

SUPUESTOS CARDINALES DE LA CIENCIA JURIDICA MODERNA (*)

POR ENRIQUE GOMEZ ARBOLEYA

EN EL DESPLIEGUE del mundo moderno hay pocos acontecimientos comparables al nacimiento, desarrollo y crisis de la ciencia jurídica europea contemporánea. Circunscrita en un tiempo relativamente limitado, es, sin embargo, difícil de exponer en su sentido y raíz más profundos, por su riqueza de ramificaciones y análisis. Sin embargo, aun con el consiguiente peligro, bien merece la pena el intento. Se trata de la página de filosofía jurídica más honda, verdadera y aleccionadora que jamás hayan escrito los hombres. En ella, la idea del Derecho va manifestando su riqueza y desvelando la multiplicidad de su contenido: agotando sus posibilidades y superándolas en formas cada vez más amplias. La misma realidad lleva así a posiciones extremas y fuerza a su revisión. Si se logra, pues, una adecuada exposición, aunque sea sumaria, se ofrecerá, en su verdad, un trozo de ser. La dialéctica histórica tiene en este caso, además de su propio valor, un valor sistemático. Veámosla en su más escueta y elemental presencia.

1. Señalemos, en primer lugar, un hecho obvio. La ciencia jurídica moderna se ha constituido, paralela al despliegue del Estado moderno y unida a tres grandes acontecimientos: la recepción del Derecho romano, la teoría del Derecho natural racional y la recepción del Derecho constitucional inglés. Todo ello le ha dado históricamente su cuño propio y su peculiar y auténtico perfil.

Y en primer lugar, y a la base de todo, el Estado moderno. El Estado moderno se puede caracterizar por una peculiar cualidad y exigencia: la ra-

* Las páginas que ofrezco a continuación forman parte de un trabajo más amplio sobre la ciencia jurídica moderna, del cual espero publicar aún algunos fragmentos. *Nota del Autor.*

Autorizada su publicación en esta Revista. — *Nota de la Redacción.*

cionalización. Ella constituye el centro y eje de su vida y lo que le diferencia del Estado feudal. Durante toda la Edad Media no se superó el concepto patrimonial del Estado. El beneficio, inmunidad y vasallaje, como los elementos fundamentales que componen el feudalismo, quebrantaron el lazo de súbido, y colocaron, entre éste y el monarca, poderes intermedios. El privatismo de tal relación, su intimidad y como cercanía, han sido destacados frecuentemente. El señor feudal concebía la relación con su feudatario como un vínculo de Derecho privado; la que le unía con el monarca se matizaba de forma muy diversa. Pero en todo caso no había entre la instancia estatal suprema y estos poderes nobiliarios una diferencia de potestad: el rey era sólo *primus inter pares*. Todo ello se modificó en un largo proceso. Este proceso, quizá el más interesante de la historia occidental, es superlativamente complejo. Aquí sólo digamos su consecuencia. El vínculo entre súbdito y soberano se racionaliza, haciéndose abstracto y perdiendo el carácter que tenía en el feudalismo: de enlace concreto mediante poderes intermedios. Con ello aparece un vértice de potestad que permite la racionalización de todos los sectores: financiero, militar, judicial, etcétera; sobre todo de aquel sector que los abarca, calculando el futuro: la legislación. La cualidad máxima del Estado, la soberanía, es definida como *jubendae ac tollendae leges summa potestate*¹.

La dialéctica propia del Estado moderno llevaba consigo un acrecentamiento de poder en la cúspide, mas para una mejor racionalización de la vida común. En último término, el poder concreto, investido de todos los atributos antiguos, incluso el de providente, encontraba en ello segura base de sustentación. Mas este apoyo era también su ángulo de crítica. Pensando la línea de la racionalización *in abstracto* se podía plantear una serie de exigencias frente al poder de un Estado singular.

Ahora bien, la polaridad entre poder y razón se va a manifestar en las tres líneas de evolución jurídica que hemos señalado.

En primer término, en la recepción del Derecho romano. La recepción del Derecho romano constituye un fenómeno peculiar. Es indudable que tal Derecho no fue desconocido en la Alta Edad Media, y a probarlo dedicó una obra, todavía no superada, Federico Carlos de Savigny². Un punto más dubitable es si en los comienzos de esta Alta Edad Media hubo escuelas de Derecho, sobre todo en Roma y Rávena, que hicieran algo más que un es-

¹ Las peculiaridades del Estado medieval han sido objeto de una serie de estudios ya clásicos, pero aún sometidos a discusión. Sólo quiero citar los más conocidos: SPANGENBERG, *Vom Lehnsstaat zum Staendestaat*, 1912; VON BELLOW, *Der deutsche Staat des Mittelalters*, 2ª ed., 1925; KEUGEN, *Der deutsche Staat des Mittelalters*, 1918; WEISSMANN, *Der deutsche Staat des Mittelalters*, 1925. La literatura sobre el Estado moderno es innumerable. Un buen resumen de las peculiaridades de éste en HELLER, *Staatslehre*, 1934 págs. 125 ss.

