alberto Magno y Santo Tomás de Aquino.
4. Por último, la **fase de decadencia** (siglo XIV) cuyos nombres más destacados son Juan Duns Escoto y Guillermo de Ockham, con quien termina propiamente la filosofía medieval.

Para analizar los problemas fundamentales a los que se enfrentó la Escolástica es necesario distinguir dos corrientes claramente diferenciadas. En primer lugar, los que de un modo más o menos fiel siguen a San Agustín y, consiguientemente a Platón y, en segundo lugar, aquellos cuya base intelectual viene representada por la doctrina aristotélica. Prácticamente hasta el siglo XIII, los representantes de la Escolástica se mantienen en una línea platónico-agustiniana, pero con el redescubrimiento de la obra de Aristóteles se produce un giro importante en la evolución de la filosofía escolástica. De cualquier modo, lo cierto es que ambas direcciones se dedicaron al estudio de los mismos problemas. Fundamentalmente fueron dos los temas que la Escolástica

abordó de un modo completo:

1. Las **relaciones entre razón y fe**. Sin ninguna duda, éste fue el problema capital en torno al cual se produjeron las más vivas discusiones dentro de la Escolástica. Fundamentalmente hubo tres posiciones: aquellos que utilizan exclusivamente la fe, los que utilizan sólo la razón y los que emplean conjuntamente razón y fe, tratando de explicar racionalmente las verdades reveladas. Esta última postura es la que finalmente prevalecería, sobre todo a través de las figuras de San Alberto Magno y Santo Tomás. En definitiva, se intentó conseguir cierto equilibrio entre Filosofía y Teología, aunque la segunda ocupó siempre el puesto de honor.

2. Otro de los temas que más preocupa a los representantes de la Escolástica es el de las **relaciones entre la Iglesia y el Estado**. La Iglesia es una de las pocas instituciones que perdura después de la invasión de los bárbaros. La cuestión fundamental que se va a plantear es si la Iglesia es superior al Imperio en el orden temporal. Papado e Imperio son los dos pilares básicos sobre los que se asentaba la vida política del Medievo y por ello se hacía necesaria la delimitación de competencias entre ambos. Propiamente, lo que se va a producir es un problema de jurisdicción: en el orden espiritual se reconoce la supremacía del Papado. En cuanto a si la Iglesia tiene alguna autoridad en el orden temporal, unos afirman que el poder civil es independiente de la Iglesia, mientras que otros creen que la Iglesia tiene una autoridad, al menos indirecta, en el orden temporal.

De las dos corrientes de la Escolástica, la dominica (la que recoge la tradición aristotélica) sería la que finalmente se impondría, no sin haber librado antes una dura batalla doctrinal contra los franciscanos.

TEMA 6

SANTO TOMÁS. LA ESCOLÁSTICA FRANCISCANA

I. SANTO TOMÁS DE AQUINO (1225–1274)

1. Autonomía del orden intelectual dentro del orden sobrenatural

Antes de Santo Tomás la sociedad civil era considerada como una parte de la comunidad cristiana –la Cristiandad– por lo que la ordenación de la vida terrena, capitaneada por el emperador, quedaba supeditada al orden de la vida espiritual, regido por el Pontificado; la justicia natural estaba subsumida en la justicia sobrenatural.

Tal estado de opinión llevó a una indiferencia por los valores de orden natural, especialmente de la razón, lo cual impulsó una corriente de pensamiento que propugnaba la autonomía racional moral, y si bien no negaba la fuente de la Revelación como fundamento cierto del comportamiento humano, pug-naba por ensalzar las funciones propias de la razón humana. A tal empeño contribuyó en gran manera el conocimiento de las obras de Aristóteles que Santo Tomás asimiló personalmente.

El orden sobrenatural, la Revelación no destruye ni anula la naturaleza humana ni la razón –decía Santo Tomás–; al contrario, la perfecciona porque la naturaleza humana, que no quedó corrupta por el pecado original aunque sí debilitada, requiere sus propias exigencias, que pueden ser conocidas y ordenadas por la razón. La Revelación proporciona a la razón un conocimiento no erróneo de las verdades estrictamente teológicas que ésta acepta por medio de la fe, pero ello no excluye la posibilidad y la necesidad del raciocinio y de la reflexión filosófica para la búsqueda de otras verdades. La razón puede por sí misma descubrir estas verdades filosóficas no reveladas. Es más, la razón está capacitada para establecer los presupuestos de la fe, esclarecer sus verdades y deshacer las objeciones contra ella.

Con Santo Tomás afirmó, quedó superada la antinomia filosofía–teología, razón y fe, orden natural y orden sobrenatural que hasta entonces, por influencias agustinianas–platónicas, negaba a la razón la posibilidad de su

despliegue autónomo.

El universo es un todo *ordenado* por virtud de la *creación* divina. La creación es, según Santo Tomás, un acto racional, de la naturaleza racional divina, pues-to en práctica voluntariamente, porque la voluntad es el medio de que se sirve la razón para realizar sus planes.

El hombre, en cuanto creación racional divina, es igualmente un ser *ordenado*. Y el orden del hombre es el orden moral, propio de su naturaleza racional, orden que tiene sustantividad objetiva y que no es un producto ideal de la conciencia.

Dado que la razón del actuar de cada ser es una consecuencia obligada de la propia esencia de cada ser, el comportamiento humano, racionalmente reglado, necesariamente será consecuente con su propio ser, natural racional, que no es otro sino la concordancia de las cosas con los fines propios naturales del hombre.

2. La racionalidad, como esencia de la ley

Para Santo Tomás la capacidad de la ley para motivar la conciencia personal de aquél a quien va dirigida, está directamente en función del contenido de justicia en la norma, esto, referido a las cuestiones humanas, significa tener conformidad con la norma de la razón.

La razón práctica debe establecer las reglas de todas las acciones que induzcan al hombre a un comportamiento. Y ello es así porque a la razón compete el ordenar hacia un fin ya que la razón es siempre regla de las acciones.

Y esta fundamentación racional es lo que Santo Tomás resalta en su definición cuando dice que la ley humana es «la ordenación de la razón dirigida al bien común, promulgada por aquel que tiene el gobierno de la comunidad». La ley pertenece a la razón.

Santo Tomás, al constituir a la razón humana como fundamento directo de toda ley positiva, dignifica la razón misma a su más alto grado de función legitimadora.

Tan elevadas funciones de la razón humana, responden no sólo a la posesión de una seguridad sobre la certeza de los criterios con que trabaja esa razón, sino que es consecuencia de una concepción de la razón en cuanto poseedora ella misma de la verdad, de un modo natural.

Afirma Santo Tomás que «todo el conjunto del universo está sometido al gobierno de la razón divina....esa razón..., existente en Dios como supremo monarca del universo, tiene carácter de ley».

Existe, pues, una *ley eterna* que gobierna toda la creación, y de un modo individual también a cada uno de los seres que en ella existen. Esta ley eterna es de esencia racional, ley que no puede tener otro contenido distinto del que tiene, puesto que Dios no puede querer sino lo que es racional.

Este principio rector de todos los entes creados, la ley eterna, se concreta casuísticamente mediante la ordenación de cada uno de ellos al fin que es peculiar a su propia naturaleza, fin al que los seres irracionales se orientan de un modo inconsciente, siguiendo su propia ley natural. El hombre, también se orienta hacia unos fines peculiares de su naturaleza racional, también está regido por la ley natural, pero el hombre se orienta conscientemente. Y esta concienciación además de significar que los actos humanos son consentidos libremente, implica que el hombre posee una facultad para descubrir la esencia natural de sus acciones y comportamientos (razón) en orden a la realización del bien y evitación del mal. La ley natural es, de este modo, como la define Santo Tomás, la participación de la ley eterna en la criatura racional.

La participación racional humana en los contenidos de la ley eterna, implica la posibilidad de descubrir

racionalmente los contenidos de la razón divina.

La razón natural es, así, ley natural y, por participación, ley eterna. A través de la razón práctica el hombre participa de la esencia divina y, es poseedora ella misma de la ver-dad, de un modo puramente natural.

Por tanto la razón práctica es la fuente inmediata de la mora-lidad y la ley eterna, o sea la razón divina, el fundamento remoto de la conducta humana. Y puesto que la ley positiva proviene de la razón práctica, toda ley que se aparte de la ley natural o la contradiga sólo es corrupción de la ley, cuya obediencia no obliga más que cuando no atenta contra el bien divino.

3. La razón revelada. Ley divina

De la filosofía tomista, puede sintetizarse que la razón práctica del hombre, puede descubrir progresivamente los con-tenidos de la ley natural, a medida que cada momento histórico-cultural va posibilitando la ejercitación racional; ahora bien, Santo Tomás señala la existencia de un fin sobrenatural para el hombre, el de su salvación eterna, para cuya conquista no le bas-ta la razón natural, sino que necesita del concurso directo de Dios. La ley divina, revelada a través de los textos bíblicos, constituye aquellos preceptos necesarios para el hombre en relación a dicho fin sobrenatural.

Esta ley divino-positivada, supera y beneficia las posibles deficiencias de las leyes humanas, quedando justificados con ella los dos órdenes, espiritual y temporal, que se refieren al hombre en la concepción cristiana de la creación. Pero, debe ser bien diferenciada esta ley divina, de naturaleza teológica, de aquella otra ley eterna, de conformación teológico-filosófica: la ley divina, como parte de la racionalidad de Dios, revelada directamente y comprensible por la razón humana.

II. LA ESCOLÁSTICA FRANCISCANA

1. Introducción

El voluntarismo, representado en su esplendor por los escolásticos de la Orden franciscana, constituye la antítesis del intelectualismo implícito en la teoría de la ley de Santo Tomás.

El voluntarismo pretende la legitimación de cualquier orden impuesto, de la autoridad que, por sí misma, pretende constituirse en voluntad ordenadora y en fundamento coactivo de toda norma. El voluntarismo se traduce en la defensa a ultranza de la *razón del imperio* frente al impe-rio de la razón y sus consecuencias prácticas son la gradual anulación de la racionalidad humana.

El voluntarismo político medieval, encarnado en la *auctoritas* del príncipe, encuentra su justificación histórica por ser una doctrina fraguada en una época con una acentuada visión, teológico-moral, del mundo. Será, precisamente esta cosmovisión teocéntrica la que encuentre una explicación volun-tarista en la escolástica franciscana.

Los seguidores del orden amoroso de Dios hacia las criaturas y de éstas con su creador que preconizara San Agustín, creyeron que la esen-cia teológica del cristianismo quedaba mejor ensalzada si se refería, mediante la fe, toda la esencia de la creación al acto voluntario de Dios que si se permitía a la inteligencia humana la indagación de otras razones no teológicas, es decir, filosóficas.

Las heréticas desviaciones raciona-listas de Averroes y de sus seguidores habían impulsado los esfuerzos teo-lógicos por cristianizar a la razón en el fundamento del orden moral. En el año 1282 el *Capítulo* franciscano, alarmado por las condena-ciones que Esteban Tempier, obispo de Paris, y el dominico Roberto Kil-wardby, obispo de Cantorbery, habían formulado contra algunas teorías de Santo Tomás de Aquino por considerarlas averroístas, prohibió la *Summa Theologica* si no se cotejaba su lectura con el *Correctorio* de

Gui-llermo de la Mare. El excesivo celo purificador de estos monjes ingleses consideró que Santo Tomás de Aquino «había comprometido la ortodoxia con excesivas condescendencias a la razón...».

2. Juan Duns Scoto (1266–1308)

Nació Duns Scoto en Maxton (hoy Littledean) Escocia. Ya profeso franciscano, fue docente en tres universidades de las *Sentencias* de Pedro Lombardo.

Las obras atribuidas a Duns Scoto plantean problemas de autenticidad ya que muchas de ellas son de franciscanos anteriores a Guillermo de Ockham, no obstante, hoy quedan demostradas como auténticas la *Ordinatio* y las *Reportata Parisiensia*, junto a otras dos más, de menor interés para nuestros propósitos.

Scoto persigue, ante todo, la apología del cristianismo ortodoxo contra el determinismo averroísta y, en esta tarea, la actitud crítica y desconfianza que mantuvo salpicó también a Tomás de Aquino y a sus comentaristas.

La libertad de Dios es absoluta y omnipotente, sin trabas que puedan someterla, ni siquiera condicionarla, afirmando que la voluntad divina es ley siempre, ni siquiera sometida a la divina razón. Tan es así que si Dios actuase de diferente modo a como lo hace, ello significaría que Dios impone una nueva ley.

La creación es obra de Dios, acto libre de su voluntad que no depende de la adecuación a los principios de la razón divina sino que es la materialización de la voluntad substantiva de Dios. Por ello, ninguna ley física es consustancial a la naturaleza de las cosas, las leyes físicas que rigen los seres creados tienen el sentido que Dios libremente les ha querido infundir; son pues contingentes, ya que podrían haber sido igualmente válidas con otro sentido distinto, si Dios así lo hubiese querido. **Contingentismo físico.**

La voluntad divina se determina a sí misma y puede hacerlo todo, excepto lo que es contradictorio lógicamente. Únicamente lo imposible, por contradicción, está vedado al omnímodo querer divino, y precisamente todo cuanto Dios no puede hacer diferente por su propia voluntad, es lo que constituye la verdadera ley eterna. Así Duns Scoto señala como único principio de derecho natural estricto, el amar a Dios sobre todas las cosas, es decir, los dos preceptos de la primera Tabla del Decálogo, aquellos que tienen validez absoluta. En cambio, los restantes preceptos revelados, segunda Tabla, no tienen carácter necesario como los primeros, sino que dependen de la libre voluntad divina, que pudo haber ordenado como honestos el homicidio, la fornicación, el adulterio, etc. **Contingentismo moral.**

Para Duns Scoto la voluntad divina no es arbitraria pues su omnipotencia se encuentra limitada, no sólo por la propia bondad divina que le impediría ordenar preceptos perjudiciales, sino también por la propia lógica, que impide hacer lo que es contradictorio consigo mismo.

La responsabilidad humana es la consecuencia del voluntarismo escotista. La razón del hombre, necesariamente no es libre, la voluntad, en cambio, se determina a sí misma, la voluntad no necesariamente tiende hacia el bien por sí mismo, se halla más pervertida que la razón, puede obrar el bien y puede escoger el mal. Si la voluntad humana no fuese libre sería inexigible la responsabilidad del hombre y un sin sentido los preceptos de Dios y la aplicación de su justicia a los comportamientos humanos que, en tal caso, serían necesarios y no contingentes. Tal es el planteamiento de Duns Scoto.

3. Guillermo de Ockham (entre 1295 y 1300–1349 ó 1350)

Fraile, filósofo y político, Guillermo de Ockham tuvo una personalidad desconcertante, impulsiva y asistemática que le impulsó, siendo creyente, a combatir al Papado.

Nació este franciscano en Ockham, al Sur de Londres, estudió en Oxford, donde más tarde explicó las

Sentencias de Pedro Lombardo. Debido a denuncias formuladas contra algunas de sus ideas, fue llamado a la sede pontificia y sometido a un proceso ideológico que duró cuatro años. Existía, por entonces, la controversia entre franciscanos «conventuales» y «espirituales» en la que participó a favor de estos últimos, quizá por despecho contra el pontífice francés Juan XXII. Junto con los franciscanos «espirituales», Ockham sostenía la pobreza integral con que debería vivir el vicario de Cristo en la tierra, pues Él no poseyó nada en vida, doctrina que le valió la excomunión.

De sus obras, las más importantes para nosotros, son de destacar: el comentario a las *Sentencias* de Pedro Lombardo y el *Dialogus inter magistrum et discipulum de imperatorum et pontificum potestate*, esta última sin terminar.

El espíritu de la época demanda la restauración del hombre en las cuestiones de la vida real y el abandono de referencias teológicas como criterios de eticidad y de política. Fruto de este estado de opinión fueron las luchas entre Pontificado e Imperio por el reconocimiento mutuo de autonomías, potestades, órdenes y funciones, en las que Ockham participó beligerante contra el papado, por despecho posiblemente.

Ockham negó al Pontificado la titularidad de todo poder temporal e, incluso, abogó por una seria limitación a sus potestades de orden espiritual, negándole la infalibilidad personal que, sólo parcialmente, concedía al Concilio universal y, de un modo incuestionable, a la Iglesia universal, totalidad de los fieles.

La exaltada actitud antipapal indujo a Ockham a cuestionarse la conveniencia de modificar la estructura monárquica de la Iglesia por un gobierno aristocrático, ejercido simultáneamente entre varios papas de distintas nacionalidades. Tal ordenación, reveladora de posiciones ideológicas discordantes con la Revelación y con la Historia, viene a ser la reproducción eclesial del ideario político civil de Ockham respecto de una monarquía universal, garante de la paz, que debiera dejar paso a otro gobierno, también aristocrático, materializado en un colegio de príncipes nacionales, para ciertos momentos y necesidades coyunturales.

Según Ockham el ejercicio de todo poder, incluso el civil, está garantizado mejor mediante la coparticipación de opiniones y de facultades con las que poder compensar posibles desviaciones heterodoxas unipersonales. La fiscalización de las actuaciones papales por intérpretes de la voluntad de Dios, y la coestión de los asuntos públicos entre varios príncipes administradores del poder, residente en Dios y recibido del pueblo por especificación de sus magnates, permite ver en el pensamiento de Ockham cierta modernidad cuasi democrática, y significa también la expresión de su desconfianza en el hombre masificado.

Los «universales» no existen, vino a decir Ockham; suponer que existen en Dios ideas o universales es limitar su omnipotencia de alguna forma, porque ellos serían como prejuicios que le inducirían a operar en un sentido determinado.

Scoto, había expresado que la esencia divina se ama a sí misma, por lo que resulta contradictorio, y por ello imposible, que Dios hubiera podido establecer como bueno un orden ético basado en la regla del odio a sí mismo. Para Ockham la prohibición de odiar a Dios no es una derivación racional de la esencia de Dios, ya que la ley de contradicción no se opone a que Dios hubiese podido prescribir el odio contra sí.

Dijo Ockham que «Dios puede hacer muchas cosas que no quiere hacer». Esto significa el reconocimiento de que la voluntad divina se halla frenada por sí misma. En otro pasaje afirma el autor que «la voluntad divina quiere necesariamente su bondad y... no puede hacer el mal». Tales afirmaciones inducen a pensar que para Dios, el bien es lo que tiene prescrito al hombre, de modo que, este orden vigente es bueno y su presunto posible contrario es malo.

El mal existe pues para Ockham, limitando el poder divino, y existe como un universal de calidad similar a la de otros universales, que el propio Ockham había negado existieran en Dios. Véase cómo la sistemática filosófica de Ockham falla aplicada a la teología.

Posiblemente Ockham también afirmaba en su fuero interno las limitaciones que la propia bondad de Dios y el principio de no contradicción ejercen en su libérrima voluntad.

El exagerado voluntarismo divino de Ockham, se debió a un bienintencionado, pero mal estructurado, intento por elaborar una ética social y frenar las inconveniencias del papado. Los acontecimientos posteriores fueron limando asperezas a tan radicales afirmaciones del voluntarismo irracional de Dios, si bien su significación ética, contraria a toda autonomía moral humana, se fue abriendo paso en la práctica, mejor comprendida por los hombres, y degeneró en el positivismo jurídico o fundamentación de toda ley en la voluntad del legislador.