² *Geschichte des roemischen Rechts im Mittelalter*, 2ª ed., 1834.

tudio gramatical. Fitting lo sostuvo frente a Savigny en dos monografías ³. Conrat y Kantorowitz le refutan ⁴. Indudable es que, en forma más o menos intensa y fecunda, se continúa el estudio de algunos fragmentos del *Corpus iuris* y de las Instituciones. Con el florecimiento de las Universidades comienza a aplicarse el método longobardo de glosas al *Corpus iuris*, ahora completado por el descubrimiento del texto primitivo de las *Pandectas*, y el Derecho romano adviene a una nueva vida. La gran figura es Irnerio y, con él, los cuatro doctores: Martín, Búlgaro, Jacobo y Hugo, todos ellos contemporáneos de Federico Barbarroja; más tarde, Azón, Odofredo y Accursio. La tendencia que estos autores representaban fue, al principio, un movimiento espiritual de respeto hacia los valores de la antigüedad. Con él se unió bien pronto el deseo de influir en la práctica, incluyendo textos modernos en sus *Authenticæ* y en las *Novellæ* (en esta última, por ejemplo, los *Libri feudorum*). Muy bellamente lo ha dicho Rodolfo Sohm: “El pensamiento de los glosadores era, sin duda, hacer del Derecho romano un Derecho vivo; por eso en su *Corpus iuris* asoma siempre el cetro del Imperio germánico, y por eso también el templo glorioso del Derecho romano se ve ceñido, en esta época, por las murallas feudales de la Edad Media” ⁵. Paralelo a este movimiento se desarrolla el esfuerzo de los canonistas. Y como su última expresión aparecieron en el siglo XIII los llamados postglosadores, que ya quieren construir un Derecho de aplicación práctica, un Derecho común. “Este nuevo Derecho común que crea la nueva escuela no se encierra en las fronteras de Italia: posee la fuerza necesaria para conquistar el mundo. La historia debe a los comentaristas, sobre todo, el gran servicio de haber aplicado a la ciencia del Derecho los métodos escolásticos”. Desde este momento va a producirse, en distintas fechas y con peculiaridades diversas, el fenómeno de la recepción. Fue Laband el primero que se enfrentó decisivamente con este fenómeno desde el punto de vista del Derecho público ⁶. La recepción no fue un acontecimiento originado por el Derecho privado, sino por las

³ Ueber die sog. Turiner Institutionenglosae und den sog. Barachylogus y Die Anfaenge der Rechtsschule zu Bologna, 1870.

⁴ CONRAT, *Geschichte der Quellen un Literatur des roemischen Rechts im fruerehen Mittelalter*, tomo I, 1891; KANTOROWICZ, en ZRG., rom. Abt.; XXX, págs. 199 ss., 252 ss.

⁵ R. SOHN, *Instituciones de Derecho privado romano*, 17 ed., corregida por L. Mitteis y sacada a luz por L. Wenger. Trad. esp. de W. Roces, 1928, página 128. Cfr. GIRARD, *Manuel elementaire de Droit romain*, 7ª ed., 1924, página 91, n. 2. Puntos de vista interesantes aporta PAUL KOSCHAKER, *Die Krise des roemischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft*, 1938 y *Europa und das roemischen*, 1947.

⁶ En 1880, cuando se hallaba mediada la publicación de su gigantesca obra *El Derecho político del Imperio alemán*, pronunció LABAND, al tomar posesión del cargo de rector de la Universidad de Estrasburgo, un discurso rectoral que ingresa por propio derecho en el conjunto de discursos rectorales ya clásicos: *Die Bedeutung des roem. Rechts fuer das deutsche Staatsrecht*, 1880. LABAND se ocupaba en él de los “primeros comienzos de la ciencia del Derecho político alemán”. La Recepción es el fenómeno más peculiar e importante de la historia del Derecho, y constituye para la contemplación histórica un objeto de inagotable variedad (op. cit., pág. 8). Este fenómeno ha sido considerado

necesidades del Estado moderno naciente. La impulsó, sobre todo, la exigencia de una administración de justicia racionalizada. Von Bellow ha ampliado estos puntos de vista ⁷. Si unimos a ellos las consideraciones, muy agudas, de Ehrlich ⁸, podremos resumir las peculiaridades del fenómeno en tres rasgos:

a) En primer lugar, con los cultivadores del Derecho romano va a comenzar una nueva posición ante el Derecho. La recepción del Derecho romano, aun como Derecho subsidiario y con todas sus variantes en los diversos países, crea una nueva jurisprudencia. Hasta entonces, la jurisprudencia —romana, germana o inglesa— se había preocupado de extraer la ley justa del caso concreto. La vida era su objeto fundamental. Ahora sucede otra cosa. El Derecho romano ofrecía las normas: no era, pues, necesario buscarlas. La vida de que nacieron se halla muy lejana. Así, el jurista puede ignorarla. “La vida jurídica no fue ya, como en la evolución de un Derecho propio, arraigado en el suelo en que nació, el sujeto de la jurisprudencia, sino su objeto” ⁹.

La jurisprudencia no depende de la sociedad, sino se coloca frente a ella. Se ocupa, no de las relaciones vitales, sino de las reglas, sólo porque son tales reglas. Los juristas procuran conexionarlas con las nuevas relaciones jurídicas. En los glosadores, que eran más científicos que prácticos, no fue sentida toda la dificultad. Ellos se enfrentaron con el *Corpus iuris* como un jurista moderno con su Código: ante todo se quería saber qué había contenido en él. Pero ya marcaron la tendencia hacia una jurisprudencia conceptualista. En sus glo-

hasta ahora desde el punto de vista del Derecho privado. “Cuando actualmente se habla del Derecho romano y de su recepción se piensa, si no exclusiva por lo menos destacadamente, en el Derecho civil, en el llamado Derecho de Pandectas. La afirmación corriente que el *Corpus iuris in toto o in complexu* fue recibido es limitada, desde SAVIGNY, al Derecho privado; todo lo concerniente al Derecho público quedó cerrado a la recepción” (op. cit., pág. 7). Pero ello es equivocado. Examinemos críticamente —nos dice LABAND— las posibles causas de la recepción. El Derecho privado no la provocó propiamente y por sí. El Derecho privado alemán se había desarrollado tan ampliamente, era tan completo y adaptado a las necesidades económicas como el Derecho romano. “No hay que considerar la imperfección del Derecho privado germánico de la Edad Media como la causa de la recepción” (op. cit., pág. 13). La necesidad de un Derecho científico tampoco. “Igual que un pueblo no abandona su idioma porque no se ocupe de la filología, y acepta una lengua extraña porque sea objeto de estudios científicos, tampoco cambia su Derecho por otro que tenga una literatura jurídica”. El pueblo nunca amó la jurisprudencia romana, y no pudo hacer un cambio tan radical en su situación jurídica por un amor que no tenía. Hay una causa fundamental de la Recepción: “La constitución judicial y la organización procesal de la Edad Media eran la expresión de una ordenación social y política en ruinas y agonizante” (op. cit., pág. 15). El Derecho público era el que necesitaba la recepción. El Estado quien la impulsó. “La evolución del Estado absoluto y la recepción del Derecho romano son en Alemania uno y el mismo acontecimiento histórico” (op. cit., pág. 18). Cfr. R SOHN, en *Gruenhut's Zeitschrift*, I, página 246 ss.

⁷ VON BELLOW, *Die Ursachen d. Rezeption des roem. Rechts in Deutschland*, 1905, esp. pág. 163 ss. Cfr. con la vieja opinión de FICHHORN en su clásica *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*, III, párrafos 440-444, y con el fino trabajo de STINTZING, *Geschichte der populaeren Literatur des roemischcanonischen Rechts in Deutschland am Ende des XV. und im Anfaengen des XVI. Jahrhunderts*, 1876.

⁸ EUGEN EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1929, sobre todo cap. XIII, pág. 243 ss.

⁹ EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, pág. 239.