Puede decirse que Ockham asestó un duro golpe, a la estabilidad de un derecho natural que sirviera de criterio metapositivo racional de legitimidad.

TEMA 7

EL RENACIMIENTO. LA ESCOLÁSTICA ESPAÑOLA

I. EL RENACIMIENTO

El Renacimiento no puede considerarse como época de oposición ni de quiebra a esa larga noche oscura de la historia como, se ha calificado a la Edad Media. Por otro lado, según el país, se suele identificar la aparición del Renacimiento con algún hecho histórico significativo. Así, en España con el reinado de los Reyes Católicos, pero en todo caso, si alguna característica debe resaltarse como netamente renacentista, ésta debe ser la afirmación del hombre como ser individual; como ser dotado de conciencia racional que se erige en último y definitivo juez de su vida interior, de sus valores morales, de sus íntimas vivencias religiosas.

Durante la Edad Media, generalmente, el ser humano estuvo ampliamente sometido a la ética legalista creada por los teólogos que establecieron un esquema abstracto de ley moral. Más parecía ser el Derecho la expresión escrita, obligatoria, de la moral, por lo que la conducta humana, tenía como esquema externo la observancia de la letra de las leyes y la sumisión puramente exterior de los comportamientos a los criterios oficiales. La persona humana, como tal, quedaba oscurecida por la persona social.

En el Renacimiento los pensadores y moralistas predicaban que los criterios de valoración de las acciones residen en el interior de los hombres, en su conciencia, despojada de ataduras heterónomas. El principio de toda conducta es el mandato interior de la conciencia que nace del deber moral íntimamente asumido.

Este modo de ser y de entender la estancia de la persona en su mundo propio produjo los primeros intentos serios por distinguir las dos normativas más importantes que inciden en la voluntad libre de los hombres: la norma moral y la norma jurídica. Así la ley civil se entendía como instrumento de pacífica convivencia social, puesto que su función era ejecutar coactivamente la norma moral en aquellos que no la cumplían espontáneamente.

En cambio, la ley moral aparece como la interiorización de los propios valores que tienden a crear, de manera no coercible esa virtud, en el interior de cada persona, por la cual, obedeciendo a la ley moral se adquiere la categoría de «hombre bueno». Esta interiorización de la ley moral, eleva a la conciencia, a la categoría de supremo juez de cada persona.

Es posible que esta conciencia renacentista del hombre como ser autónomo y operante en su mundo, impulsara el humanismo naciente, la sensación de vivir dentro de un mundo para el hombre, de disfrutar de la naturaleza, de caminar hacia la propia realización.

La influencia de este humanismo, de este descubrimiento de lo individual como integrador de lo colectivo, llegó a realidades sociopolíticas importantes. Los pueblos, procedentes de la Edad Media, tendieron a

supervivir frente a otros pueblos, mediante su organización política en Estados, por medio de la unidad interna y la autonomía externa, una vez que fue abandonado el mito del Sacro Imperio.

II. LA REFORMA

No debe considerarse a la Reforma protestante como un movimiento filosófico, sino como un movimiento religioso o espiritual que, en ciertos aspectos, actuó conjuntamente con el Renacimiento y, en otros, marcadamente en contra.

El pensamiento escolástico anterior había logrado situar la razón humana en un plano no contradictorio con la Revelación. Con ello, y con la concepción de la Iglesia como una sociedad jurídicamente organizada coexistente con el poder civil, se había creado un equilibrio entre las exigencias sociales y políticas y las exigencias religiosas.

La mentalidad renacentista acentúa la necesidad de interiorizar los valores éticos en las personas frente al legalismo rígido de las normas, y el hombre es situado sobre la sociedad y la naturaleza en calidad de supremo juez e intérprete de sí mismo, lo que significó la valoración del humanismo, en su vertiente cristiana, siendo en esta línea humanista en la que viene concebida la Reforma.

El hombre racional debe ser el único intérprete de la palabra revelada, de forma que sea cada hombre racional quien entienda y desvele para sí mismo la voluntad divina; esto es lo que se conoce como el principio del *libre examen reformista*. Este subjetivismo interpretativo de la Revelación, predicado por la Reforma traerá como consecuencia inmediata la pluralidad de concepciones religiosas.

La aportación al individualismo que la Reforma pudo traer con su postulado de interiorización de la conciencia religiosa, y que por ello se la

haya podido calificar como avanzada del pensamiento moderno, quedó desvirtuada, a mi entender, por la fusión asignada al hombre mismo en la búsqueda y logro por su salvación eterna, tarea en la que no se reconoce a la persona ninguna participación activa.

La Reforma priva al hombre de su total autonomía cuando afirma que le resulta a todo cristiano completamente imposible salvarse según sus obras. Es la voluntad divina que, arbitrariamente, designa de antemano a cada persona su último y definitivo destino. El hombre nace predestinado, por lo que poco valen sus acciones en vida. Esta afirmación constituye la más evidente negación del humanismo, y muestra de la contradicción que supuso la Reforma consigo misma en lo que a humanismo se refiere.

1. Lutero (1483–1546)

Martín Lutero, parte en su concepción social, jurídica y política de un radical voluntarismo teológico y de una concepción pesimista del ser humano.

La criatura humana aparece a la vida radicalmente disminuida por su naturaleza corrupta desde el pecado original, incapacitada para obrar el bien por sí misma, y tendente a toda clase de maldades. Después de la Redención, el ser humano tiene la posibilidad de liberarse de este estigma natural y congénito, mediante la fe y la gracia divinas. Por el contrario, el infiel permanece incapacitado para todo tipo de bien.

Lutero, pues, distingue, entre dos tipos de personas, el justificado por la fe y por la gracia, es decir, el verdadero cristiano, y el infiel.

Así pues, el hombre *justificado* por la acción salvífica del Espíritu no necesita de las leyes positivas ni del Estado, puesto que, obedeciendo las leyes de Dios cumple espontáneamente el contenido de las normas

civiles, sin necesidad de obedecerlas.

En sentido contrario, el hombre que, participando del estigma pecaminoso originario, se mantiene en su naturaleza corrupta desasistido del Espíritu de Dios, sí necesita de las leyes positivas y, por consiguiente, del Estado.

De lo anterior se infiere que el Derecho, es decir, las leyes civiles tienen una entidad secundaria respecto a las leyes divinas. Los cristianos cumplen por sí mismos el bien y la justicia con mayor perfección que la que pueda derivarse de las mismas leyes civiles. Ahora bien, no son muchos los auténticos cristianos, de aquí que Dios someta a los hombres a un gobierno y a una espada, con objeto de obligarlos a que no utilicen su libre albedrío para el mal.

Tanto el gobierno como la espada, aparecen concebidos por Lutero como servicios de Dios a los hombres, lo que equivale a reconocer para el Estado y el Derecho un origen teocrático. De este voluntarismo teológico, Lutero deriva a un absolutismo político, cuando afirma que el príncipe, autor de las leyes, debe actuar gobernando por medio de su personal voluntad, ejecutora de la voluntad divina, por lo que la voluntad del gobernante, no debe tener límite en su acción ni, quedar sometida a la misma ley por él creada.

2. El iusnaturalismo de los reformadores

La Reforma, derivó en una sumisión ciega y desprovista de todo raciocinio, respecto a la ley divina positivada, como expresión incuestionable de la voluntad arbitraria de Dios, esta esclavización ciega en que queda el cristiano reformado no da, por tanto, mucho margen a la interpretación racional del derecho natural.

Ciertamente, los reformadores no niegan la existencia de una ley natural, sino que la identifican con la ley divina positiva, o sea, con la voluntad de Dios revelada. Únicamente cuando se percatan los pensadores protestantes de los peligros ocultos que encierran para el desarrollo de la vida civil, el voluntarismo teocrático de la Reforma es cuando comienza a reconsiderar el derecho natural como resultado de la deducción intelectual y no como imposición arbitraria de Dios, y a mirar el Derecho y el Estado como competencias propias del hombre negando las vinculaciones religiosas de estas instituciones civiles.

Lutero, concibe el Derecho natural como derecho común, inoperante entre los cristianos para quienes la verdadera ley es la expresada positivamente por Dios en la Revelación, quedando ese derecho natural específicamente aplicable a los infieles, como normas «naturales» que quedan superadas, para los cristianos, por el Decálogo y los Evangelios.

Para **Juan Calvino** (1509–1564) el derecho natural contiene unos preceptos, oscuros y difíciles de entender para el hombre, que se encuentra sumido en la ignorancia, el cual, aunque vagamente es capaz de diferenciar entre el bien y el mal, tiene serias dificultades para acoplar su comportamiento a tales sensaciones morales. Para suplir estas deficiencias operativas Dios ha dado su ley escrita, como testimonio cierto del contenido de ese derecho natural.

Es con **Felipe Melanchton** con quien se inicia la recuperación del iusnaturalismo clásico. La naturaleza humana, pese al pecado original, no ha perdido la facultad de conocer algunos principios universales de donde extraer razonadamente reglas prácticas para vivir rectamente, cuyos contenidos, se identifican con los preceptos del Decálogo.

Será **Juan Oldendorp** quien, equiparando este derecho natural con la «equidad», manifieste que debe inspirar el desarrollo del derecho positivo humano, aunque siempre dentro del marco de las verdades reveladas.

III. LA ESCOLÁSTICA ESPAÑOLA

A la Reforma, triunfante en los países sajones, se opusieron los países católicos fieles a Roma, principalmente España e Italia, no sólo con las armas sino con la cultura. La Contrarreforma, protagonizada por teólogos y tratadistas, tuvo su más genuina expresión en el Concilio de Trento que reforzó la disciplina eclesiástica y puntualizó los principios doctrinales del catolicismo.

Por esta época España había descubierto el Nuevo Mundo, se había envuelto en nuevas lides contra los países reformados, Alemania y Países Bajos, y en las llamadas guerras religiosas contra Francia personificando los monarcas españoles la función de defensores del catolicismo, este protagonismo español en el mundo tomó partida teológico-filosófica frente al voluntarismo protestante en Europa, lo que motivó que se insistiese en la función racional humana. Todas estas metas necesitaban de la apelación a la escolástica tomista, si bien adaptada a la nueva mentalidad.

A esta impronta cultural filosófica, teológica y política de renovación de la escolástica tomista, por ser genuinamente hispánica, se ha llamado escolástica española o segundas escolástica, y su característica principal fue saber compaginar la tradición tomista con las nuevas corrientes humanistas.

Los puntos básicos de la doctrina de la escuela española de derecho natural, son:

- El predicado de un origen divino para el derecho natural.
- La coexistencia del derecho natural y del derecho positivo, en íntima relación y complemento.
- El carácter objetivo y la vigencia del derecho natural, cuyos preceptos no son meras indicaciones morales sino preceptos de obligado cumplimiento.
- La universalidad, inmutabilidad y naturalidad de los primeros principios iusnaturalistas.
- La distinción teórico-práctica entre derecho natural y derecho de gentes por una doble vía: por su origen y por su contenido.

1. Francisco de Vitoria (1492–1546)

Vitoria es el más fiel seguidor de Santo Tomás, así la filosofía política de Vitoria parte de un elevado concepto filosófico-teológico del hombre, en la más pura línea tomista. Lo natural es lo que corresponde a la esencia misma de cada cosa, de forma que las esencias no dependen de la voluntad divina sino de su inteligencia. Esto quiere decir que la creación del hombre, aunque en el tiempo fuese un acto de la voluntad de Dios, no pudo ser realizado sino como fue querido por tal voluntad, pues el querer divino necesariamente sigue el orden de las esencias y cuantas veces fuese intentada la recreación del hombre, tantas otras habría de ser querido de igual manera, es decir, como persona racional, libre, responsable de sus actos y dotada de un alma inmortal.

La esencia derivada de la naturaleza «hombre» es idéntica en todos los individuos de la especie humana, de cuyo componente esencial dimanar los derechos naturales los cuales no pueden menoscabarse ni por el pecado original ni por los pecados particulares, repite Vitoria siguiendo a Santo Tomás.

De estos principios ontológicos deduce Vitoria la naturaleza social del hombre en su *Relección sobre la Potestad civil*. Basándose en la identidad de la respectiva naturaleza de cada hombre, Vitoria deduce que la naturaleza social del ser humano, es un hecho natural, derivado de la misma naturaleza y, por lo tanto, universal.

A Dios corresponde el gobierno del mundo, dirigiendo a los seres hacia sus fines naturales; Dios posee autoridad sobre la creación. La función de autoridad es el acto de dirigir las cosas hacia sus fines naturales. En el hombre individual esta función directiva corresponde a su intelecto. En el orden social, la ordenación de las cosas al bien común corresponde a la razón colectiva. Ante la imposibilidad de que la multitud ejercite la acción directiva social, se necesita la determinación de alguno o algunos a quienes encomendar la dirección de la sociedad.

Para Vitoria el origen de la sociedad civil es de derecho natural inmediato sin que medie pacto social alguno constitutivo, lo mismo ocurre con el origen del poder civil. Los administradores de la potestad no la reciben de Dios sino de la misma sociedad en que radica, la cual les encomienda la administración de la autoridad. La sociedad conserva siempre la potestad, independientemente de quien ejerce la administración de la misma, y puede en cualquier momento retirar la función administradora de la autoridad a quien se haga merecedor de descrédito. Vitoria, pues, admite un tipo de pacto social en cuanto al ejercicio de la autoridad, pero no en lo que se refiere al origen del poder.

2. Otros representantes de la Escolástica española

Para **Gabriel Vázquez**, la ley natural no es ya la participación de la ley eterna en la criatura racional, como definiera Santo Tomás, sino que identifica esa ley natural con la razón misma del hombre. Esta ley natural tiene un carácter meramente indicativo de lo que debe hacerse o evitarse, según los indicios racionales. Esto confiere a la ley natural, en Gabriel Vázquez, el carácter de ley moral indicativa de la bondad o maldad de las acciones, y que por radicar en la misma razón del hombre, implica la afirmación de la autonomía moral del ser humano. Pero además, para Gabriel Vázquez, este planteamiento significa la admisión de la existencia real de acciones y cosas intrínsecamente malas o buenas, así como de otras indiferentes por sí mismas. Por eso, dice, que ningún pecado es pecado porque Dios lo conozca como tal, sino que, Dios lo conoce como pecado, porque de suyo es pecado.

Gabriel Vázquez desvincula de esta forma todo derecho natural de Dios, en un alarde de laicismo racionalista que tendrá amplia aceptación en el iusnaturalismo moderno posterior.

Fernando Vázquez de Menchaca fue jurista y laico; en la más pura línea voluntarista ockamiana, Vázquez de Menchaca afirma que la razón humana es el medio por el cual Dios notifica a los hombres los preceptos de su absoluto arbitrio. La autónoma voluntad divina define la bondad o malicia, la justeza o injusticia, que el hombre descubre por su razón natural.

En esta concepción, la moral y el derecho naturales, por tener su fundamentación fuera de la misma naturaleza racional, dejan de existir como tales, pues todo se remite al voluntarismo divino injustificado intelectualmente. El hecho de que la razón humana pueda descubrir los mandatos divinos sobre el comportamiento humano, no confiere naturalidad a ese supuesto derecho natural, pues esa misma naturaleza racional es creación arbitraria de Dios.

En definitiva, las afirmaciones antes apuntadas equivalen prácticamente a la negación del derecho natural, aunque no fuera ésta la intención de este ilustre jurista de la escolástica española.

Francisco Suárez es el más prolífico autor de obras filosófico-teológicas, entre las que destaca su *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, conocida vulgarmente por *De legibus*.

Suárez trató de buscar en todo momento lo que de adaptable a la incipiente modernidad tuviesen todas las opiniones anteriores, por el deseo de búsqueda de la verdad que le estimulaba. Lo cierto es que, ante Suárez existía ya un cúmulo de posiciones doctrinales muy elaboradas de corte intelectualista o voluntarista, que le permitieron mirar con suficiente perspectiva histórica sus defectos o aciertos, así como analizar cuanto de aplicable o rechazable hubiese quedado patente en la práctica.

Lo que caracteriza a la Ley, según Suárez, es que, además de ser una ordenación de la razón al bien común, constituye un expreso acto de voluntad del legislador por el cual se impone prohíbe un determinado comportamiento. Esto supone una simbiosis de la postura intelectualista y voluntarista que, ha sido calificada como «la tercera vía» o como voluntarismo complementario.

En lo que se refiere a la ley eterna, viene a decir Suárez que ésta implica un acto racional divino para su

elaboración y otro acto voluntario divino para su implantación obligatoria.

Por lo que se refiere a la ley natural, Suárez expone que los contenidos de esta ley natural no son sólo meramente indicativos de lo bueno o malo, sino al mismo tiempo preceptivos, por cuanto imponen la obligación de realizar el bien y omitir el mal.

Finalmente, Suárez analiza la universalidad y vigencia de los principios contenidos en la ley natural y afirma que la razón humana conoce espontáneamente los primeros principios, cuya validez es universal, si bien admite una posible ignorancia de los principios derivados, menos evidentes.

Respecto a la vigencia histórica o sociológica de la ley natural, Suárez afirma que puede dejar de aplicarse en algunas circunstancias sociológicas o momentos históricos de la humanidad, si varía el sustrato social sobre el que incide la ley natural. Esto no significa derogación de la ley natural en estas situaciones o circunstancias citadas. También la ley positiva puede dejar de aplicarse por mudanzas sociológicas sin que tal ley deje de existir por ello. Pero puede ser que la ley positiva pueda dejar de aplicarse por cambio sustancial de la propia ley, modificación parcial, etc. Esto último, no puede ocurrir con la ley natural, cuya esencia permanece inalterable, pese a su adaptación a los tiempos y circunstancias.

TEMA 8

EL RACIONALISMO

I. INTRODUCCIÓN

Racionalista es todo intento por despojar los conceptos, las vivencias y las demás realidades de componentes explicativos extraños a la misma realidad humana que requieran credibilidad por parte del hombre. El racionalismo, más que una doctrina es un sistema de entender y vivir todas las realidades que nos rodean, entre ellas la más importante, el hombre mismo. Y precisamente porque, en honor a esta razón o intelecto, se ha usado y abusado sobradamente para calificar como racionalismo tantos y tantos otrosismos que no lo son, es porque hoy se comprende mejor que el racionalismo no sea el mero y simple uso de la razón sino el abuso de ella.

El racionalismo ha estado presente en la historia del pensamiento humano desde Parménides hasta hoy, si bien ciertas épocas han sido calificadas de racionalistas y otras no. Los siglos XVII y XVIII, han merecido la calificación de racionalistas. En esta época se darán una serie de coincidencias, entre las que cabe destacar las siguientes.

En primer lugar, a comienzos del siglo XVII la humanidad culta, (Europa), se encuentra inmersa en un proceso de afirmación humanista, iniciado desde la baja escolástica, tras un larguísimo período de eclipse del hombre individual en la uniformidad político-religiosa que supuso el medievo. El Renacimiento supuso la decidida iniciación de esta concienciación del hombre en el mundo. La Reforma significó el atrevimiento humano por interpretar individualizadamente la palabra de Dios. El hombre reclama más insistentemente la explicación racional de su propio entorno y su propia presencia activa en la Historia, se consolida el pluralismo religioso, aparecen las nacionalidades con entidad autónoma unas de otras y en pugna por la conquista de los mares y el comercio. Todo es individualismo en lo personal y en lo social, lo que produce que la humanidad inicie una etapa de afirmación racionalista que, en definitiva es, consecuencia de la prevalencia de lo humano frente a otros órdenes anteriores.

En segundo lugar, la teología tendrá su propia parcela en el saber, distinta de la filosofía, la fe abarca un campo propio y la razón el suyo, el derecho se identifica con el comportamiento externo del hombre y la moral con la interioridad personal de cada uno, el derecho natural derivado de la propia naturaleza sustituye al derecho natural fundamentado en la voluntad divina.

Por último se inicia la revolución científica, este será el siglo de Francis Bacon, Kepler, Galileo, Descartes, Pascal, Torricelli, Newton, etc; los sabios se relacionan entre sí con mayor intensidad y, aunque las consecuencias políticas de esta revolución científica no se dejen sentir inmediatamente, sí engendran una exagerada concepción del mundo y sus realidades «more matemático».

II. HUGO GROCIO (1583–1645)

Grocio considerado como fundador del moderno derecho natural, cuya exposición manifiesta en su obra más importante, *De iure belli ac pacis*.

Su concepción del derecho natural obedece, más que a una elaboración iusfilosófica, a la preocupación por encontrar algún orden jurídico que, estando por encima de los Estados, sirviese como norma reguladora de sus actuaciones y, de este modo, lograr la paz en convivencia mutua.

Grocio concede a la razón del hombre la cualidad de dictaminar, por un proceso lógico, la adecuación o disconveniencia, en cada caso, de las acciones humanas con la naturaleza, que es la misma en todas las personas.

Si la naturaleza racional y social humana es el único criterio de valoración por adecuación o disconveniencia de los actos con relación a ella, esto quiere decir que la naturaleza queda constituida como fundamento del derecho natural, aunque sea Dios su remota fundamentación porque es el creador de tal naturaleza.

Para Grocio, el derecho natural tiene un contenido indicativo o moralizante y no constituye un auténtico precepto obligatorio, es decir no es auténtico derecho. La razón emite un juicio de valor cuya estructuración no contiene la característica de la obligatoriedad sino simplemente la emisión de un enunciado axiológico sobre la torpeza o necesidad moral de una acción. De aquí que, este derecho natural es más bien una norma moral que una ley natural, un *desiderátum* y no un precepto.

En otro orden de temas' Grocio se refiere a la sociabilidad humana como elemento natural del hombre, con lo que sigue la línea tradicional del iusnaturalismo. Para entrar en sociedad, Grocio explica que los hombres realizaron un pacto natural entre ellos, para lograr la convivencia pacífica y el disfrute de los bienes mediante la colaboración mutua entre todos, *pacto de unión* que, por ser efectuado en el estado natural, tuvo un carácter natural. Posteriormente, ante la necesidad de sometimiento a un orden civil o político, históricamente se dio el *pacto de sujeción* por cuya virtud van naciendo distintos Estados, distintas formas de gobierno, y no de modo natural sino por derecho positivo.

III. THOMAS HOBBS (1588–1679)

1. Concepción sociopolítica

El hombre no es social por naturaleza sino por necesidad de supervivencia. Más que a asociarse, los hombres tienden a soportarse mutuamente, porque, al tener la misma igualdad natural, las mismas necesidades y el mismo concepto de libertad como ausencia de obstáculos para satisfacerlas, el hombre se constituye como enemigo del hombre, estableciéndose así la guerra de todos contra todos.

Necesariamente se impone poner coto a tal desorden mediante un pacto social que, mediante cesión de las libertades humanas, haga surgir una autoridad con poder bastante sobre los hombres. El pacto social aludido se celebra entre los mismos hombres, o entre éstos y el Estado que no existe todavía. El Estado es una creación humana, nacida del pacto social, por lo que no tiene un origen natural sino artificial.

A esta entidad superhumana creada artificialmente, detentadora por cesión voluntaria de todas las libertades naturales de que gozan los hombres, Grocio llamó el Leviatán.

El Estado, así concebido, es el detentador de todo poder y jurisdicción, dictador de las leyes, ejecutor y garante de las mismas, con la sola finalidad de asegurar el orden y la justicia estatal derivada del mantenimiento de este orden. El único criterio de legitimidad de lo moral y de lo jurídico es el voluntarismo de Estado. Es la autoridad y no la verdad la que hace ser ley a la ley. Las leyes no son injustas si provienen del Estado; las normas no son inmorales si el Estado las prepara; en ambos casos, con la sola finalidad de asegurar el orden entre los hombres, por el uso de la fuerza.

La única limitación a tan absoluto poder es el incumplimiento del motivo que lo hizo nacer. Si el Estado no puede garantizar el orden y la paz en la sociedad queda despojado de su entidad como tal, dando lugar a un nuevo pacto creador de otro Leviatán más capaz y más fuerte.

Con esta concepción sociopolítica, Hobbes ha sido considerado como el prototipo del absolutismo por haber tomado decidida opción por la seguridad, en la eterna dialéctica que ésta mantiene con la libertad. El polo opuesto lo representará Locke, el cual fue calificado como precursor y representante del liberalismo político.

2. Iusnaturalismo en Hobbes

Para Hobbes, el derecho proviene de la autoridad. Así en el estado de naturaleza del hombre, dice Hobbes que no hay justicia ni injusticia porque no existe el Derecho, y la injusticia o la justicia requieren de un sistema legal previo.

De las obras de Hobbes, puede deducirse que el valor de la propia vida e integridad física es el supremo valor natural en el estado de naturaleza, los animales tienden instintivamente a protegerse a sí mismos contra toda injerencia que pueda poner en peligro su cuerpo y su territorio. El hombre concentra este instinto animal a través de la razón que «descubre» esta «norma general». Pero el comportamiento es idéntico: la defensa de la propia vida, de las partes del cuerpo humano, y de tantas otras situaciones entre las que cabe incluir la defensa de la propiedad. Por tanto, lo que el hombre ha descubierto, es pues que se comporta igual que los animales, que es un lobo para el hombre.

Por lo tanto, «si las leyes no nacen de la verdad sino de la autoridad», la única autoridad posible en el estado de naturaleza sería la razón de la fuerza, que es la autoridad más irracional de todas. No cabe, pues, entender rectamente en Hobbes una referencia a derecho natural alguno en dicho estado natural.

La otra posibilidad de derecho natural cabría en el estado civil, al que accede el hombre por pacto con el hombre, por haberse apercibido racionalmente que no puede subsistir en el puro estado de animalidad.

Así nace el Estado, mediante la cesión de todos los derechos naturales, por medio de un pacto. El Estado, titular de todas las libertades humanas, opera absolutamente para garantía del orden, y la razón de Estado es la razón de su autoridad. El Derecho es válido solamente por voluntad del Estado, que puede supeditar el contenido de otros preceptos naturales como no robar o no matar a lo que el derecho positivo determine sobre su contenido. Esto es positivismo jurídico del más puro estilo.

Por tanto en Hobbes, podemos hablar de positivismo racionalista, pero no de iusnaturalismo racionalista.

IV. BARUCH SPINOZA (1632–1677)

1. Concepción sociopolítica

Como en Hobbes, el hombre se encuentra inseguro en su primitivo estado natural, pero para Spinoza, cada individuo posee un derecho supremo a todo lo que pueda alcanzar. El derecho no tiene más limitación que lo imposible y, por supuesto, en esta situación, derecho se identifica con poder, fuerza. La fuerza de cada uno define y la amplitud de sus derechos que le corresponden por naturaleza. Es la situación del pez grande que se

come al pez chico, de donde, por imperativo racional, se impone la subordinación, por igual para todos a un máximo poder, mediante un pacto entre los hombres.

Ahora bien, esta suprema fuerza no es justamente el Leviatán de Hobbes. Por un lado, el Estado nace, según Spinoza, para hacer posible el disfrute en paz de los derechos naturales que los hombres no podían disfrutar en soledad. Mientras que en Hobbes el derecho natural cede su lugar al derecho positivo, en Spinoza el derecho positivo dimanante del Estado es la condición para que el derecho natural se realice efectiva y racionalmente.

Por otro, así como en Hobbes había una cesión total de libertades al Estado por parte de los súbditos, Spinoza afirma que existen derechos personales que nadie, aunque quisiera, podría ceder. Se refiere concretamente a la libertad de pensamiento y de expresión, que es una esfera de libertad intangible, a la que el Estado se muestra interesado en respetar.

Spinoza no predica la obediencia ciega a las normas del Estado, como Hobbes; dice que los súbditos no deben mantener una actitud de constante crítica sobre la justicia o injusticia de las decisiones estatales, pero sí deben y pueden manifestar pacíficamente sus convicciones éticas y religiosas, siempre que no hagan peligrar la tranquilidad pública. Spinoza fue expulsado de la comunidad judía debido a sus ideas heterodoxas.

Aun propugnando un Estado fuerte, como el de Hobbes, Spinoza lo fundamenta no sobre el miedo sino sobre la razón de los hombres que ven en él el instrumento de sus libertades. La libertad, señala Spinoza, es justamente el fin del Estado. He aquí su radical diferenciación con la tesis de Hobbes.

2. Iusnaturalismo en Spinoza

Spinoza identifica la naturaleza con Dios, son una misma cosa. Por eso la naturaleza participa de la libertad y del poder divinos. De esta identidad, Spinoza deduce una dualidad de derecho natural objetivo que es lo que por naturaleza sucede, aquello por lo que las cosas son lo que son y no pueden ser de otro modo. Frente a éste, señala un derecho natural subjetivo que identifica con la fuerza: el derecho de la naturaleza llega hasta donde llega su poder.

En la naturaleza humana encontramos *razón y pasiones*. Si los hombres siguieran solamente los dictámenes de su razón, el derecho natural sería el poder de la razón. Pero no es así, obedecen más a sus pasiones los hombres que a su raciocinio, por ello Spinoza señala que también es derecho natural la fuerza o el poder de las pasiones, la guerra, los odios, la ira, etc.

Consecuentemente cada persona estará sujeta al «derecho» de otra mientras las pasiones de ésta sean dominantes sobre las de aquélla y será libre o «*sui iuris*» cuando pueda repeler con «su fuerza» las pasiones de los demás. Por eso Spinoza afirma que «el hombre, guiado por la razón, es más libre en el Estado, donde vive según la norma común, que en soledad». Por eso la libertad es justamente el fin del Estado.

TEMA 9

EL SIGLO XVII: PUFENDORF, LOCKE

I. SAMUEL PUFENDORF (1632–1694)

Pufendorf se propuso la construcción de un Derecho natural que quedase por encima de cualquier creencia religiosa, cuyo fundamento, debía quedar al margen de toda revelación. Sin embargo, se separa claramente de la doctrina del pensador holandés y de la tradición intelectualista de la escolástica. Aun cuando la naturaleza del hombre constituye el punto de partida para la construcción del Derecho natural, ésta no tiene carácter necesario siendo simplemente una creación contingente de la voluntad divina, es decir, Dios pudo haber creado la naturaleza del hombre de un modo diverso. Por tanto, Pufendorf mantiene una actitud decididamente

voluntarista.

El método utilizado para la construcción del Derecho natural consiste en observar la naturaleza humana tal y como ésta se presenta en la realidad histórica. A partir de aquí, Pufendorf se dedica a examinar empíricamente la naturaleza humana en la que encuentra, junto al instinto de conservación que es común al hombre y al resto de los animales, la *imbecillitas* que es la debilidad o situación de desamparo en que se halla el hombre sin la asistencia de sus semejantes. Para vencer esta situación de desamparo lo único que puede hacer el hombre es ser sociable; la *socialitas* es otra de las características fundamentales de la naturaleza humana, pero, ésta no se trata de una tendencia o instinto natural como ocurría en Grocio, sino que es simplemente una facultad de ser social.

De este modo, todo lo que contribuya a esta *socialitas* debe ser tenido como prescrito por el Derecho natural; por el contrario, todo lo que la perturbe debe ser considerado como prohibido por el mismo Derecho. Par-tiendo de este principio se procede a una deducción racional del resto de los preceptos que integran el Derecho natural.

Pufendorf distingue, en la situación del hombre dos estados diferentes El *status naturalis* todos los hombres son iguales. Pufendorf extrae de las Sagradas Escrituras que el estado de naturaleza no ha tenido, una existencia real, pues éstas «nos enseñan que todos los hombres descienden de dos personas unidas por el vínculo conyugal» y que, por tanto, formaban ya una pequeña sociedad. El paso del estado de naturaleza a la sociedad civil se realiza a través de un pacto por el que los hombres tratan de poner fin a la sensación de inseguridad que reinaba en el *status naturalis*. Pero, en cualquier caso, el Estado debe respetar los derechos que los hombres tenían en el estado de naturaleza y es «la expresión de la voluntad de todos de un modo general». No debe considerarse a Pufendorf como un defensor del absolutismo.

Pufendorf inicia la distinción entre la Moral y el Derecho, considerando que la primera afecta al comportamiento interno del hombre, mientras que el segundo tiene por objeto las acciones externas del ser humano. Por otra parte, mientras que en el Derecho está presente la coacción, ésta no aparece en el ámbito de la Moral.

La obra de Pufendorf tuvo una especial importancia por su carácter sistemático e influyó en los movimientos codificadores europeos y, singularmente, en el Derecho general prusiano.

II. JOHN LOCKE (1632–1704)

Locke parte de la base de que para comprender bien en qué consiste el poder político y para remontarnos a su verdadera fuente, es necesario considerar cuál es el estado en que se encuentran naturalmente los hombres, este estado es para Locke, aquel en que los hombres gozan de una completa libertad; al mismo tiempo es un estado de igualdad en el que «todo poder y toda jurisdicción son recíprocos». Pero tal estado no constituye el reino de la pura fuerza, sino que en él el hombre está sujeto a la ley natural por la que todos se gobiernan, ley natural que coincide, según Locke, con la razón.

Por consiguiente, el hombre en el estado de naturaleza es titular de unos derechos (naturales) cuya defensa le viene encomendada a él mismo ya que no existe ninguna autoridad superior, es decir, cada individuo es juez y ejecutor de la ley natural.

Por otra parte, el estado de naturaleza que describe Locke, se trata de un estado en el que prevalece la razón y en el que reina la paz y la concordia, es decir, el estado de naturaleza precede simplemente a la organización política, pero no es un estado presocial, sino tan sólo prepolítico.

Así las cosas, la razón por la que los hombres abandonan este estado de completa libertad para construir la sociedad política es –según Locke– la falta de garantía en el disfrute de los derechos naturales, disfrute que se

encuentra «expuesto constantemente a ser atropellado por otros hombres...». Por tanto, la finalidad del Estado será la de garantizar a todos los individuos el pacífico goce de sus derechos y, especialmente, proteger sus propiedades.

El instrumento para pasar del estado de naturaleza a la sociedad civil es el pacto; a través de él los hombres no hacen renuncia a sus derechos; por el contrario, éstos se ven reforzados por el Estado y, en todo caso, la comunidad conserva el poder que ha delegado, en el caso de que se produzca un exceso que conlleve la negación de las libertades y propiedades de los individuos.

Por lo que se refiere a la organización del Estado, Locke distingue tres poderes diferentes. En primer lugar, el **poder legislativo** que es el más importante. A través de él se procurará la protección de los derechos naturales de los individuos. Las leyes positivas «sólo son justas en cuanto que están fundadas en la ley de la Naturaleza...», lo que quiere decir que el poder legislativo no es absoluto; los derechos que el individuo poseía en el estado de naturaleza no pueden ser conculcados.

En segundo lugar, el **poder judicial** cuya misión es hacer cumplir lo que establece el poder legislativo. Ambos poderes deben estar separados para conseguir una mayor eficacia y para controlarse mutuamente. Existe, por último, lo que Locke llama el **poder federativo** al que se encomienda la representación del Estado y las relaciones internacionales y cuya titularidad corresponde directamente al monarca.

Lo que resulta claro es que el pueblo confiere siempre un poder limitado que, en ningún caso, puede atentar contra los derechos que el hombre tenía en el estado de naturaleza. Sí se produce una extralimitación en el ejercicio del poder encontrándose los ciudadanos en una situación límite, se justifica lo que Locke denomina la llamada al cielo en virtud de la cual el pueblo recobra de un modo automático el poder que transfirió siendo libre de otorgarlo a un nuevo titular.

En relación con el tema de la religión Locke se muestra partidario de la tolerancia, haciendo una clara separación entre la sociedad civil y la sociedad religiosa. Esta última es completamente independiente de la primera.

Locke con sus ideas, sentó las bases de la doctrina de la separación de poderes que más tarde desarrollaría de una forma más acabada Montesquieu. Ahora bien, no hay que olvidar que Locke con la defensa a ultranza del derecho de propiedad hizo que sólo fuesen miembros de pleno derecho de la sociedad civil, aquéllos que efectivamente poseían bienes.

TEMA 10

EL ILUMINISMO: THOMASIUS, MONTESQUIEU

I. EL ILUMINISMO

1. Racionalismo pragmático

El racionalismo del siglo XVII se caracteriza por ser puramente especulativo. La razón se concibe como la facultad por la que es posible alcanzar los primeros principios del ser mediante la descomposición de lo complejo hasta llegar a lo simple y, después, desde estos primeros principios, reconstruir la realidad.

El iluminismo, por el contrario, persigue una aplicación práctica de este proceso racionalista. Así, la razón, como algo humano que es, no tiende al descubrimiento de ideas primarias, sino que se va desarrollando con la experiencia y se constituye en una fuerza para transformar la realidad. El iluminismo confía en el poder de la razón orientada hacia metas prácticas, con la intención de mejorar la condición humana por medio de unos principios racionales, extraídos del análisis crítico de los hechos.

2. Optimismo racionalista

El iluminismo cree que es posible la reorganización social mediante principios elaborados por la razón inducidos, bien por la experiencia de los sentidos, o bien deducidos apriorísticamente de las ideas de la razón misma. Es imprescindible, se dice, despojar todo conocimiento de lo que no sea justificable por la razón.

3. Historicismo crítico

El iluminismo considera que la historia, tal como es, no es una forma necesaria en la evolución de la humanidad, ésta hubiera evolucionado mejor con otra historia diferente, y no con los hechos tal y como han sucedido, que son errores explicables porque la razón, en épocas pretéritas, careció de suficiente poder para adaptar los hechos a las realidades.

El racionalismo práctico, el optimismo exacerbado respecto de la razón y la interpretación racionalista de la historia, constituyeron una mentalidad universal de cultos e ignorantes, nobles y plebeyos, científicos y filósofos y, en general, del pueblo llano, a lo largo del siglo XVIII, principalmente en Alemania, Inglaterra, Holanda, Francia e Italia.

II. CHRISTIAN THOMASIIUS (1665–1728)

1. El Derecho natural, desde una fundamentación teológica a una inmediatez racionalista

Thomasius evolucionó iusfilosóficamente desde su primera época de las *Institutiones* a otra segunda etapa, la de los *Fundamenta*, ya sin influencias pufendorbianas.

En las *Institutiones* el Derecho natural es *ley escrita en el corazón de todos los hombres*, concepto que alude a Dios como fuente inmediata del Derecho natural. En su primera etapa, pues, Thomasius participa de la voluntarista fundamentación teológica del Derecho natural.