sas, interlineales y marginales, en sus *casus*, en sus *summae*, se fueron depurando y acrisolando los conceptos romanos. Se les tuvo que generalizar hasta el máximo, para que sirvieran a las nuevas necesidades, y esto se hizo excluyendo de ellos todo lo que no era adecuado al presente. "En cuanto el concepto perdía más rasgos se volvió más abstracto, y así, de las generalizaciones romanas salieron, en la Edad Media, abstracciones. Las abstracciones medievales y modernas son, en gran parte, generalizaciones romanas vaciadas de su contenido"¹⁰. Claro que un concepto vacío en absoluto de contenido es inservible. Lo que se hacía era privarles de su contenido romano propio. Los conceptos vitales se volvieron abstracciones. La propiedad romana se volvió propiedad *in abstracto*. Igual la correalidad. *Et sic de caeteris*. Pero aún hubo algo más. Hemos dicho que los postglosadores quieren un Derecho común. Y que utilizan para ello el método escolástico. Ahora podemos aclarar esto. Pues, en efecto, cuando con estos postglosadores, y con la jurisprudencia francesa del XVI y alemana del XVII, el Derecho romano rigió la vida, se impuso la necesidad de regular por él toda relación jurídica. A tal fin no bastaba sólo la jurisprudencia conceptual, pues los conceptos romanos de las fuentes transmitidas no alcanzaban a toda la vida moderna, mucho más rica y complicada. Para superar esta dificultad había varios caminos: enlazar los conceptos romanos en forma que pudieran servir para las nuevas necesidades, o amalgamarlos o falsearlos. En realidad se utilizaron todos ellos, según se necesitó. De este modo se llegó a la jurisprudencia constructiva. En ella ya fue maestro Bartolo; por ejemplo, con su teoría de los estatutos, o con la *aequitas Bartolina*, etc. En todo caso, lo anterior produjo la gran transformación espiritual que lleva consigo esta jurisprudencia. El jurista opera con conceptos, construye. En último término neutraliza su labor: ni quiere reflejar en ella la *lex naturalis*, en el sentido concreto y rico en que la utiliza la Escolástica, ni depender de la vida. Domina la historia, desde fuera, desde el *acies rationis naturalis*, desde la cima de su razón natural. El fenómeno de la recepción se unió así en un estilo común con la racionalización que operaba el Estado moderno.

b) Lo cual se manifiesta más claramente si seguimos examinando el fenómeno, descubriendo dentro de este examen su perfil político. Pues, en efecto, insita en tales actitud y procedimiento va una idea de la mayor importancia: la de la unidad del Derecho. El príncipe operaba mediante decisiones políticas la unificación de su Estado. Este se presentaba cada vez mas como una totalidad organizada sobre un territorio con firmes fronteras. Y todo ello tuvo una versión analógica en el orden del Derecho. La unidad política produjo la visión de la unidad jurídica. Aunque cada precepto singular nace en determinadas condiciones para ciertas necesidades, todos con-

vergen en un vértice: en la voluntad del legislador. Lo cual se manifiesta ya, inicialmente, en los glosadores: "Los glosadores presupusieron que los preceptos jurídicos contenidos en los libros jurídicos romanos no tenían lagunas y eran expresión de una voluntad unitari"¹¹. La construcción que conexionaba unos a otros era así la explicitación de algo ya dado, y manifestaba tanto una limitación como una conquista: el respeto a la ley, no menos que el talento del intérprete. El legislador humano se ve investido con los atributos que antes se predicaban sólo del divino. Para la Teología, la revelación podía valer como una, porque era expresión de un solo Dios omnisciente, que todo lo conocía y preveía; ahora, la legislación vale como una porque se presupone un legislador que todo lo prevé y que, por ser sabiduría lograda, no tiene que variar, sino sólo desarrollar lo que estaba contenido en su primer principio. Con lo cual advertimos una nueva versión de aquella polaridad entre poder y razón, que nos sirve de idea conductora. La Teología había dicho que en Dios, infinitamente perfecto, son idénticas voluntad y razón. El jurista moderno sostiene implícitamente lo mismo del legislador humano. De aquí que sus conceptos y construcción se convierten en sistema racional, y el sistema, en último término, es la mejor manera de explicitar aquella perfectísima voluntad. Ya veremos cómo en ello se insertan los pensamientos procedentes del racionalismo filosófico moderno, sobre todo del idealismo alemán. Aquí sólo señalemos que, apoyado en esto, apareció la idea del "orden jurídico" como un todo sistemático, y se prepararon todas las analogías entre matemática y jurisprudencia que advendrán a luz más tarde. Y lo peculiar de la idea son sus matices, que podríamos llamar tornasolados de un reflejo político y científico. El orden jurídico era unidad de voluntad y destino concreto, y podía apoyarse bien en la voluntad individual del legislador, bien en la voluntad común o en el espíritu del pueblo, según los casos: en todos ellos, esta idea era susceptible de ser enlazada con la del Derecho como una totalidad sistemática. No sólo en la forma antedicha, sino en otra. Pues, en efecto, en la evolución de la época moderna, el Derecho vuelve al seno de donde nació en los siglos XII y XIII: a la Universidad. Ahora bien, toda enseñanza tiene que ofrecer la materia orgánicamente dispuesta en principios y consecuencias. La sistemática comenzó en Roma en los libros destinados para la enseñanza. Ya en Donellus empieza a exponerse pedagógicamente la conexión entre las distintas instituciones. Pero ahora todo se desarrollará espléndidamente. La Escuela Histórica alemana llegará en ello a la mayor precisión. En las diversas relaciones jurídicas se repiten ciertos hechos y ciertos efectos jurídicos. De aquí parte la

¹¹ EHRlich, *Die juristische*, en *Archiv fuer d. civil. Praxis*. 115, 1917, pág. 249, 2ª edición separada, 1925. Sobre el paralelismo de unidad política y unidad jurídica, HELLER, *Die Souveranitaet*, 1927, pág. 95 s, 101 ss.