En los *Fundamenta*, en cambio, el Derecho natural se conoce sin ninguna referencia a la revelación, es la razón individual la que descubre y fundamenta el Derecho natural y todo lo que a la razón se oponga es un prejuicio. La referencia a Dios como autor del Derecho natural es silenciada, si bien Dios queda como autor de la Naturaleza y, por lo tanto, también de la naturaleza humana, pero tal referencia queda difuminada.

2. Los tres órdenes del comportamiento: lo moral, lo político y lo jurídico

Thomasius distingue tres órdenes o sistemas normativos del obrar humano, que tienden uniformemente a conseguir la mayor felicidad en la vida, para lo cual se ha de vivir honesta, decorosa y justamente. He aquí los tres órdenes normativos, **lo moral, lo político y lo jurídico**, respectivamente. Los matices de la esencia de lo honesto, de lo decoroso y de lo justo, pueden esquematizarse del siguiente modo:

a) **Lo honesto**, identificado a **lo moral** o ético, proviene del principio *hazte a ti mismo lo que quieres que los demás se hagan a sí mismos*. Esta norma de comportamiento nace y revierte en el sujeto mismo, carece de alteridad, por lo que no genera más que una obligación también interna que nadie, más que el propio sujeto, puede exigir.

b) **Lo decoroso**, sinónimo de **lo político**, se nutre del principio *haz a los demás lo que quieras que los demás hagan contigo*. Esta norma de comportamiento requiere la existencia de, al menos, dos partes relacionadas entre sí, por lo que su carácter esencial es la bilateralidad. Esta norma regula las relaciones con los demás y tiende a alcanzar la benevolencia ajena.

c) **Lo justo**, equiparable al **Derecho**, proviene del principio *no hagas a los demás lo que no quieras que*

hagan contigo. Esta norma, igualmente, es transitiva, además, prohibitiva, y se refiere a aquellas relaciones externas e intersubjetivas que tienden a asegurar la paz externa y que, por afectar a la tranquilidad social, son coercibles.

Es evidente que en la práctica no se da tan tajante separación de las esferas interna y externa del individuo, pero Thomasius pretendía con ello llevar a la práctica su convencimiento intelectual de que sólo los deberes jurídicos son coercibles por regular un comportamiento externo que afecta a la paz social. De aquí que los actos, cuya raíz se hallan en la conciencia del hombre, no están sujetos a ninguna coactividad política ni eclesiástica. Por tanto, la libertad de pensamiento y de religión ha de ser garantizada por el poder político y el eclesiástico.

Thomasius analizó el comportamiento humano desde una triple vertiente que hoy, podríamos calificar como la psicológica, la social y la jurídica.

Lo *honesto* en Thomasius coincide con el concepto actual de moral individual, normativa íntima y personal de cada persona. Ciertamente nuestro mundo interior, esa normativa íntima y personal, sólo a nosotros mismos nos obliga y constituyen nuestro tribunal de la conciencia y la norma rectora de nuestro comportamiento. Por ello, todas aquellas otras normativas externas que nos vinculan como seres relacionados y en sociedad (normas y usos sociales, vínculos culturales, obligaciones jurídicas...) tenderán a ser respetadas en relación directa a su identificación con nuestros criterios éticos personales.

Lo que ya no puede compartirse con Thomasius, es que la esfera de lo moral individual sea un mundo cerrado, que su finalidad y sus efectos y no trasciendan, pues tanto el hombre honesto de Thomasius como el hombre ético de hoy, con su conducta individual concienciada, están contribuyendo a la realización de un determinado orden social al que el Derecho no es ajeno por lo que respecta a la legitimidad de sus normas ni en lo que atañe a su función legalizadora del sentir popular.

Thomasius consideró el Derecho, como un conjunto de normas coactivas de carácter negativo o prohibitorias, señaló la coactividad como la nota esencial del Derecho, pero no matizó a esta coactividad como *institucionalizada*, para diferenciarla de la coerción que conllevan otras situaciones, usos y prácticas sociales así como otros tipos de presiones con que son asumidas algunas normas éticas.

Thomasius al asignar como especificidad del Derecho las normas de contenido prohibitivo y excluir las de contenido permisivo, procedimental, administrativo, etc., que también pertenecen al orden jurídico, redujo lo jurídico a normativas de no hacer, evitar, abstenerse, etc., sustentando así la concepción liberal del Estado, exclusivamente competente para salvaguardar la personalidad de sus ciudadanos, y construido sobre la dejación de gestiones a los particulares.

En cambio, la asignación al Derecho de competencia reguladora de obligaciones de dar y de hacer, de normativizar competencias, atribuciones y procedimientos, presupone una idea de Estado, también preocupado por el bienestar y las buenas costumbres de sus ciudadanos, además de garante de sus libertades.

III. MONTESQUIEU (1689–1755)

1. Lo sociológico frente a lo filosófico; el ser frente al deber ser

Montesquieu rechaza el método apriorístico de los ilustrados e intenta elaborar una verdadera física de las sociedades humanas. Partiendo de la comparación real de los Estados que había visitado, realiza un análisis histórico del que extrae su teoría sobre las leyes, las formas de gobierno y los poderes del Estado.

2. La naturaleza de las cosas como fundamento de la Historia y del Derecho

Junto al concepto tradicional de ley, destaca Montesquieu otro concepto científico–natural de ley en su más amplia significación, afirmando que las leyes son «las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas».

Todos los seres tienen sus leyes, desde la divinidad hasta las cosas, desde los animales hasta los hombres. La naturaleza de las cosas motiva que, de ellas mismas, se deriven unas relaciones necesarias que son estas leyes en sentido amplio a las que deben ajustarse las leyes en sentido estricto o leyes normativas.

El concepto Naturaleza, al referirse a la naturaleza de las cosas, es tomado por Montesquieu como un conjunto de realidades físicas, y de realidades históricas. La norma jurídica es así una adecuación a las realidades naturales en cuanto se ajusta a las relaciones necesarias que dimanen de ellas. Pero la misma norma jurídica es, en sí, una realidad más que influye en la vida política y social, que hay que estudiar de forma empírica y científica, y no como un valor que debe presidir la vida.

Por todo ello, la función del legislador es comprender e interpretar la naturaleza, el sentir general de su pueblo mediante la utilización del raciocinio. De aquí que la ley, en general, sea la razón humana en cuanto que gobierna a todos los pueblos de la tierra, así como que las leyes políticas y civiles de todas las naciones no deban ser sino casos particulares en los que se aplica esta razón humana.

3. El iusnaturalismo historicista de Montesquieu

Para Montesquieu, de la naturaleza de las cosas nacen unas relaciones necesarias o leyes en sentido de la naturaleza, a las cuales, las leyes positivas deben ajustarse, y como la razón de este ajuste de las leyes positivas a las leyes de relación entre las cosas, se extrae de la historia misma de las cosas, debemos concluir que Montesquieu se orienta hacia un iusnaturalismo historicista.

Ahora bien, el historicismo de Montesquieu no implica, sin más, aceptación de lo empíricamente dado, pues el hombre es capaz no solo de volverse contra las leyes divinas sino contra las leyes que a sí mismo se haya dado. El iusnaturalismo en Montesquieu consiste en admitir que existe una referencia superior a la norma positiva, que está en la naturaleza de las cosas manifestada históricamente y, sobre todo, en la necesidad de adaptación de la norma positiva a las leyes de relación que dimanen de las cosas mismas.

4. La justicia como relación de convivencia. La libertad como derivada de la naturaleza de la ley

Para Montesquieu, la justicia no aparece como una virtud, ni depende de las convicciones humanas que se tengan, afirma que tendría que haber justicia, aunque Dios no existiese, pues en definitiva, la justicia es la «relación de convivencia que existe realmente entre dos cosas».

Como principio de constitucionalismo moderno y del Estado de Derecho, Montesquieu resalta que todo Estado, la libertad política no puede consistir en hacer lo que se quiera. Se supone que la ley es justa por haber sido elaborada racionalmente y estar ajustada a la realidad histórica del momento, por ello, esa libertad no puede consistir más que en poder hacer aquello que se debe querer y en no ser obligado a hacer aquello que no se debe querer.

Lo cierto es que no es original Montesquieu en su apelación a la naturaleza de las cosas para razonar la existencia de una instancia superior al Derecho positivo. Como un rechazo del racionalismo abstracto del siglo de las luces, Montesquieu supone la afirmación de ese iusnaturalismo amplio, cuya línea doctrinal ya estaba en el concepto aristotélico de, lo justo natural o en la doctrina de la *natura rei* de la escolástica medieval intelectualista, así como en la fundamentación objetiva de la moral natural de la escolástica española.

TEMA 11

EL PENSAMIENTO FRANCÉS DEL SIGLO XVIII. ROUSSEAU. LAS DECLARACIONES DE DERECHOS

I. EL PENSAMIENTO FRANCÉS DEL SIGLO XVIII

El siglo XVIII francés significó el desarrollo de las inquietudes sociales, políticas y jurídicas, que bullían en aquel país que culminarían violentamente en el estallido de la Revolución francesa sepultando el absolutismo.

1. Mutaciones sociológicas

La **burguesía** industrial y mercantil había adquirido progresivamente un considerable incremento e influencia sociales a costa de la aristocracia, originando con ello la aparición de nuevos problemas sociales y políticos. Conjuntamente, la **monarquía** absolutista había ido perdiendo su propio prestigio e iniciado una decadencia desde la desaparición de los signos de grandeza de Luis XIV. Igualmente la **sociedad** francesa se había separado de sus instituciones políticas, por lo que añoraba la reimplantación modernizada de aquellas instituciones feudales –los Parlamentos y los Estados Generales– que fueron desautorizados en el siglo XVII porque limitaban el poder real.

2. Añoranza del modelo inglés

Inglaterra en el siglo XVII había logrado la victoria del Parlamento contra las pretensiones absolutistas de los Estuardo y renovado las antiguas libertades del pueblo inglés, mediante la modernización de sus viejas instituciones políticas y jurídicas que, en su tiempo, sirvieron como garantía de aquellas libertades populares. Por ello, para algunos intelectuales iluministas, filósofos y la burguesía franceses esta experiencia inglesa constituía un modelo a imitar.

3. Ansiedad de renovación

En todos los órdenes, social, moral, económico, religioso, político y jurídico, todo el pueblo francés, excepto doscientos mil privilegiados de la nobleza y el clero, componían le *Tiers-Etat*. Todos clamaban por una revolución total, habiendo digerido a su modo, la obra de los filósofos que se movían en un iusnaturalismo subjetivista, mezcla del racionalismo alemán de la escuela del Derecho y del empirismo utilitarista inglés.

Esta renovación socio-política habría de ser llevada a término por el *pueblo* y tendía al nacimiento de una nueva sociedad que, haciendo tabla rasa del antiguo régimen absolutista, se inspirase en la esencia iusnaturalista del *estado social de naturaleza*.

4. Regulación jurídica, cierta y universal

Una de las reivindicaciones sociales revolucionarias más defendida por todas las personas y clases populares fue la de conseguir unas leyes iguales para todos, vinculantes también para los poderes del Estado, incluido especialmente el poder judicial.

Ansiaban los franceses, derogar el ordenamiento jurídico del absolutismo; sustituir dicho ordenamiento jurídico por una legislación clara, uniforme y precisa, emanada de la voluntad social gobernadora de sí misma y dotada de la facultad de crear y modificar sus leyes; también se consideraba imprescindible delimitar el poder de los jueces, suprimiéndoles la función interpretativa de las leyes, pues interpretar la legislación significaba, casi siempre, corromperla. Esta pretensión llevaría más tarde a la codificación.

5. Influencias iusnaturalistas

Hay que matizar el influjo que pudieron tener las ideas iusnaturalistas en el pueblo francés, pues, pese a no

estar rechazadas socialmente, dichas ideas por inexistentes, sí lo fueron por inoperantes.

Por una parte, se había renunciado, ya desde Rousseau, a la aspiración de regular las relaciones humanas y de elaborar las leyes positivas según el orden natural divino.

Los fisiócratas, que ejercieron notable influencia, afirmaban un orden natural, equivalente a la ley eterna de los escolásticos, si bien lo identificaban con el ideal del utilitarismo, dejando a la razón humana, la función redescubridora de ese orden natural. Pero, desde el momento en que esta razón humana descansaba en la *voluntad general*, el postulado del derecho natural objetivo se debilita y comienza a ser suplantado por un iusnaturalismo subjetivista, democrático.

Frente a ello, *Voltaire*, con indudable repercusión social, se mantuvo contradictorio exaltando el derecho natural unas veces, y notablemente escéptico otras.

Diderot negaba la existencia de derechos naturales verdaderamente inalienables, pues habían sido superados en beneficio de un Derecho de la sociedad. Igual actitud negadora sostenían los materialistas, para quienes la moralidad debía ser obra del legislador, quien, por medio del Derecho, encauzase el natural egoísmo humano hacia el interés general.

Así pues, la sociedad llana francesa del siglo XVIII, acabó por sustituir el ideal iusnaturalista objetivo por unas leyes naturales fijadas por la voluntad general democráticamente ignorando el orden natural con una actitud utilitarista y racional, que prefería la fijeza y certeza de un orden positivo a dárselo por sí misma y a sí misma.

II. JEAN-JACQUES ROUSSEAU (1712-1778)

1. Su pensamiento

a) Optimismo antropológico y pesimismo social

La lectura, de sus obras *El Contrato Social* y el *Discurso sobre el origen y fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, revelan conceptos opuestos sobre la sociedad y la realización social del hombre. La notable diferencia de enfoque entre una y otra obra, es debido a que *El Contrato*, fue escrito antes de la denominada *iluminación de Vicennes*, mientras el discurso lo fue después.

En 1794 iba Rousseau a visitar a su amigo Diderot, preso en Vicennes, y por el camino se le ocurrió hojear un periódico de la época, topándose con un anuncio de la Academia de Dijón sobre un concurso literario acerca de las artes y las ciencias; la lectura de este diario produjo en Rousseau una *iluminación*, súbitamente le sobrevino la aclaración de su concepción sociopolítica; a este hecho es a lo que se denominó la *iluminación de Vicennes*.

Rousseau, desde unos supuestos teóricos, había encontrado justificación a la sociabilidad humana y calificado como buena a la sociedad, en función del saldo favorable que arrojaba para el hombre dejar su primitivo estado de naturaleza, para integrarse en lo que denominamos sociedad civil. Según este planteamiento, teórico, la sociedad devenía en necesaria y beneficiosa; no obstante, debía estar terriblemente confuso, al comprobar que este ideal teórico de sociedad era desmentido en la realidad práctica por la vida, por las injusticias y tantas otras situaciones vejatorias, de las cuales Rousseau personalmente no se hallaba excluido. Esta incongruencia entre teoría y praxis le tenía acorralado en un callejón sin salida y sumido en una inquietud intelectual casi dramática.

b) El Contrato Social y el Discurso sobre el origen y fundamentos de la desigualdad entre los hombres

Estas dos obras deben estudiarse comparativamente, a fin de apreciar mejor sus contradicciones y entender así el pensamiento de Rousseau.

El *Contrato*, fue concebido antes de la iluminación de Vicennes, y es una teoría rousoniana de la justificación social del hombre. El *Discurso*, concebido tras los sucesos de Vicennes, es una expresión crítica de esa realidad social del hombre, esta obra representa un alegato contra toda forma de sociedad y de poder.

Llega un momento en que el hombre para asegurar su progreso y perfeccionamiento necesita la colaboración con sus semejantes, lo que precisa de un principio de autoridad común, a la que someterse sin hacer dejación de libertades personales. En el estado de naturaleza, el primer deber natural de todo hombre consiste en velar por su propia conservación; cuando ello no es posible hacerlo individualmente, se necesita la agrupación voluntaria. Pero Rousseau quiere, a todo trance, salvaguardar la libertad humana, en ese pacto voluntario de todos y cada uno de los hombres con toda la comunidad. El nacimiento de la sociedad por pacto implica enajenar todos los derechos individuales en favor, no de otros hombres en concreto, sino de la comunidad total, globalmente considerada, y ello de forma voluntaria.

Del estado de naturaleza al estado civil, el hombre no percibe más que efectos beneficiosos, y aunque pierda una libertad originaria natural, gana así una libertad civil, ejercida y respetada en comunidad. Este es el concepto de sociedad y pacto en el *Contrato*. Teoría política y justificación social.

Ya en el *Discurso*, para Rousseau, todo hombre aisladamente considerado es bueno, pero los hombres son malos cuando entran en relación unos con otros. El hombre, naturalmente bueno, se vuelve malo por los cambios sobrevenidos en su constitución, por los progresos que va realizando y por los conocimientos que va adquiriendo, afirma Rousseau en dicha obra.

En el *Discurso*, Rousseau expone su visión crítica sobre la forma en que fue desarrollándose el ideal de sociedad, y degenerando el ejercicio de las libertades, por un proceso progresivo de acentuación de las desigualdades adquiridas, hasta la institución de la propiedad. Viene a decir que si los hombres se hubiesen levantado contra el primero que cercó su campo, al grito de que la tierra no es de nadie, se habrían evitado todas las calamidades de la humanidad.

Ante tal estado de cosas se imponía la necesidad de un pacto, propuesto por los poderosos, para protección de los pobres, cuyo resultado fue el engaño de éstos por aquéllos, la institucionalización de nuevas trabas a los pobres y mayores privilegios a los ricos.

La concepción del pacto social, para Rousseau, en *El Contrato Social* y en el *Discurso*, es bien diferente. En aquél, el pacto que teoriza, se genera entre cada individuo con el todo social, quedando así intacta la libertad individual, pues el hombre se somete a una voluntad general, que es la voluntad de todos. En cambio, el pacto que en la praxis critica Rousseau se celebra entre el pueblo o generalidad de infradotados y los jefes o líderes, con lo que la libertad natural, predicada por Rousseau, queda destruida para quienes no participan en la elaboración de las leyes, por lo que éstas, al consagrar para siempre la propiedad como pretexto para la defensa, consagran la desigualdad y sujetan al género humano al trabajo, a la servidumbre y a la miseria, en beneficio de algunos ambiciosos.

2. La solución de Rousseau: el iusnaturalismo formalista

La verdadera significación e importancia iusfilosófica de Rousseau se llega a ver cuando se entiende en su justo significado la aparente divergencia que se percibe entre el *Discurso* y el *Contrato*, así como cuando se logra llegar a la solución o al ideal que quiso ofrecer Rousseau.

En primer lugar, Rousseau no pretendió ofrecer una teoría sobre los orígenes históricos del Poder, ni los del Estado ni sobre el nacimiento y desenvoltura de la sociedad política, sino que intentó fundamentar

metajurídicamente la naturaleza de la Soberanía, las Funciones públicas y el Derecho.

Desde el momento en que Rousseau afirma no haber existido nunca el Pacto social, abandona el terreno del «ser» y entra en la esfera del deber ser, por lo que su tesis contractualista se convierte en expresión de los primeros principios del Derecho natural.

Para buscar la solución al drama de una sociedad y sus instituciones, pervertidoras y degradantes del hombre bueno por naturaleza, se pregunta Rousseau si será preciso destruir la sociedad, y «volver a vivir en las selvas como oso». Los racionalistas del iluminismo, ironizaron a Rousseau argumentando que con sus doctrinas, «jamás se ha derrochado tanto ingenio en querer convertirnos en bestias» (Voltaire).

Evidentemente Rousseau «no predica la vuelta al hombre natural como la regresión a un supuesto estado primitivo, pues Rousseau afirma que «la sociedad es natural a la especie humana como la decrepitud lo es al individuo o como los antojos a los viejos».

El hombre que, en el *Contrato* pacta su dejación total de derechos, conjunta y solidariamente con el hombre, no es un dato histórico sino una idealización de hombre que, sin personificación concreta, simboliza la voluntariedad, la naturalidad del sometimiento de las libertades humanas a una voluntad general. Por su parte, esa voluntad general, así constituida, no es la suma algebraica de las voluntades particulares, sino también una idealización.

Por eso la voluntad general, que no está referida a ningún momento ni sociedad concretos históricos, es una realidad ideal, una referencia ordenadora de cómo cualquier sociedad, cualquier Derecho, cualquier Ética, cualquier cambio histórico se puede conectar válidamente con esa razón universal, porque es solamente un *criterio* puramente formal, carente de contenido, ordenador y armonizador de todas las materias sociales.

En esta referencia a esa realidad ideal que subsume lo adecuado y connatural del hombre consiste el iusnaturalismo de Rousseau, como un criterio puramente formal, sin contenidos objetivos, ordenador y armonizador de todo.

III. LAS DECLARACIONES DE DERECHOS

1. La independencia norteamericana

Los primitivos colonos que se establecieron en Nueva Inglaterra y en la costa noreste de América del Norte hacia finales del siglo xvi y principios del xvii procedían de los puritanos calvinistas ingleses (no anglicanos) a quienes los Estuardo y, principalmente, Carlos 1 perseguían por su resistencia a someter sus ideales de libertad al absolutismo de los monarcas.

Intentaron hacer de su convivencia social la realización del *reino de Cristo*, implantando como leyes civiles las normas religiosas; se sentían el pueblo elegido, ligado a Dios por el *pacto de gracia* por lo cual el Ser supremo autolimitó su poder omnímodo sobre los hombres a cambio de asegurarse el cumplimiento de sus leyes, por parte de éstos. Los hombres interpretaban que su libertad quedaba, de esta forma, reconocida por Dios, con quien pudieron pactar, lo que exacerbó su sentimiento de no someterse incondicionalmente a ningún poder terreno.

Es Dios quien ejerce su voluntad a través de los hombres por lo que a éstos compete construir la sociedad, confiriendo la autoridad a sus gobernantes (legitimación teocrática del poder, no consensualismo ni pacto social). Con el transcurso del tiempo esta teología social fue debilitándose y haciéndose más racionalista la práctica y la fundamentación de la convivencia, en lo que influyeron las doctrinas europeas, pues el pensamiento filosófico-jurídico americano no tiene un amplio substrato de base localista.

Las relaciones entre la metrópoli y las colonias irán deteriorándose progresivamente, hasta que en 1775 se hacen críticas y comienzan las hostilidades que concluyeron con la declaración de independencia de las colonias.

La revolución americana no fue una revolución político-social como lo fue la francesa, sino sólo política. Se realizó principalmente por el influjo de unos hechos políticos y económicos, especialmente presiones económicas y abusos fiscales que hicieron estallar esta atmósfera independentista, pero no puede decirse, que existió una filosofía doctrinal revolucionaria americana propiamente dicha.

Los principios de la revolución americana están contenidos en los documentos llamados Declaraciones de Derechos (bills of rights) que, más bien, son actos políticos y no propuestas teoréticas. La principal de estas declaraciones, a la que siguieron posteriormente las de cada Estado al declararse independiente, es la del buen pueblo de Virginia, elaborada por Jorge Mason, proclamada el 12 de junio de 1776.

La declaración de Virginia recoge, entre otros, los principales principios políticos del Estado liberal democrático, como la igualdad del hombre respecto a la libertad e independencia; la posesión de derechos inalienables; la soberanía popular; la división de poderes, etc.

El 4 de julio de 1776 se proclama la unánime declaración de los trece Estados Unidos de América en el tercer Congreso de Filadelfia, más conocida por Declaración de Independencia, en la que intervinieron, entre otros, Tomás Jefferson, Juan Adams y Benjamín Franklin.

Las diez enmiendas a la Constitución federal de 1787, aprobadas en 1791, vienen a ser un definitivo y genérico Bill of rights, si bien, en él no se contiene declaración alguna de derechos. La Constitución americana, no significa una simple declaración de intenciones sino una efectiva garantía, por cuanto sus prescripciones son aplicables por los tribunales.

2. La Revolución Francesa

La Revolución de 1789, transformó las instituciones francesas e influyó decisivamente en acelerar la evolución de las europeas. El período revolucionario comprendido entre 1789–1815 tiene absorbidos a los pensadores e ideólogos revolucionarios en los avatares de la guerra, por lo que no aparece casi publicación alguna, estando las escasas que vieron la luz directamente marcadas por los acontecimientos.

La Revolución Francesa, no debe explicarse como un fenómeno típicamente francés; el crecimiento de la burguesía fue una constante común a las revoluciones americana y francesa, y también hay que tener en cuenta a este respecto todos los movimientos revolucionarios que bullen por Europa a finales del siglo XVIII.

El credo revolucionario que, prácticamente, adoptó toda la nación se encuentra recogido en la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano (1789). Esta Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, redactada por la Asamblea constituyente en 1789 es el documento programático de la Revolución. Su fuente inmediata es la Declaración de derechos de Virginia (algunos de cuyos principios están recogidos en la Declaración francesa), la misma Declaración de independencia americana y las sucesivas Declaraciones de aquellas otras colonias al constituirse en Estados independientes.

La mayor solemnidad y alcance de la Declaración francesa, frente a sus homónimas americanas, estriba en que se dirige pomposamente a todos los hombres, sin distinción geográfica alguna, dando carácter universalista de los famosos principios que la inspiran, igualdad, libertad, soberanía de la nación, soberanía de la ley, etc.

TEMA 12

EL IDEALISMO ALEMAN

I. INIMANUEL KANT (1724–1804)

1. Teoría del Conocimiento

Kant es el gran representante de la Ilustración alemana. Kant, en su pretensión de sintetizar el racionalismo continental y el empirismo inglés rechaza lo que es común al racionalismo y al empirismo, esto es, su postura dogmática, que consiste en la confianza o fe total en la posibilidad de la razón para conocer la verdad y adopta en su lugar una postura crítica, centrada en el examen de la posibilidad que tiene la razón humana para conocer y la determinación de los límites del conocimiento.

Inicia Kant un método y sistema de pensamiento, que no sólo comprende soluciones epistemológicas, sino que también ofrece soluciones sobre problemas éticos y jurídicos.

Las obras de Kant más importantes son las tres Críticas: *Crítica de la razón pura*; *Crítica de la razón práctica*; y *Crítica del juicio*. Si bien las obras que interesan fundamentalmente para la problemática jurídica son, además de la *Crítica de la razón práctica*, la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, la *Metafísica de las costumbres* y la *Antropología pragmática*.

La doctrina de Kant se encierra, a muy grandes rasgos, en las respuestas que ofrece a estas preguntas: *¿qué podemos saber?* *¿qué debemos hacer?* Como respuesta a la primera pregunta expone su teoría del conocimiento. La respuesta a la pregunta se encuentra en su teoría ética, donde se ubica su concepción del Derecho.

Kant expone su teoría del conocimiento, en la *Crítica de la razón pura*. Esta teoría de Kant, produce una verdadera revolución ya que el centro de gravedad en todo el asunto del conocer se traslada desde el objeto a conocer, al sujeto que conoce. Hasta entonces se decía que nuestro conocimiento está determinado por el objeto que conocemos; lo que afirma Kant es que el objeto está determinado en gran parte por nuestro conocimiento. De esta forma, la teoría del conocimiento supone una mediación entre el racionalismo (la razón como fuente del conocimiento) y el empirismo (la experiencia como fuente del conocimiento), ya que Kant distingue en el conocimiento un elemento material (las sensaciones, fruto de la experiencia) y un elemento formal (el orden que la razón introduce en las sensaciones). Por lo tanto, en el acto de conocer intervienen el objeto de conocimiento y el sujeto que conoce.

Ese elemento formal del conocer, es un *elemento a priori*, y está constituido por lo que Kant denomina formas de la sensibilidad: el *espacio* y el *tiempo* y por las formas del intelecto o *categorías*, la más importante de las cuales es la *causalidad*.

2. El sistema moral

Kant aborda el tema de *¿qué debemos hacer?* en la *Crítica de la razón práctica*.

El hombre es capaz claramente de obrar conforme a principios, pero lo importante es saber si existen *principios a priori* que guíen el obrar, que no dependen de la experiencia. Según Kant, para muchos filósofos, sólo existen principios materiales del obrar, todos ellos principios empíricos reducibles al principio fundamental del egoísmo o de la felicidad. Ésta es la tesis propia del *eudemonismo*, tendencia ética para la cual la felicidad o la utilidad se constituyen en determinantes del bien.

Contra esta forma de ver las cosas se revela Kant, considerando que todo lo que es empírico, además de ser inservible al principio de moralidad, es «altamente perjudicial a la pureza de las costumbres», por lo que el principio del obrar moral «tiene que estar completamente libre de todo influjo de aquellos fundamentos

casuales que sólo puede brindarnos la experiencia». Y en su lugar cree que debe ins-talarse un *principio formal a priori* para garantizar la validez absoluta de nuestra voluntad.

La conciencia del deber es el epicentro del sistema moral kantiano. Según Kant el hombre, como ser racional que es, determina su voluntad cuando se auto obliga por mandato de la razón. Ese mandato de la razón es un imperativo, que se traduce en un deber ser. El hombre no dispone de una *voluntad santa*, pero, como ser racional que es, se le debe exigir una buena voluntad, y la buena voluntad viene determinada por la necesidad de obedecer la ley.

Ahora bien, los principios morales prácticos pueden ser *máximas* (principios de obrar válidos para un sujeto particular) y *leyes* (principios de obrar válidos para cualquier ser racional). Según Kant, -principios prácticos, son suposiciones que encierran una determinación universal de la voluntad. Son *subjetivas* o *máximas* cuando la condición es considerada por el sujeto como valedera sólo para la voluntad; son *objetivas* o *leyes prácticas* cuando la condición es conocida como valedera para la voluntad de todo ser racional».

Esas leyes prácticas son los *imperativos*. Pero no todo mandato es un imperativo moral. El consejo médico o los mandatos del tipo: «si quieres conseguir tal cosa, debes hacer tal o tal otra», no son imperativos morales. A todos estos mandatos del tipo «si quieres conseguir... tienes que hacer (o no hacer) ... », los llama Kant *imperativos hipotéticos*, ya que expresan la necesidad práctica de una acción como medio para conseguir otra.

Un imperativo moral, o *imperativo categórico*, por el contrario, representa una acción como objetivamente necesaria por sí misma, sin referencia a ningún otro fin, simplemente, dice lo que se debe hacer.

Los imperativos hipotéticos son susceptibles de clasificación en distintos grupos, en función de los distintos fines que persiguen. No podemos hacer lo mismo con los imperativos categóricos, que no hacen alusión al contenido de la acción, sino que sólo hacen referencia a la forma y al principio de donde emerge, por eso son *imperativos de moralidad*. El imperativo categórico viene a ser descrito por Kant como una ley universal, que subsiste enteramente a priori e independientemente de principios empíricos.

En la búsqueda de una ley universal en la que no intervenga como fundamento condición alguna, Kant propone ésta: *obra de tal modo, que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre, al mismo tiempo, como principio de una legislación universal*. El *imperativo moral*, además de *categórico*, tiene que ser autónomo, esta autonomía moral entraña que sólo el sujeto puede dictarse a sí mismo su propia ley moral; además, el *imperativo moral* es también formal, no impone contenidos, no se mandan ni prohíben comportamientos concretos, de este modo dicho imperativo moral será universal. Así pues, la voluntad del sujeto es determinada por la razón misma y sólo entonces se trata de una *voluntad libre*.

3. Derecho y Estado

El concepto de libertad conecta con el conjunto de principios y técnicas que hacen posible la libertad, y aquí hace acto de presencia el Derecho. Kant va trazando diferencias y matices entre Derecho y Moral. El Derecho positivo, como orden que regula la convivencia humana, es entendido por Kant como la condición material que posibilita «el ejercicio de la libertad trascendental en el mundo sensible...». La obligatoriedad del Derecho positivo descansa, según Kant, en que es condición para el ejercicio de la libertad en el mundo sensible y, por tanto, es condición de moralidad.

Distinción entre Derecho y Moral.

La llamada separación kantiana entre Derecho y Moral debe ser matizada. Kant distingue, pero no separa, el Derecho de la Moral; el Derecho es objetivamente necesario, ya que es una exigencia de la Moral. Ambas normatividades, Derecho y Moral, están constituidas por un conjunto de leyes que regulan la conducta del

hombre como ser libre, las leyes que hacen posible la coexistencia se llaman *leyes de libertad*, que pueden ser *leyes éticas* si ellas mismas constituyen el fundamento determinante de las acciones y *leyes jurídicas*, que no tienen en cuenta el motivo que determina la voluntad del sujeto, sino sólo la conformidad exterior de la acción con la ley. Lo decisivo en Kant para distinguir Derecho y Moral es el motivo por el que son obedecidas.

Concepto del Derecho.

Obviamente, Kant no nos va a ofrecer una definición empírica del Derecho, que obtenemos por el análisis de las leyes positivas, esa es tarea del jurista. El concepto de Derecho que Kant busca, no se refiere al Derecho que es, sino al Derecho que *debe ser*.

Kant señala tres elementos lógicos del Derecho; el Derecho es, en primer lugar, una **relación intersubjetiva**, es decir, una relación externa de una persona hacia otra. En segundo lugar, es una **relación entre dos arbitrios**, entendiendo por arbitrio la voluntad dirigida a un fin con la consciencia de poder conseguirlo. En tercer lugar, el Derecho **es formal**, no prescribe lo que se debe hacer, sino el modo en que una acción debe ser realizada.

Después de señalar los elementos lógicos del Derecho, ofrece Kant su definición: «...*el Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad*»; más adelante dice que la ley universal del Derecho es: «*obra externamente de tal modo que el uso libre de tu arbitrio pueda coexistir con la libertad de cada uno según una ley universal*».

Coactividad en el Derecho.

Si el Derecho pretende que puedan coexistir las libertades externas, cuando algo es obstáculo a la libertad, suprimir ese obstáculo será una exigencia de la justicia. «Si un determinado uso de la libertad misma es un obstáculo a la libertad según leyes universales, entonces la coacción que se le opone, (...) concuerda con la libertad según leyes universales; es decir, es conforme al Derecho: por consiguiente, al Derecho está unida a la vez la facultad de coaccionar a quien lo viola, según el principio de contradicción».

Derecho, libertad y Estado.

Kant no se refiere a un Derecho empírico o positivo, sino que habla de un Derecho ideal, que de acuerdo con la razón, tiene como misión coordinar las libertades de los individuos, así para Kant el Estado y el Derecho están al servicio de la libertad. El Estado es la institución que tiene como fin garantizar a los individuos sus esferas de libertad, por medio del Derecho. Es más, para Kant la libertad es un derecho originario, que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad.

Kant es partidario del Estado liberal cuya misión debe ser la de garante de las libertades individuales. Según el pensador, cada uno debe buscar su propia felicidad por la vía que le parezca buena, siempre que no impida a la libertad de los otros dirigirse a un fin semejante. La meta de la legislación debe ser, para Kant, asegurar a cada uno la posibilidad de buscar su propia felicidad por el camino que mejor le parezca, siempre que no obstaculice la libertad universal conforme a la ley, y por tanto, el derecho de los demás ciudadanos.

Por tanto, Kant considera el Estado como un instrumento que asegure a los ciudadanos su libertad, sus derechos innatos, que están coordinados por el Derecho. El Estado debe abstenerse de cuidar el bienestar positivo de los ciudadanos y sólo debe asegurar la observancia del Derecho como garantía de los derechos innatos.

Finalmente, para Kant, si el Derecho es un presupuesto de la libertad transcendental, lo es también de la Moral y, por lo tanto, el cumplimiento del Derecho es un *deber moral*.

II. J. G. FICHTE (1762–1814)

En el pensamiento de J. G. Fichte es necesario distinguir dos épocas, que ofrecen dos formas distintas de pensamiento. La primera está representada por las siguientes obras: *Contribución a la rectificación de los juicios del público sobre la Revolución francesa*; y *Fundamentos del Derecho natural*.

En la primera obra sostiene, siguiendo la tesis kantiana, que el hombre es un fin en sí mismo y que posee un valor absoluto con independencia del reconocimiento que de este valor realice el Estado. Fichte idea una representación gráfica en la que aparecen cuatro círculos concéntricos: el exterior se refiere a la *ley moral*, el círculo siguiente viene representado por el *Derecho natural*, dentro de este círculo se encuentra el *Derecho contractual*, finalmente, en el interior, está el círculo del *Derecho del Estado*, que no puede oponerse a los otros esquemas normativos.

En la segunda obra, Fichte afirma que las normas jurídicas tienen como finalidad garantizar a todos los hombres el derecho originario a la libertad individual y otros derechos que son anteriores al Estado. Sin embargo, ya apunta en esta obra el carácter abstracto del Derecho natural y de los derechos innatos. Opina que si los hombres se comportan en la sociedad, entre sí apoyados en la buena fe, lo que rige es la Moralidad; pero si las normas de comportamiento están garantizadas por la coacción, eso es Derecho positivo y no Derecho natural.

En obras posteriores como *El Estado comercial cerrado* y, sobre todo, en los *Discursos a la nación alemana*, se produce un punto de inflexión en el pensamiento de Fichte. En el primer libro Fichte concibe el Estado no como un ámbito de coexistencia de las libertades, ni como protector de los derechos individuales, sino como un Estado al que los individuos trasladan todos los valores, y que por tanto «da a cada uno lo suyo», que no es otra cosa que lo que le asigna el Estado. El Estado organiza y distribuye el trabajo, regula el comercio, etc. Concibe, pues, el Estado como un ideal, perfecto, utópico, que se desarrolla en completa autarquía, cerrado a todo comercio exterior.

En los *Discursos a la nación alemana* profundiza Fichte las ideas ya reflejadas en su obra anterior. Fichte destacó dos ideas: primera, la comunidad humana, no es algo que el individuo modele a su arbitrio, sino que pertenece a la esencia humana; y segunda, que a través, de esa comunidad se supera la separación entre el *ser* y el *deber ser*. En esta forma de pensar el individuo queda subordinado al Estado.

III. F. W. J. SCHELLING (1775–1854)

F. W. J. Schelling también partió del pensamiento kantiano y en su pensamiento se aprecia un evolución similar a la operada en Fichte. Schelling, afirma la ilimitada libertad del hombre; el hombre es un fin en sí mismo y portador de unos derechos originarios; es misión del Derecho posibilitar la práctica convivencia de esas libertades de los hombres.