¹⁰ EHRlich, op. cit., pág. 243.

sistematización científica. Lo peculiar de ella fue que un hecho o un efecto jurídico peculiares, que sólo se encuentran en la estructura de toda una relación jurídica, se contemplan, aislados, y se emplean como material para otra relación jurídica. Según este método fue construida en el siglo XIX la "parte general" del Derecho de obligaciones y de todo el Derecho civil. "La sistemática era más importante que la matemática de conceptos para la opinión de la plenitud del sistema. Un sistema es, ciertamente, una ordenación de lo existente; pero crea siempre, sin embargo, una representación de totalidad. Pronto, por lo tanto, se expuso el sistema jurídico como si comprendiera, no precisamente la materia existente, sino todo el Derecho; los conceptos que tenían por contenido, no relaciones jurídicas singulares, sino géneros enteros de relaciones jurídicas, llegaron a ser tan amplios que tenían aspecto de categorías lógicas, en las que cabía todo el orbe de los fenómenos jurídicos". La unidad política, la unidad lógica y la unidad sistemática lograron así una conexión profunda. La dialéctica entre poder y razón alcanzó así su resultado más logrado.

c) Sociológicamente, todo ello se apoyó en la aparición de un nuevo tipo humano, como protagonista de la evolución jurídica: del legista. El legista, representante idóneo de una clase, de la clase burguesa, fue el aliado del príncipe en una lucha en dos frentes: contra la intromisión de los poderes eclesiásticos y contra las prerrogativas de la nobleza. El legista, apoyado en su Derecho como resultado de la *ratio*, presentará batalla contra la Iglesia en sus pretensiones a dominar la vida política. Con Luis el Bávoro toma la contienda su forma más acusada, pero ella continúa siempre. En la monarquía francesa es un jurista, formado en el Derecho romano, Jean Bodin, quien acuña por primera vez un concepto neutro y aislante de todo contacto teológico: el de soberanía; concepto capaz de encerrar en plenitud sistemática la vida política y jurídica. La regulación de la vida política se apoya en un vórtice que unifica poder y saber secularizado, mando y razón. El teólogo, principalmente el teólogo moral, debía callarse en estos asuntos de inició otra consecuencia. Hemos dicho que el legista es el auxiliar del príncipe de Estado y Derecho. *Silite teologi in munere alieno*¹². Y con ello se cipe, no sólo en su lucha contra la Iglesia, sino contra la nobleza. El príncipe le otorga su confianza, le da prerrogativas en su Corte y, sobre todo, en su curia. El legista es el representante del Rey en los tribunales. Al lado de los escabinos o jueces iletrados, él se siente como técnico. Su intervención en los tribunales gana cada vez más influjo. La recepción del nuevo Derecho es paralela a éste. Y este influjo es asegurado por el monarca. El legista es su representante; por eso, aunque nacido de la clase burguesa, tiene pre-

¹² FRANCISCO J. CONDE ha valorado justamente este hecho en su trabajo *La situación actual del europeo*, 1949.

rogativas de nobleza. Conocido es el privilegio que todavía hoy poseen los profesores de Derecho de gozar del título de Conde cuando llevan veinte años en su tarea. Esta prerrogativa tuvo un fundamento: la necesidad de que el legista no fuera impugnado en los tribunales de la nobleza¹³.

De todas formas, el despliegue del Estado moderno coincide con el progreso de la influencia del Derecho romano, y éste con la intervención del legista en los tribunales. Brunner y Schwerin, no menos que García Gallo y Riaza, lo han marcado con gran precisión. Así advenimos, según decíamos, a la plenitud que representa el Estado ilustrado. Mas la Ilustración, como toda plenitud, es, al par, final de una época y comienzo de otra. Su tendencia más marcada es, según sabido, la civilizadora, y, por eso, la razón formal de la legislación debe dominarlo todo¹⁴. Al pensarlo así se pensaba: la razón, como factor impersonal y supranacional; el Derecho, como legislación universal. El legista se torna legislador. Su resultado más logrado fue, por esa especie de astucia de la Historia de que hablaba Hegel, un producto concreto: el Estado nacional. En esta totalidad, el legista cambia de fisonomía: se convierte en jurista burgués. El Derecho, para él, toma el aire cada vez más neutral con que lo consideran los exégetas franceses o entra de lleno en la marcha pausada del espíritu del pueblo, como un producto de la cultura. El jurista es científico, dimite su función de legislador. No quiere mezclarse en los embates de la lucha activa, es un universitario. Sin embargo, no ha renunciado internamente a ninguna de sus prerrogativas. La lógica sigue siendo su cetro de rey. La acuñación de conceptos, la construcción y el sistema son sociológicamente la expresión del predominio de una burguesía racionalista y calculadora¹⁵. El libro III del *Espíritu del Derecho romano*,