La ruptura con el pensamiento individualista se realiza en una segunda fase. La libertad no pertenece a los individuos singulares, sino a lo Absoluto en su universalidad. El individuo está, por lo tanto, subordinado al todo. Schelling realiza la aplicación de esta teoría al mundo del Derecho en *Lecciones de los estudios universitarios*. En la historia van apareciendo distintas instituciones que en el curso de su desarrollo culminan en el Estado, en esta consideración del Estado como «organismo absoluto», la libertad sólo pertenece a lo Absoluto, los individuos tienen valor en cuanto se encuentran dentro del orden que se realiza en el Estado; es decir, Schelling formula la idea del *Estado ético*, que anula al individuo como sujeto moral.

IV. G. W. F. HEGEL (1770–1831)

G. W. F. Hegel tiene una extraordinaria importancia en la historia de la filosofía en general y del pensamiento jurídico en particular. De su sistema y de su método, son tributarios pensamientos tan dispares como el

existencialismo y el marxismo.

1. La Dialéctica

En Hegel hay que distinguir el método y el sistema, ya que las corrientes del pensamiento que han derivado de Hegel se han centrado unas en el *método* (izquierda hegeliana, marxismo), y otras en el *sistema* (derecha hegeliana).

Hegel es el autor en el que se da una mayor identificación entre su filosofía jurídica y su filosofía general. En Hegel, la filosofía del Derecho es parte fundamental de su sistema de filosofía.

Según Hegel, lo que se pretende con la dialéctica, lejos de cualquier formalismo, es describir las leyes del desarrollo de la realidad y del pensamiento, para ver así el desarrollo del Espíritu Universal a través de la historia. Lo que sí existe en el método hegeliano es una forma distinta de ver las cosas. Antes, la realidad se consideraba como algo estático, que había que descubrir de una vez por todas, por eso en la lógica tradicional se habla del principio de no contradicción. Según Hegel, esto no sirve para comprender la realidad, que no es estática, sino evolución, vida, historia y, por lo tanto, contradicción.

Hegel no explicó nunca expresamente en que consistía su método, simplemente lo aplicó.

Hegel no defendió la dialéctica como método formal universal, sino que entiende que la dialéctica es un *momento necesario* del pensamiento. En la lógica hegeliana existen categorías dialécticas: «negación», «contradicción», que desempeñan un papel muy concreto en el pensamiento y que constituyen un momento esencial y necesario en el pensamiento racional. Por eso se puede afirmar que la dialéctica significa sucesión o movimiento del pensamiento, donde el último paso sirve para un nuevo paso, y así sucesivamente.

2. Derecho, Moralidad y Eticidad

En el sistema hegeliano toda la filosofía se condensa en tres grandes partes: la Lógica, la Filosofía de la Naturaleza, y la Filosofía del Espíritu. La Filosofía del Espíritu comprende a su vez tres momentos: el Espíritu subjetivo, el Espíritu objetivo y el Espíritu absoluto. El Espíritu, según Hegel, tiene un desarrollo gradual. En el primer momento de este desarrollo, el Espíritu subjetivo, a través de la razón, culmina el proceso como *conciencia individual*. En el siguiente momento de desarrollo, tenemos el Espíritu objetivo cuando se pasa a la vida social, aquí se hallan el Derecho y el Estado.

Hegel desarrolla los momentos que integran este *Espíritu objetivo* en su obra *Principios de la filosofía del Derecho*, estos momentos son Derecho, Moralidad y Eticidad.

Derecho.

El primer momento en el camino hacia la libertad es el *Derecho*, entendido como conjunto de leyes. Pero, estas leyes contemplan a los hombres de manera abstracta, sin fijarse en su individualidad, como si fueran números iguales. Es, pues, un Derecho abstracto o formal. El Derecho, en este momento, se refiere a los derechos y deberes de los individuos singulares, con independencia de que pertenezcan a una sociedad organizada.

La libertad de la persona se afirma a través de la propiedad, «esfera exterior de la libertad de la persona». La primera manifestación de la propiedad la vemos en la *posesión* o apropiación de la cosa. Ahora bien, en cuanto la propiedad tiene como fundamento la libertad de la persona (relación de la voluntad del hombre con las cosas), el destino de la propiedad es el *uso* o eliminación de la cosa que haga la persona; ésta sería la segunda manifestación de la propiedad. Y la tercera manifestación de la propiedad, consiste en la *enajenación*.

Cuando se enajena la propiedad, se manifiesta la libertad pero no como una relación de la voluntad del hombre con las cosas, sino como una relación de las voluntades de las persona que contratan, entonces aparece una nueva manifestación del Derecho: el *contrato*. Como en el contrato se relacionan unas voluntades con otras, los intervinientes «se reconocen mutuamente como personas».

De este modo, progresivamente se va afianzando la libertad, primero en la *propiedad*; en segundo lugar, desde la propiedad se pasa al *contrato*, en el que una voluntad reconoce a otras voluntades; pero si la voluntad individual, que en la propiedad y el contrato ha estado de acuerdo con la voluntad universal, se manifiesta contra esa voluntad universal porque invade la esfera de libertad de los demás, aparece la infracción jurídica que puede revestir estas tres formas: ilícito civil, fraude o delito.

El **delito** debe entenderse como la negación de la realización del Derecho; por eso la pena, debe entenderse como una «eliminación del delito», esto es, como el «restablecimiento del Derecho». De acuerdo con estas ideas, la pena no tiene como fin la prevención, ni la corrección o enmienda del delincuente, sino la anulación del delito. De tal forma que la pena es «un derecho del delincuente», ya que se le reconoce como ser racional, y su acción se ve sometida a una ley general.

Moralidad.

La Moralidad constituye el segundo momento del Espíritu objetivo. En esta parte de su obra, Hegel se centra en el análisis de la subjetividad, de las intenciones, de la buena conciencia, los conflictos entre la voluntad individual y la voluntad universal.

La subjetividad moral es vacía y para adquirir contenido debe realizarse en la comunidad; la moral subjetiva no es real hasta que se exterioriza. A través de esta exteriorización el sujeto moral se integra en el mundo social y en la moralidad objetiva. Este tránsito del *yo* al *nosotros* nos introduce en el momento de la *Eticidad*.

Eticidad.

La Eticidad o moralidad objetiva es la síntesis de los momentos anteriores. El Estado es la meta que va integrando socialmente al individuo.

La primera relación de comunidad se encuentra en la *familia*, que es la comunidad natural, es el modo más elemental de superar los dos momentos anteriores. La familia es un organismo social, aunque apoyado en vínculos naturales de sangre. La función que cumple la familia es formar al individuo para lo universal.

La *sociedad civil* es el segundo momento de la Eticidad y constituye un organismo ético superior a la familia, puesto que las relaciones entre los individuos se desarrollan en un nivel más alto de generalidad. Esta integración de los individuos en una unidad superior se realiza también en tres niveles. En un primer momento aparece el *sistema de necesidades*, que se concreta en el modo de trabajo, se describen la estructura económica de la sociedad burguesa y priman los fines egoístas. La integración de los individuos se eleva un grado más, a través de la *administración de justicia*; parte en la que Hegel examina un sistema de instituciones jurídicas relativas a la administración de justicia.

La familia y la sociedad civil son superados para pasar al *Estado*. El Estado, núcleo de la unidad y guardián de esa unidad, realiza la verdadera Eticidad, y supone el paso del *yo* al *nosotros*. Así el individuo adquiere la verdadera libertad, puesto que reconoce la voluntad universal y es también reconocido por todos como individuo libre. El Estado, en las relaciones externas, no está sometido a ningún otro poder, Derecho político externo, pero sí tiene fines éticos que cumplir, y aquí enlaza con la historia universal.

En definitiva, Hegel realiza una exacta descripción del mundo liberal y de la economía del *laissez faire*, ve en el antagonismo social un factor de progreso y un factor de destrucción, así pues, para superar los peligros de la

sociedad civil, la Razón se objetiva a través de determinadas mediaciones institucionales.

De esta forma el Estado, logra reconciliar el antagonismo destructivo de la sociedad civil, a través del Derecho. Pero en la portentosa operación de Hegel, la Constitución, el poder legislativo..., los medios técnicos jurídicos se deducen desde la Idea-Razón, que cristalizan en la objetivación paulatina del Estado.

Aunque Hegel definió el Estado como «el paso de Dios por el mundo», para Hegel hay algo de más valor como el arte, la religión y la filosofía, que ya nos introduzcan en el Espíritu absoluto.

TEMA 13

LA ESCUELA HISTÓRICA ALEMANA

I. EL FENÓMENO CODIFICADOR

El fenómeno codificador es fruto de la mentalidad ilustrada, que inspiró la Revolución Francesa y la caída del Antiguo Régimen en Francia, y cuyo primer y más importante hito es el Código Civil francés de 1804, llamado también Código Napoleón.

Las características del movimiento codificador que inspiró dicho Código son básicamente las siguientes:

- a) Ante todo, su *concepción unitaria del Derecho*. Se criticaba la dispersión legislativa que había caracterizado al Antiguo Régimen, afirmándose que un Estado moderno e igualitario como el surgido de la Revolución sólo podía aceptar una regulación única de las relaciones sociales, inspirada en principios comunes aplicables a todos y desarrollada en preceptos claros y precisos.
- b) La *consideración de la ley como única auténtica fuente de Derecho*. No se muestra simpatía hacia el Derecho consuetudinario, al que se considera un producto del pasado. A este respecto se considera por un lado, que cuanto pudiera resultar digno de ser conservado está ya en el código; por otro, si la costumbre es llamada en auxilio de la ley, su validez normativa será la que la propia ley le conceda.
- c) Su *optimismo ahistórico*. Los partidarios del movimiento codificador profesan una concepción estática del Derecho; un buen código viene a ser algo así como, «el Derecho natural positivado».
- d) Consecuencia de todo lo anterior es la adopción, por parte de los partidarios de la codificación, de un concepto de *seguridad jurídica* que hoy consideraríamos formalista y estrecho, pero que se adaptaba muy bien a los deseos de la clase social emergente, la burguesía.
- c) Por último, la *negación de las lagunas*. El juez tendrá ante sí, en adelante, un sistema racional, coherente y *cerrado*, capaz de dar soluciones a cualquier problema a través de los preceptos contenidos en él. Debe huir, en consecuencia, de interpretaciones finalistas que sólo pueden ser consideradas como una peligrosa usurpación del monopolio de la creación de Derecho por el legislador.

La mentalidad codificadora ejerció una gran atracción sobre muchos juristas germanos, pues Alemania era, por aquel entonces, un mosaico de diminutos Estados en los que regía el Derecho romano de Pandectas, lo que suponía una masa ingente de preceptos fragmentarios e interpretados con criterios dispares.

En tales circunstancias, la perspectiva de una legislación unificada se ofrecía a los ojos de muchos alemanes como una salida al caos; así en apoyo de las tesis codificadoras, Thibaut manifestó su disconformidad a la conveniencia de que el Derecho romano siguiese vertebrando la vida jurídica de los alemanes.

Savigny por su parte, sostuvo una postura diametralmente opuesta a la de Thibaut, y plasmó con brillantez las

objeciones de los historicistas alemanes al pensamiento codificador dominante.

II. F. K. VON SAVIGNY (1779–1861)

Savigny es considerado como el líder de la oposición al movimiento codificador en Alemania, y la figura más destacada de la llamada escuela histórica.

1. El papel de la Historia en los estudios jurídicos. El *Volksgeist*

La contestación de Savigny a Thibaut, reconocía la asfixiante multiplicidad de legislación, pero reclamaba una solución distinta de la mera reordenación de dicho material en códigos. Savigny propuso afrontar con carácter previo una tarea de reflexión metodológica sobre la Jurisprudencia, pues según este autor, el desorden jurídico no debía achacarse a la falta de calidad de los textos romanos, sino precisamente a la falta absoluta de comprensión del sentido profundo de sus instituciones, deformadas por siglos de interpretaciones frívolas y superficiales.

Savigny proponía centrar en adelante toda investigación jurídica seria en la historia, pues para Savigny, todo conocimiento jurídico profundo debe ser histórico o no será tal, al carecer de una visión globalizadora.

Esta pretensión, diametralmente opuesta a la de los codificadores y a las ideas de racionalidad ahistórica que éstos defendían, es reveladora de una ideología romántica, en la que la forma del pueblo es la Nación, que existe con independencia de que haya cuajado o no en un Estado.

El concepto romántico de Nación, del que Savigny es tributario en gran medida, rechazaba el postulado racionalista de que la sociedad y el poder son producto de un acuerdo entre los hombres que se materializa en aras de la consecución de unos fines determinados. La sociedad, por el contrario, es el resultado de oscuras fuerzas que operan en el seno de los grupos humanos.

Estas ideas, se materializan en el concepto de *Volksgeist* («espíritu del pueblo»). Éste y no otro es el origen último de las normas: el espíritu popular, una especie de fuerza ciega que opera en cada sujeto colectivo haciendo surgir relaciones sociales primero, elementales formas jurídicas después y, por último, instituciones jurídicas que agrupan dichas formas elementales en cuerpos progresivamente más elaborados.

La tarea del jurista no puede ser otra que la de perseguir la profunda unidad orgánica que da sentido a tales construcciones. Si consigue tal desafío, habrá comprendido el sentimiento jurídico de un pueblo en toda su complejidad dinámica, en vez de congelarlo en un cuerpo legislativo estático. Habrá realizado el ideal de Savigny; la vieja legislación será sustituida, no por un código construido sobre la base de abstractos y supuestamente universales principios de la razón humana, sino por una sistematización de los principios jurídicos emanados a lo largo de siglos de la conciencia jurídica nacional.

Savigny distinguió entre el *Derecho del pueblo*, eminentemente consuetudinario, y el Derecho científico. Sólo del Derecho de los juristas («científico») puede brotar la auténtica ciencia jurídica y, por tanto, la nueva legislación.

Por tanto podemos concluir que el pensamiento historicista constituyó una frontal oposición a los postulados del movimiento codificador, oponiendo el pueblo y su forma política, la Nación, frente al individuo y su forma política, el Estado como auténtico sujeto de la historia; frente a la razón práctica y universal, el fantasmal espíritu del pueblo; frente al liberalismo y su fe en el progreso, el conservadurismo receloso de cualquier avance que no signifique la continuidad con el pasado; frente a los códigos emanados del legislador, el Derecho consuetudinario como auténtico Derecho.

2. La derivación del historicismo hacia los métodos dogmáticos

Aunque, en principio, el método de Savigny parece que pueda configurarse como histórico-sociológico, la obra de Savigny (particularmente, su *Historia del Derecho romano en la Edad Media y Sistema de Derecho romano actual*) no presenta en realidad tal perfil, sino que en el estudio de las instituciones jurídicas romanas buscó la íntima conexión de sentido de éstas, más en el apartado jurídico-conceptual, que en la visión realmente histórica, empírico-sociológica.

Savigny no encontró otro procedimiento para acercarse al espíritu del Derecho romano que profundizar en las conexiones lógico-sistemáticas de los conceptos que emanaban de análisis de sus instituciones, despreocupándose en buena medida de la conexión «orgánica» de éstos. Acabó manipulando el material empírico que la historia del Derecho romano le servía como simple materia prima para una serie de elaboraciones conceptuales que, en muchos casos alejadas de su sentido primitivo, servirían a su vez no sólo para crear nuevos conceptos técnico-jurídicos, sino también para extraer de ellos y de sus combinaciones nuevas normas jurídicas, en un proceso de realimentación constante.

III. G. F. PUCHTA (1797-1846)

En Puchta, resulta evidente su adscripción al método lógico-conceptual, así como el abandono del propósito de elaborar una visión global del Derecho romano, en aras de una auténtica Teoría General del Derecho.

Se dice que en Savigny, dada su concepción organicista, los miembros del sistema giraban, por así decirlo, en torno al centro de una esfera; por el contrario, Puchta es el primero en presentar el Derecho como un sistema lógico, jerarquizado, que presenta más bien la forma de una pirámide. A partir del concepto supremo puede deducirse todos los demás, que están implícitamente contenidos en él.

Este método lógico-deductivo es muy similar a la tarea reconstructiva del Derecho natural emprendida por racionalistas como Pufendorf. Tal método racional, se pretende genealógico y aspira, a conocer las proposiciones del Derecho en su conexión sistemática, como recíprocamente condicionadas y derivadas unas de otras.

Durante la mayor parte del siglo pasado, será predominante la corriente metodológica denominada «Jurisprudencia de conceptos», inspiradora de dos generaciones de juristas germanos que, por la atención que prestaron al Derecho romano en el despliegue de su proyecto metodológico, fueron denominados *pandectistas*. Esta concepción creativa de la Jurisprudencia o Ciencia del Derecho constituye la forma más acabada de positivismo decimonónico. A esta concepción de la Ciencia del Derecho puede criticársele su abandono de la más noble misión del jurista, aquella que precisamente los romanos nunca llegaron a perder de vista: la resolución de problemas prácticos y no el planteamiento de problemas artificiales.

IV. LA ESCUELA HISTÓRICA Y EL DERECHO NATURAL

Para algunos estudiosos, está clara la imposibilidad de compaginar los métodos «historicistas» con cualquier vestigio de iusnaturalismo. Para otros la cuestión no es tan sencilla.

Por una parte, están quienes sostienen que la escuela histórica marginó, pura y simplemente, el iusnaturalismo, en el cual veían una ideología revolucionaria y liberal que no se acomodaba a sus posturas conservadoras; o, incluso, que la aparición de la metodología historicista significó nada menos que el origen del auténtico positivismo en la Filosofía del Derecho.

Abona esta tesis la precaria condición en que todo historicismo coloca a cualquier «Derecho» basado en esencias supuestamente inmutables.

En este sentido, Savigny se pronunció en más de una ocasión contra el error, típico de los iusnaturalistas, consistente en universalizar los conceptos extraídos de las instituciones jurídicas propias, hasta convertirlos en

supuestos dictados de la Razón universal.

Por el contrario, hay quienes afirman que los historicistas no llegaron nunca a plantear un método sociológico, sino más bien estrictamente idealista; y que esa concepción idealista del Derecho se refiere, en última instancia, al Derecho natural. Quienes defienden esta tesis, achacan a los autores de la escuela histórica un pensamiento iusnaturalista *sui generis*.

La dedicación de los historicistas al Derecho romano confirmaría su peculiar concepción de éste como *ratio scripta*, es decir, como un auténtico Derecho natural escrito.

Con todo, no parece que en los historicistas sea posible encontrar un concepto de Derecho natural asimilable a lo que históricamente se ha entendido por tal. De las palabras del propio Savigny se desprende que, desde el punto de vista sustentado por la escuela histórica, no cabe entender el Derecho natural sino como Derecho consuetudinario.

TEMA 14

EL POSITIVISMO JURÍDICO LAS DOCTRINAS ANTIFORMALISTAS

I. EL POSITIVISMO JURÍDICO

El positivismo en el siglo Xix significó no una filosofía sino una actitud cultural, según la cual el saber cierto sobre las cosas únicamente puede alcanzarse por medio de la experimentación y verificabilidad de las hipótesis.

Esta actitud metodológica, para adquirir un conocimiento cierto de los fenómenos objetivos en las ciencias físicas, pretendió utilizarse también al estudio de las llamadas ciencias morales o del espíritu y, principalmente, para dar explicación científica a los hechos y comportamientos sociales. Ciertamente, esta actitud empirista implicaba un desprecio de la metafísica.

El *positivismo jurídico* vino a significar un intento por elaborar una ciencia del Derecho, basada en el análisis histórico-comparativo de las instituciones jurídicas por una parte, y de las diferentes normas jurídicas, formalmente positivadas en los diferentes ordenamientos jurídicos vigentes, por otra; esto supuso la desposesión de los estudios jurídicos de toda valoración ética o iusnaturalista.

El *formalismo jurídico*, corriente puramente positivista, pretendió suplir la filosofía jurídica, que quedó olvidada radicalmente, mediante una *Teoría general del*; esta teoría general del derecho vino a ser como una materia introductoria, de carácter general, a todo estudio del Derecho en concreto.

Este afán de elaborar una ciencia del Derecho, no fue originalidad del positivismo jurídico formalista de esta época. También los iusnaturalistas de los siglos XVI y XVII elaboraron sus conceptos jurídicos generales; la diferencia entre ambos intentos, no se encuentran en el fondo, sino en la forma, mientras los iusnaturalistas realizaron este intento mediante el discurso filosófico, los formalistas del positivismo lo hicieron con el procedimiento racionalista-deductivo, al comentar y explicar interpretativamente las Pandectas.

Todo ello, originó el estudio y la definición de los conceptos generales que se manejan y que integran todo ordenamiento jurídico, naciendo así la llamada *jurisprudencia de conceptos*, cuya finalidad consistió en sintetizar los distintos conceptos que integran el Derecho.

La teoría general del derecho, en su versión radical, está representada por la corriente jurídica alemana que, iniciada por *Adolf Merkel*, se continúa *Gerber*, *Jellinek*, *Zitelmann* y *Ihering*. Esta corriente positivista intentó determinar y sistematizar los fundamentales conceptos jurídicos, analizando teóricamente las diferentes ramas

del derecho positivo.

Frente a este método germánico puede citarse también la *analytical jurisprudence* de John Austin, como otro método positivista de elaboración de una teoría general del Derecho. Ambas escuelas no dejan de ser dos formulaciones metódicas de un mismo afán positivista, como fue elaborar una temática general del Derecho, basada los derechos positivos exclusivamente y prescindiendo por completo de la filosofía del Derecho.

II. LA REACCIÓN CONTRA EL POSITIVISMO: DOCTRINAS ANTIFORMALISTAS

La aparición de los movimientos socialistas y sus doctrinas, la misma revolución industrial, forzaron el surgimiento de reacciones ante el rígido planteamiento formalista, reclamando para el Derecho su adaptación al devenir histórico y social.

1. R. v. Ihering (1818–1892)

La obra de Ihering, que fue uno de los principales teóricos de la jurisprudencia de conceptos, experimentó una evolución muy significativa hacia la jurisprudencia de intereses.

En su primera época de plena militancia dogmática, considera que el objeto esencial de la ciencia jurídica consiste en elaborar los conceptos sobre el Derecho, utilizando el método lógico deductivo, pero cuando rondaba los cincuenta años, Ihering se apercibió de que la ciencia jurídica positivista, que él había cultivado e impulsado, adolecía de un grave defecto metodológico: el de suponer que las instituciones y los conceptos jurídicos fuesen la materia prima de la lógica jurídica, ignorando que el Derecho es una realidad sociológica que requiere justificarse históricamente, que tiene una finalidad práctica y un trasfondo ético.

La obra *El fin en el Derecho*, constituye la difusión escrita de este cambio conceptual sobre la naturaleza y funciones del Derecho. Todo derecho tiene un fin, y este fin no es el sentido teleológico del autor de la ley sino la pretensión insita en la norma, que nace para solucionar una demanda o necesidad realmente pedida por la sociedad. Por lo cual, el Derecho es la protección y regulación de los valores sociales, llevada a la práctica coactivamente por el Estado, única institución capaz de utilizar la fuerza, en grado suficiente, para ello, Ihering es, en su segunda fase intelectual, más positivo, aún si cabe, que en la primera. Porque el Derecho, para él, es el emanado del Estado que lo impone impulsivamente por la fuerza física.

El concepto del Derecho que ofreció Ihering, exige para todo ordenamiento jurídico, el mantenimiento de su formulación lógica con la que garantizar la seguridad y certeza del Derecho, si bien, utilizada sobre las aspiraciones de la sociedad, de la que nace y a la que sirve.

2. La jurisprudencia de intereses

La jurisprudencia de intereses es una corriente de pensamiento jurídico, muy extendida por Alemania, que vino a significar la antítesis de la jurisprudencia de conceptos formalistas. En 1847 el formalismo positivista sería duramente atacado por su falta de sentido práctico. Los científicos del Derecho, preocupados por la pureza del método lógico–deductivo, aplicado a las fuentes jurídicas romanas de las que extraer conceptos jurídicos abstractos, estaban olvidando la realidad sociológica del Derecho, que nace en la sociedad y a ella sirve.

Phillip Heck propugna establecer una metodología con la que adaptar la realidad del Derecho a las crecientes necesidades que van planteando los tiempos, especialmente económicas. Según Heck, era necesaria una concepción del Derecho que, sin dejar de ser positivista le asignaba como finalidad genuina la de ser expresión y resultado de los intereses, aspiraciones y valores vividos socialmente. Se trata de exigir al Derecho una fundamentación sociológica e histórica, porque la protección jurídica de los intereses sociales no puede ignorar ni el cómo ni el cuándo ni el por qué éstos se han gestado y evolucionado con el tiempo.

La jurisprudencia de intereses, frente a la jurisprudencia de conceptos, propugna para la creación e interpretación del Derecho el uso de la razón empírica, sociológica e historicista, rechazando la razón especulativa o abstracta y, siempre, la razón metafísica o filosófica.

La letra de la ley debe ser entendida como el medio de expresión jurídica de la intencionalidad del legislador quien, a su vez, la utiliza para definir la protección que el Estado concede a los intereses y valores que rigen socialmente. Esto adquiere notable trascendencia en los supuestos de ausencia de normatividad concreta, caso de las llamadas *lagunas del Derecho*. Para estos casos, la jurisprudencia de conceptos negó posibilidad de lagunas en el ordenamiento positivo, ya que la razón especulativa siempre encuentra normativa aplicable por un proceso deductivo. Para Heck, en cambio, es más realista la búsqueda e identificación de los valores que inspiran al legislador, definir las circunstancias sociológicas e históricas en que se gestó la Ley para, con todos estos elementos de juicio, realizar una decisión judicial autónoma según los mismos criterios utilizados por el autor de la ley. Esta doctrina que se conoce por la búsqueda y aplicación del *espíritu de la ley*.

3. El movimiento del Derecho libre

A de finales del siglo XIX y comienzos del XX se registra en Europa una tendencia generalizada hacia un inconformismo y rechazo de todo lo tradicional. Así, los partidarios de un *Derecho libre*, aun sin proponérselo expresamente, encarnarán este inconformismo cultural en lo jurídico contra el derecho estático y formulista del sistema entonces vigente. Junto a ello las posturas antirracionalistas de Nietzsche y Bergson, influyeron sobre las teorías interpretativas del Derecho, radicalizando aún más los planteamientos de la jurisprudencia de intereses.

Oskar Bülow publicó una pequeña obra, *Ley y oficio del Juez* en la que sostuvo que el Derecho es creado verdaderamente por el juez por medio de las sentencias y que el legislador, al formular la ley, se convierte en un mero preparador del Derecho y no en su verdadero creador; esta tesis implica la posibilidad de que el juez pueda, en ocasiones, no tomar en consideración los sistemas y conceptos jurídicos, incluso el mismo texto legal, auténticos dogmas del formalismo jurídico.

Eugen Ehrlich, propugnó la libre investigación del Derecho, contra el rígido y mecánico proceso de aplicación simple de la norma a la casuística. No llegó a adjudicar al juez la función creadora del Derecho, pero sí consideró inútil, la pretensión de que toda decisión judicial fuese completamente aséptica, aislada de la propia personalidad, y trató de justificar y encontrar fuera del Derecho otros criterios objetivos a los que debiera vincularse el juez en su decisión, tales como ciertas normas y leyes de la vida social que no están en el Derecho.

Hermann Kantorowicz publicó el polémico libelo *La lucha por la ciencia del Derecho*, sosteniendo la idea de que en todo ordenamiento jurídico existe, frente al Derecho estatal, otro Derecho libre, igualmente válido, y que está integrado por esa opinión jurídica latente en toda sociedad, por las sentencias judiciales y por la ciencia jurídica.

La tesis de Kantorowicz consiguió seguidores fervientes a principios del siglo XX, quienes rechazaron el principio clásico legalista, según el cual el Derecho exclusivamente se constituye del contenido existente en toda norma positiva. Los partidarios de este derecho libre sostenían que en todo derecho estatal, por completo que pueda ser, existen lagunas y vacíos que deben ser rellenados con criterios jurídicos no formalistas.

Estas teorías del Derecho libre, en la época del dogmatismo formalista, fueron acusadas de romper con la seguridad y la certeza del Derecho y propiciar el relativismo y subjetivismo legal, y de hacer imprevisibles e incontrolables las decisiones judiciales.

4. François Gény (1871–1938)

François Géný, notable jurista francés, vivió inmerso en el ambiente del formalismo jurídico, que no compartía, al que seguían los partidarios de la llamada *escuela de la exégesis*, nacida a partir de la publicación del código de Napoleón. La escuela de la exégesis fue una versión francesa del positivismo jurídico.

La escuela de la exégesis, se caracteriza por el exagerado culto que tributaba al texto de la ley; la tendencia de los exegetas a interpretar subjetivamente el derecho, indagando el espíritu del legislador a través de los antecedentes históricos de las leyes y del estudio de sus preámbulos, considerando que para interpretar y aplicar correctamente el Derecho se debe pensar y querer como pensó y quiso el autor de la ley; la imposibilidad de considerar, una vez publicado el Código, otro ordenamiento jurídico más completo posible, por lo que el jurista debe ceñirse lo más estrictamente posible a él; inexistencia de otro Derecho que el contenido en la Ley que es creación, exclusivamente, del Estado; la inoperancia de los principios del Derecho natural, los cuales se consideran supuestamente subsumidos en la forma escrita de las leyes, etc.

Frente a la concepción exegetica, Géný sostenía que el derecho positivo era insuficiente como fuente formal del Derecho, ya que la ley escrita no podía, por sí misma, solucionar todas las situaciones jurídicas, siendo necesario recurrir a la *naturaleza de las cosas* para interpretar adecuadamente el Derecho. El Derecho positivo no es una ciencia sino una técnica. La ciencia del Derecho toma como materia prima las realidades sociales y la vida misma donde, espontáneamente, rigen unos criterios naturales a las cosas, apropiados a las realidades objetivas mismas. De todas esas realidades *dadas*, consideradas de un modo global, la ciencia jurídica extrae razonadamente las reglas jurídicas y los preceptos de conducta que deben figurar entre los elementos constitutivos del derecho positivo.

Géný califica como derecho natural a esos principios operativos, extraídos racionalmente de la naturaleza de las cosas que tenemos como *dadas*. Ahora bien, apunta expresamente que si se les pretende conferir validez universal e inmutabilidad, pierden su eficacia jurídica informadora, para lo cual deben conservar su posibilidad de variación y movilidad.

En Géný subyace un iusnaturalismo, que niega a la ley escrita el carácter de fuente última del Derecho.

TEMA 17

EL SIGLO XX: EL REALISMO JURÍDICO

I. EL REALISMO JURÍDICO ESTADOUNIDENSE

Todas las corrientes que se recogen bajo el nombre de «realismo jurídico» se caracterizan por el intento de traducir el mundo del derecho a realidades espacio-temporales que puedan ser mostradas como este árbol, esta casa o esta acción. Todas estas corrientes se autodefinen como antimetafísicas desde el punto de vista filosófico; es decir, no hay más realidad que la que se da en la experiencia y es en este ámbito donde hay que situar el derecho y no en especulaciones metafísicas.

Desde el punto de vista moral, todas las corrientes «realistas» se declaran *no cognoscitivas*; es decir, no existe una realidad moral cognoscible. No es posible probar ningún tipo de enunciado moral, que bien es producto de creaciones religiosas, de sentimientos emotivos..., pero sin que pueda ser demostrada su objetividad. Por ello, todo «realismo jurídico» defiende una separación entre «derecho» y «moral». Como es lógico, todas las corrientes amparadas en esta nominación son *anti-iusnaturalistas*.

Cabe afirmar que el realismo jurídico es *positivista* en el sentido de que no acepta como derecho más que el derecho que funciona eficazmente en una sociedad determinada; no obstante, en la medida en que el realismo jurídico señala como fenómeno jurídico fáctico algo distinto del derecho «puesto» por las distintas instancias del poder público, puede decirse que se trata de una corriente *no-positivista* y así se autodenomina. Desde este punto de vista puede considerarse al positivismo como una especie de secularización de la doctrina del

derecho natural: así como el iusnaturalismo entendió que el derecho era una expresión de la «voluntad de Dios», el positivismo entiende que el derecho es una expresión de la «voluntad del Estado».

Otra característica de estas doctrinas salvo la americana, es el *cientismo*, es decir, la creencia en que es posible una «ciencia jurídica» empírica análoga a las modernas ciencias empíricas físico-naturales, psicológicas o sociológicas, comprensiva de proposiciones sobre fenómenos verificables.

Por último, una característica general del «realismo jurídico» es su procedencia *anglosajona y escandinava*.

Para el realismo americano la realidad jurídica son las decisiones de los tribunales. El movimiento realista americano tiene su origen en la teoría jurídica de Oliver W Holmes. En el año 1878 Holmes pronunció una conferencia en Boston que se publicó bajo el título de «*La senda del Derecho*» a través del cual sentó las ideas que constituyen el fundamento de todas las corrientes realistas.

Siendo la realidad del derecho la decisión definitiva de los tribunales; «... lo que llamamos un deber jurídico no es más que la predicción de que si un hombre hace o deja de hacer ciertas cosas, sufrirá tales o cuales consecuencias debido a la sentencia de un tribunal». Sobre esta base desarrolla en Norteamérica la corriente «realista» y cuyos principales protagonistas son J. Frank y K. N. Llewelyn, éste último fijó los caracteres del «movimiento» realista norteamericano, de los que destacan, la concepción del derecho como una realidad en movimiento, como un medio para fines sociales y no como un fin en sí mismo; la necesidad de reexaminar la realidad jurídica para acomodarla a las realidades sociales; la separación metodológica entre *ser* y *deber ser* a los efectos de la investigación jurídica; la desconfianza (o el escepticismo) respecto de que las reglas o normas prescriptivas...

Por su parte Frank ha señalado los dos sectores del movimiento realista: los que llama «*escépticos de las reglas*» y los que denomina «*escépticos de los hechos*».

Para los «escépticos de las reglas» las auténticas normas que componen el derecho no están en las gacetas oficiales, sino que son *descripciones empíricas de lo que hacen los tribunales* y, por tanto, deducciones o predicciones de lo que van a hacer los mismos.

Los realistas de este sector centran su atención en el estudio de los factores que, aparte de la norma prescrita en la gaceta oficial o «regla de papel», intervienen en la decisión judicial que constituyen la genuina norma de derecho.

Para los «escépticos de los hechos» el condicionante definitivo de la decisión judicial está en los hechos, es decir, en el «juicio fáctico». En la gran mayoría de los pleitos se plantean problemas de hechos, no de normas aplicables, así según Frank, defensor de esta teoría, hay una inmensa cantidad de reglas que los tribunales siguen fielmente y que no plantean problemas interpretativos; no ocurre así, sin embargo, con los hechos. Frank mete en el mismo saco dubitativo los propios «precedentes» que utilizan los tribunales de instancia con lo que incorpora un nuevo coeficiente de indeterminación a la decisión judicial. De este modo la obra de Frank ha puesto de relieve, precisamente, lo problemático de una ciencia predictiva sobre las decisiones de los Tribunales y, por tanto, de una ciencia jurídica poco susceptible de fundamentar enunciados sobre el derecho. La jurimetría, la cibernética jurídica y, en general, todos los trabajos de la técnica informática aplicados a las decisiones judiciales no revelan más que las líneas generales de actuación judicial que en manera alguna sirven para hacer predicciones.

En todo caso es discutible que la realidad del derecho esté en la decisión judicial aunque sea en alguna medida predecible. Una vez producido un conflicto judicial la decisión definitiva de los tribunales constituye el deber-facultad definitivo para las partes litigiosas; pero esto no es toda la realidad jurídica. En definitiva, lo que el juez hace es evaluar si la conducta de las partes se ha ajustado o no a unas normas; esto es, «a derecho» y es de esta realidad de la que se habla.

II. EL REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO

En este epígrafe, se hace referencia fundamentalmente a los dos autores principales del realismo jurídico escandinavo, que son el sueco *Karl Olivecrona* y el danés *Alf Ross*, porque son los que ofrecen una teoría jurídica más elaborada. También se hace referencia a *Mel Hägerström* en cuanto formula un planteamiento común a ambos que es coincidente con la teoría ética de la ciencia anglosajona predominante en esa época, a saber: los planteamientos empiristas y el llamado «no cognoscitismo ético».

Según el planteamiento neoempirista, no hay más realidad que la que se da en fenómenos espacio temporales ni hay más proposiciones científicas que las que pueden ser objeto de verificación por esa realidad.

Así, el realismo jurídico escandinavo se fundamenta en lo que gira bajo la denominación de empirismo en las presentaciones clásicas de las doctrinas filosóficas, no en lo que la filosofía académica a denominado como realismo. Por ello está justificado llamarle «empirismo jurídico».

El realismo jurídico escandinavo se adhiere de lleno a las teorías emotivistas del mundo moral: los criterios y creencias morales son emanaciones de sentimientos subjetivos y, por tanto, no son susceptibles de ser objeto de enunciados objetivos de carácter categórico o incondicionado, esto es, con «validez» objetiva. Por «la idea de validez» debemos entender, la creencia de que algo es realmente justo o debido.

La concepción jurídica escandinava ha realizado una crítica de lo que llama «teoría del derecho natural», entendido como derecho emanado de la «voluntad de Dios», como del que llama «positivismo jurídico», entendido como reglas emanadas de la «voluntad del Estado» o «voluntad del legislador».

Para el realismo escandinavo, en la crítica a lo que llama positivismo, el derecho es algo más que las reglas puestas por las autoridades y aún el propio concepto de autoridad («legislador») es un concepto jurídico. «La autoridad no existe con independencia del ordenamiento jurídico», dice Olivecrona. Es preciso, sin embargo, aclarar que cuando el realismo escandinavo objeta que el derecho sea una «declaración de voluntad» se está refiriendo a la voluntad como «expresión de un deseo» o manifestación de una apetencia.

En su crítica al imperativismo concibe el «mandato» como una «orden», esto es, como una relación personal entre un «imperator» y un destinatario al que se le prescribe una acción con una determinada «forma de expresión» o acompañado de una amenaza, lo cual es característico de la mayoría de las críticas al imperativismo jurídico.

Para Ross «derecho vigente» es, ante todo, un sistema normativo referido a una comunidad concreta. No puede hablarse de norma jurídica aisladamente sino de un sistema institucional o «máquina jurídica». En esto Ross coincide con Olivecrona y, en general, con todo el realismo escandinavo. Ross entiende por «derecho vigente» el conjunto de reglas de conducta (directivas) que son efectivamente vividas por los juzgadores como socialmente obligatorias.