¹³ Cfr. en LABAND, *Bedeutung der Rezeption*, págs. 22 ss., la preciosa explicación del hecho. También DANZ, *Handbuch des deutsch. Privatrechtes*, IV, páginas 266 ss.

¹⁴ Cfr. el espléndido artículo de BENNO VON WIESE sobre *Kultur der Aufklärung. der Soziologie de Vierkandt*, págs. 14. ss.; los innumerables lugares en que DILTNEY se ocupa de la Ilustración, sobre todo el bello inciso en su *Aufbau der geschichtlichen Welt in die Geisteswissenschaften*, tomo VII de los *Gesammelte Schriften*, págs. 179 ss., y el tomo XII, sobre todo el trabajo sobre el *Allgemeines Landrecht*, pág. 131 ss. Sobre la conexión del siglo XVIII con la ciencia del Derecho, además de las obras generales de LANDBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 1898, y de STINTZING, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, I, 1880, II, 1884; son fundamentales: H. V. VOLTELINI, *Die naturrechtlichen Lehren und die Reformen des 18. Jahrh.*, en *Hist. Zeitschr.*, 105, 1910, pág. 65 ss.; E. BOEHM, *Die Prozessgeschichte der Barockzeit*, en *Zeitschr. f. d. ges. Staatsrechtswiss.*, Bd. 59-61, 1939-1942; J. DECLAREUIL, *Histoire générale du Droit français*, 1925; D. MORNET, *Les origines intellectuelles de la révolution française*, 1933; VAN KAN, *Les efforts de la codification en France*, 1929; PH. SAGNAC, *La législation civile de la révolution française (1789-1804)*, 1898; H. MITTEIS, *Die germanischen Grundlagen des französischen Rechtes* en ZRG, Germ. Abt. 63, 1943, págs. 137 s., 159 ss.; HANS THIEME, *Die Zeit des späten Naturrechts*, en ZRG, Germ. Abt., 56, página 242 ss.; H. THIEME, *Die preussische Kodifikation*, en ZRG, Germ., Abt., 57, 1937, págs., 355-428; H. THIEME, *Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte*, 1947; H. THIEME-KUNKEL-BEYELER, *Quellen zur neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands*, 1936, ss.; STOELZEL, *Carl Gottlieb Suárez*, 1885; *Festschrift zur Jahrhundertfeier des All. Gesetzbuches*, 1911, sobre todo WELLSPACHER, *Das Naturrecht und das ABGB*, tomo I, págs. 173 ss.; E. SWOBODA, *Franz von Zeiller*, 1931; E. SWOBODA, *Das ABGB im Lichte der Lehren Kants*, 1926.

de Rodolfo Ihering, será respecto a esto, como luégo veremos, un documento sociológico de la mayor fuerza. Y Ihering mismo un representante capital de la jurisprudencia moderna. Porque, como Goethe o Byron en el arte, no sólo tiene la perfección de un clásico, sino la inquietud abierta a nuevos horizontes de un renovador. Pero, de ello, después ¹⁵.

De este modo, el despliegue del racionalismo político moderno se deja sentir en el desarrollo de la primera línea y va a ofrecernos, como luégo veremos, una peculiar concepción de la ciencia jurídica, que llega hasta Kelsen y sus discípulos, y que tiene por caracteres más destacados *los de ser un racionalismo formal constructivo, desentenderse de los problemas éticos y sociales a su base y apoyarse como presupuesto metódico en el Derecho positivo como expresión de la voluntad del legislador, o de la nación, o de todo el orbe.*

¹⁵ Los fundamentos sociológicos del funcionario jurista y del jurista como profesión liberal han sido destacados por MEUSEL, *Buerkertum, Hwb. der Soziologie*, págs. 90 ss., especialmente 92-93. Además del clásico libro de SOMBART, *Der Bourgeois*, 1913, R. MICHELS, *Problem der Sozialphilosophie*, 1924, y K. BAUER-MENDELBERG, en la revista de VON WIESE, *Koelner Vierteljahrshesfte fuer Soz.*, VIII, 1929, pág. 190 ss.