Para Ross la mera «observación externa» de las reglas que «de facto» consideran los jueces no nos ofrecen la verdadera realidad jurídica. Se precisa de un requisito más: que esas reglas sean realmente «vividas» «como obligatorias» por los jueces; el derecho vigente está compuesto por aquellas «normas que operan en el espíritu del juez porque éste las vive como socialmente obligatorias y socialmente las obedece», dice textualmente Ross.

Hay pues un «sistema de reglas» directivas que constituyen la «ideología jurídica» que los jueces consideran a la hora de tomar sus decisiones y que los jueces y autoridades aceptan «por un puro sentimiento de deber» y en manera alguna presionados por sentimientos de coacción. En suma para que la norma «exista» se precisa no solamente que se verifique que es seguida, sino que es seguida con conciencia de que la regla es «válida». Pero a su vez estas reglas constituyen unas «directivas» para que el juez aplique la fuerza.

¿Qué es una «directiva»? A diferencia de los enunciados sobre la realidad, p. ej.: «esta puerta es blanca» existen, entre otras, «expresiones sin significado representativo» que son usadas con el propósito de ejercer influencias (p. ej. «cierra la puerta»). Estas son las «directivas». La directiva contiene, por tanto, la representación de una «idea-acción» concebida como forma de conducta. Las directivas son de diversas clases; entre ellas cabe distinguir entre las personales (consejos, advertencias, recomendaciones, instrucciones... ,) y las impersonales; entre éstas últimas están los «cuasi-mandatos», directivas con las que el individuo «se encuentra» como un orden dado que se impone con independencia de cualquier aceptación o reconocimiento por su parte. Estos «cuasi-mandatos» son las reglas jurídicas o derecho.

Ahora bien, para que «exista» una norma jurídica no basta con que exista la directiva sino que ésta «corresponda a un hecho social». En el caso de la «norma jurídica» el hecho social determinante es la asunción de la directiva con conciencia de que debe ser así incondicionadamente. En la medida que los jueces aceptan el «sistema de directivas» o el orden institucional de reglas legales como «válido», se puede decir que «existe» o «es vigente» un sistema de reglas.

Como se ve hay dos motivos de obediencia de las reglas jurídicas: el referido al ciudadano, que es la respuesta a una cuasiamenaza y el referido al juez que decide, que es lo que llamaríamos un «motivo moral», que es el constituyente de la norma jurídica como tal, puesto que la directiva va dirigida al juez y su «idea-acción» consiste en influir en su conducta para que aplique la función en determinados supuestos, supuestos que son determinadas conductas de los ciudadanos.

Pese a que Ross cree que las leyes nacen para dirigir el comportamiento de los ciudadanos y que la legislación «lleva una intención social», considera como norma jurídica la directiva al juez y no la directiva al ciudadano que, en caso de incumplimiento, da origen a la directiva al juez. Sin embargo, no tiene más remedio, para no salirse enteramente de la percepción común del mundo jurídico, que considerar la directiva al ciudadano también como una norma, pero una norma «derivada» o «norma en sentido figurado».

En cuanto a las normas de competencia, es decir, las normas que definen quién puede dictar directivas al juez y en qué condiciones, y cómo debe el juez juzgar, y cómo debe ejecutarse lo juzgado, según Ross «se pueden reducir a normas de conducta y, por ende, tienen que ser interpretadas también como directivas para los tribunales». Y las normas que determinan quién es juez y cómo se convierte una persona en «juez» constituyen unas específicas reglas que ya no están dirigidas a los jueces, que Ross llama «derecho público» a diferencia de las dirigidas a los jueces que Ross llama «de derecho privado».

Por su parte, para Olivecrona el derecho no tiene un comienzo históricamente determinable y el propio poder soberano se encuentra en su aparición con reglas jurídicas. Es el orden jurídico el que atribuye a una o más personas el «poder soberano». «El Estado» no es el creador del derecho por cuanto «El Estado hace su aparición en la historia mucho más tardíamente que el derecho». Por ello no considera aceptable la teoría voluntarista del positivismo jurídico según la cual el derecho es el producto de una voluntad soberana.

Para Olivecrona, las leyes son el producto de un concurso de actos, de tal manera que lo único que la determina es que se aprueban con arreglo a unas formalidades específicas de acuerdo con la Constitución y que dependen para su eficacia práctica del «respeto universal hacia ésta». Las leyes son el resultado de un proceso de múltiples influencias que acaban finalmente en el acto definitivo de la promulgación.

Los mismos reparos que Olivecrona opone a la concepción del derecho como un producto de la voluntad del soberano, los aplica a la concepción de derecho como una expresión de «la voluntad del Estado» o incluso de «la voluntad popular». Las reglas jurídicas se fundan en una actitud general de respeto a las mismas. Tal actitud de respeto es la *fuerza inmediata* del poder normativo de los legisladores, en la medida en que la población acepta el poder de elaborar leyes con determinadas formalidades, el valor de los precedentes judiciales y las reglas consuetudinarias.

En cuanto a la naturaleza de las normas jurídicas, considera Olivecrona, que las normas jurídicas son obligatorias porque tienen «fuerza vinculante», lo que equivale a decir que objetivamente debe ser obedecida, esto es, que porta un valor objetivo que Olivecrona considera como una nota no verificable (no cognoscitivismo). Por tanto, según Olivecrona las normas jurídicas están constituidas por «imperativos independientes». Un imperativo independiente no es una declaración de voluntad sino una «forma de expresión» utilizada en términos sugerentes para influir en la conducta de los individuos, y su eficacia depende de la actitud de aceptación adoptada por el grupo, actitud que obedece a multitud de causas.

Las normas sobre competencia y procedimientos son para Olivecrona «imperativos de existencia» o «imperativos directivos», estos imperativos constituyen, para el autor, expresiones imperativas pero que no «no ordenan hacer nada».

Lo que separa en este punto a Olivecrona de Ross es que el «imperativo independiente» es que para Olivecrona, el hecho que lo sostiene es la actitud psicológica del grupo, no que los mismos sean asumidos por el juez. Los imperativos se refieren a unas reglas de «derecho sustantivo» que mencionan derechos y deberes. La función del juez consiste en resolver la controversia sobre esos supuestos derechos y deberes, de tal manera que dictará sentencia cuando esté convencido de que el demandante tiene el derecho que alega tener.

TEMA 18

EL SIGLO XX: Kelsen. LOS INSTITUCIONALISTAS

I. HANS Kelsen (1881–1973)

Hans Kelsen es, probablemente, el jurista más importante del siglo XX. Fue el fundador de la llamada escuela de Viena. Su doctrina ha ejercido una enorme influencia en el pensamiento jurídico del siglo XX no sólo en el ámbito de la ciencia jurídica en general, sino también en parcelas concretas, como por ejemplo, en el Derecho constitucional. Kelsen dedicó toda su vida a la docencia y a la investigación, falleciendo en el año 1973.

Las obras más importantes de Kelsen son: *Problemas fundamentales de la doctrina del Derecho del Estado*, *Teoría general del Estado* y *Teoría pura del Derecho*.

1. La Ciencia del Derecho

Una de las preocupaciones fundamentales de Kelsen fue la elaboración de una teoría del Derecho libre de cualquier ideología política y conseguir con ello la construcción de una «auténtica» ciencia. La teoría pura del Derecho pretende determinar qué es y cómo se forma el Derecho sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Lo primero que hay que distinguir son las ciencias de la naturaleza que son expresión de un ser de las ciencias normativas que son expresión de un deber ser. Las ciencias de la naturaleza se caracterizan porque en ellas rige el principio de causalidad, en virtud del cual si se produce una causa ha de producirse necesariamente un efecto. En la ciencia jurídica las cosas no suceden del mismo modo, por ello, para que pueda constituirse como una ciencia autónoma, debe operar con un método diferente. Kelsen encuentra en lo que él llama principio de imputación el método apropiado. Este principio atribuye una consecuencia determinada si se produce cierta condición.

Aparentemente ambos principios (causalidad e imputación) son muy semejantes, sin embargo, existe una diferencia esencial referida a la forma en que se relaciona la condición y la consecuencia. En el principio de causalidad la condición (causa) y la consecuencia (efecto), existe una relación de necesidad entre causa y efecto; si se produce la condición (causa) indefectiblemente se producirá la consecuencia (efecto). En el principio de imputación la relación entre condición y consecuencia no es de necesidad sino de «deber ser», es decir, cada vez que se produce la condición no se produce necesariamente la consecuencia sino que debe producirse. La ciencia del Derecho es, por tanto, una ciencia normativa cuyo objeto viene constituido por las

normas jurídicas. Es una ciencia del deber ser y no del ser, describe normas y no hechos.

Por último, hay que hacer referencia a la distinción que establece Kelsen entre normas jurídicas (el objeto de la ciencia jurídica) y proposiciones jurídicas (los enunciados que describen el ordenamiento jurídico). La diferencia entre ambas es clara: las normas tienen un carácter prescriptivo, mientras que las proposiciones jurídicas tienen un carácter descriptivo. De ello se infiere que lo que puede predicarse de cada una de ellas es bien distinto: mientras que las normas pueden ser válidas o inválidas, las proposiciones jurídicas sólo pueden ser verdaderas o falsas.

2. La norma jurídica

Kelsen nos presenta la norma jurídica como un juicio hipotético: si se produce un determinado acontecimiento A (lo ilícito) debe producirse un acontecimiento B (la sanción). Este juicio hipotético se funda en el principio de imputación que atribuye una consecuencia a un determinado hecho. La estructura de la norma jurídica puede reducirse al siguiente esquema: si es A debe ser B. A es la condición (lo ilícito) y B la consecuencia (la sanción).

En el esquema Kelseniano la sanción ocupa el lugar fundamental y por ello llama norma primaria a la que establece la sanción y norma secundaña a la que prescribe la conducta. Las normas morales tienen la misma estructura lógica que las jurídicas, sin embargo, lo que las diferencia es el elemento de la sanción; el Derecho es un orden coactivo y el acto de coacción o sanción es lo que caracteriza a la norma jurídica respecto de otros tipos de normas.

En la doctrina expuesta, el propio Kelsen va a introducir algunas modificaciones en la edición de 1960 de la *Teoría pura del Derecho*. El esquema lógico que proponía Kelsen (si es A debe ser B) sirve para un tipo determinado de normas jurídicas, pero hay otras muchas que no responden a este esquema (normas de organización, permisivas, interpretativas, etc.) y por ello Kelsen modifica el concepto de deber ser. Así por deber ser debía entenderse no sólo deber o deber ser sino también estar permitido y poder o tener posibilidad de. Lo que ocurre es que, si se produce esta ampliación, se admite la posibilidad de la existencia de normas sin sanción. Para evitar esto Kelsen distingue entre normas dependientes y normas independientes. Las normas independientes son completas y responden al esquema si es A debe ser B, mientras que en las normas dependientes falta algún elemento. Son normas dependientes las permisivas, las derogatorias, las que regulan los procedimientos judiciales y administrativos, etc. Lo que sucede es que la unión de varias normas dependientes da lugar a una norma completa.

3. Validez y eficacia

Para Kelsen «Una norma positiva existe cuando es válida»; de ahí que la validez sea la «existencia específica de una norma». Para responder a la siguiente pregunta: ¿por qué valen las normas jurídicas y cuál es su fundamento? Kelsen distingue dos tipos de sistemas de normas: un tipo estático y otro dinámico. En el primer caso las normas valen por su contenido, mientras que en el segundo las normas valen porque han sido producidas de una determinada manera, concretamente «...porque han sido producidas de la manera determinada por una norma fundamental presupuesta». Por ejemplo, una sentencia judicial vale porque hay una norma superior que atribuye validez a las sentencias de los jueces; a su vez esa norma superior deriva su validez de otra norma hasta llegar a la norma fundamental. Esto es lo que Kelsen denomina construcción escalonada del orden jurídico.

En cuanto a la eficacia de las normas. Para Kelsen no se puede confundir la validez con la eficacia. Un orden jurídico es válido sólo si es relativamente eficaz. La eficacia sólo supone que las normas jurídicas son efectivamente aplicadas, pero una norma tiene validez antes de ser eficaz; por eso, la eficacia es una condición de la validez de las normas. En definitiva, «la eficacia del ordenamiento en su conjunto es condición, no razón de validez de las normas que lo constituyen, es decir, las normas son válidas cuando han sido creadas

constitucionalmente, pero sólo a condición de que el ordenamiento jurídico en su conjunto sea eficaz». Por consiguiente, Kelsen no identifica validez y eficacia y rechaza tanto las tesis idealistas como las realistas.

4. La norma fundamental

Según acabamos de ver, la validez de una norma concreta se fundamenta en la validez de otra norma superior. Ésta a su vez encuentra su fundamento en otra norma, pero como esta cadena no puede legar hasta el infinito tiene que haber una norma última que se encuentre en el vértice de todo el sistema jurídico y que fundamente al resto de las normas. A esta norma suprema la llama Kelsen norma fundamental. La validez de esta norma fundamental no se puede derivar de ninguna norma superior, «ni puede volver a cuestionarse el fundamento de su validez». Esta norma no puede ser una norma puesta, sino presupuesta y, consiguientemente, no se identifica con la Constitución; en definitiva, no se trata de una norma positiva. Kelsen dice que la norma fundamental es el «presupuesto lógico-trascendental» de la validez de las normas jurídicas.

Este supone uno de los puntos más criticados de la doctrina kelseniana, entre otras razones porque parece que quiebra la pretendida «pureza» metodológica en el sentido de que con la norma fundamental se pasa del terreno de las normas al de los hechos que es precisamente lo que Kelsen intentaba evitar.

En relación con este tema ha dicho Bobbio con gran acierto que «cuando se pregunta cuál es el fundamento de la norma fundamental, oímos responder que el fundamento de esta norma última, al no poder ser otra norma superior, es su eficacia, es decir, el mero hecho, histórica y sociológicamente comprobable, de que las obligaciones de ella derivadas son habitualmente observadas. Pero con esta respuesta se ha pasado ya de la línea de las normas a la de los poderes: la validez de la norma última se funda en la efectividad del poder último».

Por otra parte, ha habido algunos críticos que han llegado a afirmar que la norma fundamental de Kelsen no difería mucho del Derecho natural e incluso se ha calificado su doctrina como iusnaturalista. De cualquier modo, conviene señalar que el propio Kelsen al final de su vida albergó serias dudas sobre lo que había afirmado en torno a la norma fundamental.

5. Neutralismo axiológico

Kelsen quiso construir una ciencia jurídica que no se confundiera con la ética o la sociología y cuyo único objeto fuesen las normas jurídicas. El contenido del Derecho es irrelevante para la ciencia jurídica, pues ésta debe describir el Derecho con independencia del poder político que lo sostiene. Pero, sobre todo, la ciencia del Derecho debe prescindir de los valores, porque los juicios de valor no son científicos y sólo tienen un carácter emocional. Además los valores –entre ellos la justicia– son relativos. El determinar si un determinado Derecho es justo o injusto es algo que queda fuera del ámbito de la ciencia. Una de las acusaciones que Kelsen dirigió siempre contra la doctrina del Derecho natural fue su creencia en la existencia de una Justicia absoluta, ya que ésta es «un ideal irracional».

Pero todo esto no significa que Kelsen muestre indiferencia ante los valores por más que considere que éstos son siempre relativos y, de hecho, a lo largo de su vida optó por un determinado sistema de valores. Kelsen intentando responder al pregunta ¿Qué es Justicia? concluyó: « Verdaderamente, no sé si puedo afirmar qué es la Justicia, (...). Mi Justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la Justicia de la democracia, la de la tolerancia».

II. LOS INSTITUCIONALISTAS

No se puede afirmar que los denominados institucionalistas o defensores de la «teoría de la institución» formen un grupo homogéneo, pues el propio término institución ha adquirido distintas significaciones según lo empleara uno u otro autor. No obstante, es posible señalar dos características que son comunes a todos los

institucionalistas: en primer lugar, el rechazo del positivismo jurídico de signo formalista; en este sentido, puede decirse que los institucionalistas son antinormativistas, ya que para ellos el Derecho es un fenómeno demasiado complejo como para reducirlo a mera norma. En segundo lugar, los institucionalistas atacan el dogma de la estatalidad del Derecho, pues el Estado no es la única fuente del Derecho.

La teoría de la institución aparece originariamente en Francia de la mano de Maurice Hauriou, habiéndose extendido posteriormente a otros países.

Con independencia de Hauriou la doctrina que más fama ha tenido en este siglo –aunque sólo tardíamente– centrada en el concepto de institución ha sido la del jurista italiano Santi Romano. De las muchas obras de Romano hay que destacar de un modo particular la que lleva por título *El ordenamiento jurídico*, que apareció por primera vez en el año 1917.

Para Romano el Derecho no puede ser explicado a través de las normas. No es que Romano niegue la realidad de las normas, pues tal afirmación sería absurda; lo único que dice es que la definición del Derecho no puede encontrarse a través de las normas. Así para Romano, existen tres elementos necesarios para llegar al concepto del Derecho.

- El concepto del Derecho tiene que ponerse en relación con el concepto de sociedad.
- El concepto del Derecho debe contener la idea de «orden social».
- El orden social que establece el Derecho no es el que se determina por la existencia de normas que disciplinan las relaciones sociales.

Para Romano la institución es «todo ente o cuerpo social» y lo caracteriza como un ente con una extensión objetiva y concreta, que sea manifestación de la naturaleza social del hombre, cerrado y con individualidad propia, y que tenga carácter permanente, lo que significa que no pierda su identidad cuando cambian sus elementos concretos, por ejemplo, las personas que lo integran.

La relación entre institución y Derecho es evidente; afirma Romano que «todo ordenamiento jurídico es una institución y toda institución es un ordenamiento jurídico...». Esto deriva en la pluralidad de los ordenamientos jurídicos, es decir, existirían tantos ordenamientos jurídicos como instituciones. Y con esto, llegamos a una de las conclusiones más importantes de la doctrina de Romano y que supone el rechazo de una de las ideas fundamentales del positivismo jurídico formalista: la reducción del Derecho al Derecho del Estado. El Estado es una institución más que tiene su ordenamiento jurídico; pero junto al Estado existen otras muchas instituciones con sus respectivos ordenamientos jurídicos. De cualquier modo, el Estado es considerado por Romano «la institución de las instituciones», lo que significa que es la más importante.

La doctrina de Romano fue formulada en un momento en el que se estaban produciendo grandes transformaciones sociales y, por ello, tiene, entre otros, el mérito de haber intuido este cambio. Concretamente, percibió con gran nitidez la crisis del Estado moderno, lo que «implica la tendencia de una serie grandísima de grupos sociales a constituirse cada uno en un círculo jurídico independiente».

Axiología: Teoría de los valores, especialmente de los éticos, los religiosos o los estéticos.

Ontología: Parte de la metafísica que trata del ser en general y de sus propiedades transcendentales.

Axiología: Teoría de los valores, especialmente de los éticos, los religiosos o los estéticos.

Epistemología: Doctrina de los fundamentos y métodos de los conocimientos científicos

Teleología: Doctrina de las causas finales.

Libelo: Escrito en que se denigra o difama a personas o cosas. Antiguamente, libro pequeño. En Derecho, petición o memorial.