En la figura de FEDERICO CARLOS SAVIGNY se destacan fuertemente todos estos caracteres, como intentaré mostrar en algún trabajo posterior. Sobre ella STINTZING, *Friedrich Karl von Savigny. Ein Beitrag zur seiner Wuerdigung*, 1862; RUDORFF, F. K. von Savigny, en ZRG, II, 1862; VON BETHMANN-HOLLWEG, *Erinnerungen an F. C. von Savigny als Rechtslehrer, Staatsmann u. Christ*, en ZRG; BETTINA VON ARMIN, *Die Guenderode*, 1904, pág. 39; L. ENNECERUS, *F. C. von Savigny und die Richtung der neueren Rechtswissenschaft, nebst einer Auswahl ungedruckter Briefe*, 1879; A. V. BECHMANN, *Feuerbach und Savigny*, 1879; E. MUELLER, F. K. von Savigny (*Maenner der Wissenschaft, Heft, 9*), 1906; KANTOROWICZ, *Was ist uns Savigny?*, 1912; MANIGK, *Savigny u. der Modernismus im Recht*, 1914; ROTHAKER, *Savigny, Grimm, Ranke. Ein Beitrag zur Frage nach dem Zusammenhang der Historischen Schule*, en *H. Zeitsch.*, 128, 1923, págs. 415 ss. *Einleitung in die Geisteswissenschaften*, 2ª edición, 1930, págs. 43 ss.; A. STOLL, F. K. von Savigny. *Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe*. Bd. I, *Der junge Savigny*, 1927, Bd. II, *Professorenjahre in Berlin*, 1929; ZWILGMEYER, *Die Rechtslehre Savigny*, 1929; SCHULTZENSTEIN, F. K. von Savigny (*Meister des Rechts*, Bd. IV), 1930; E. WOLF, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 1939, págs. 361 y siguientes; HANS THIEME, *Der junge Savigny*, en *Deutsche Rechtswissenschaft*, VII, 1942, págs. 53 ss.; E. WOLF, *Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 1950, págs. 318 ss.

Sobre la escuela histórica daré bibliografía al ocuparme de ella en un próximo artículo.

Ya STINTZING marcó sin darse cuenta en dónde radicaba el fenómeno, la gloria inédita que el jurista SAVIGNY tuvo en un tiempo en que la burguesía era triunfadora. *In der That datieren wir eine neue Epoche in der Jurisprudenz von diesem Werke* ("Das Recht des Besitzes"), *dessem Ruhm, wie kaum jemals ein anderes, der strengen Fachwissenschaft angehoriges, sich auch in solche Kreise, die ihr sonst fern stehen, weit verbreitet hat*, STINTZING, op. cit., pág. 2. En la figura de SAVIGNY se unen las dos exigencias de su época: nacionalismo y racionalismo formalista, de una curiosa manera. Ya KANTOROWICZ puso el grito en el cielo: SAVIGNY *der Vater des juristischen Historismus* es también *der Vater der Begriffsjurisprudenz*; cfr. HECK *Problem der Rechtsgewinnung*, 1912; MANIG, op. cit., págs. 161 ss., y ROTHAKER, op. cit., págs. 56 ss. WOLF ha destacado, además, su culturalismo, op. cit., págs. 370 ss. Todos estos intentos de neutralización son en el fondo una y la misma cosa e influyen decisivamente, como procuraré demostrar en su día, en la peculiaridad de la ciencia jurídica moderna.

¹⁶ IHERING fue un sociólogo sin proponérselo, y probablemente el más espléndido tipo de jurista burgués. De aquí el prestigio de su figura. Es imposible agotar su biblio-

2. Pero tal racionalismo formal tenía que estar implícitamente nutrido de su contenido. Las formas puras son formas infecundas, sobre todo en el terreno práctico. Sin quebrar la línea del racionalismo constructivo, se podía lograr, y se logró, una mayor influencia sobre la realidad. Por muy opuestos que se sintieran, externamente y entre sí, los representantes de ambas direcciones —jurisprudencia y Derecho natural racional—, sus coincidencias eran bastante numerosas, y de hecho colaboraron en una tarea común. La lógica de la jurisprudencia encontró su mudo y fiel acompañante en las deducciones del Derecho natural racional, hasta que en Rodolfo Stammler se funden ambos explícitamente en un método idéntico. En realidad, esto fue posible porque aquella lógica que se presentaba como formal albergaba en su seno la idea llena de contenido del racionalismo filosófico constructivo, y porque éste, que se presentaba como aislado de la legislación, tenía la mayor unidad de propósitos y exigencias con el resto de las tareas de la sociedad burguesa. El Estado moderno, en su despliegue como Estado absoluto y Estado liberal (e incluso Estado totalitario), encerró así en un mismo haz tan distintas tareas ¹⁷.

a) En los cultivadores del Derecho natural racional podemos apreciar también una nueva posición ante su objeto. Dilthey los ha incluido, con verdad, en lo que llama sistema natural de las ciencias del espíritu ¹⁸. Lo cual significa dos cosas: en primer lugar, su anhelo de neutralidad racional. En segundo, el afán constructivo de la realidad social. No se olvide, en efecto, que todas estas palabras: teología natural, religión natural, Derecho natural, etc., nacen como un refugio en la lucha de las confesiones ¹⁹. Se trataba de buscar conceptos neutros y evidentes que acompañaran a todo hombre por el hecho de serlo. Estos conceptos eran clarísimos ante la razón, ante una razón aislada de toda dependencia, tanto de Dios como de la realidad concreta. Ante una razón que, según la frase de Gabriel Biel, que ahora hace

graffa, como es muy difícil limitar su fama. Elegimos algunas obras (a veces críticas) muy cercanas en el tiempo a él, sobre todo BRINZ, en *Krit. Vierteljahrsschrift*, t. II, pág. 1 ss.; BRUNS, *Literar. Zentralblatt*, 1855; F. DAHN, *Die Vernunft im*, 1879; KUEHNAST, *Iherings Definition des Rechts, en Gruchot's Beitr.*, 1880; W. SCHUPPE, *Ethische Standpunkte*, en el *Schmollers Jahrb. f. Gesetzgeb.*, 1882, cap. 4, pág. 1 ss.; H. SOMMER, *R. v. Ihering Theorie des gesellschaftlichen Utilitarismus*, en *Preus. Jahrb.*, 1884 (LIV), v. 1885 (L V); M. DE JONGE, *R. v. Ihering*, 1888; R. EUCKEN, *Eine Ethik der Gegenwart*, en *Muench. Allg. Ztg.*, 1889; SCHWARTZ, *R. v. Ihering*, en *Jurist. Literaturblatt*, 1891, págs. 65 ss.; E. ZITELMANN, *R. v. Ihering. Nachruf*, en *Muench. Allg. Ztg.*, Supl. 234; LANDSBERG, *Ihering u. Windscheid.*, Supl. al *Muench. Allg. Ztg.* de 28 de nov. 1892, Nr. 278; R. LEONHARD, *Ein Nachruf f. Ihering u. Windscheid*. El mismo en *Zukunft*, 1893, tomo 3, págs. 600 ss.; AD. MERKEL, *Ihering*, en *Jahrba. f. Dogm.*, tomo 32, págs. 6 ss., 1893; JOH. EM. KUNTZE, *Ihering, Windscheid, Brinz*, 1893; CH. BOUGLE, *Les sciences sociales en Allemagne*, 1902, 2ª ed., págs. 103 ss.; G. BLONDEL, *Rodolphe de Ihering. Nécrologue* (*Nouvelle Revue Historique de Droit français et étranger*, 1892, págs. 797 ss.)

Más modernos, ELIAS HURWICZ, *R. v. Ihering und die deutsche Rechtswissenschaft*, 1911; K. WIELAND, *Andreas Heusler u. Rudolf von Ihering*, 1935; E. WOLF, en la obra antecitada (traducción castellana del capítulo dedicado a IHERING por A. TRUYOL bajo el título *Rodolfo von Ihering, Otto von Gierke*, sin año).

célebre Grocio, “existiría aunque Dios no existiera”, y que, por otra parte, según el apotegma de Wolf, realizaba sus deducciones *ex ratiocinatione animae tranquillae*. No se partía, pues, tampoco aquí de la idea de un orden estatuido que reflejase y al que obedeciera la mente humana; el orden se vuelve objeto, esto es, consecuencia de la razón. El Derecho natural no depende de la complejidad de la vida, sino ésta de él. En el fondo se afirma un imperialismo o voluntarismo, el imperialismo de la razón, que quiere dominarlo todo (traduciéndose así analógicamente en este sector la dicotomía entre poder y razón). Con ello se buscaron, también, conceptos abstractos en el más riguroso sentido del vocablo (la sociabilidad de Grocio, la *infirmas* de Puffendorf, etc.) Desde ellos se aspiró a reconstruir el mundo social. Igual que Descartes operaba, mediante su duda metódica, una abstracción de todas las relaciones concretas del sujeto pensante para, desde el *co-gito*, edificarlo todo, los teóricos del Derecho natural racional abstraían, mediante la noción del estado de naturaleza, al hombre de la sociedad para, partiendo del artificial homúnculo así obtenido, levantar su mecánica de la sociedad. Ya Grocio lo realiza²⁰. Pero fue, cuando el procedimiento se une con el método de las ciencias naturales, con la matemática de Euclides y con la mecánica de Galileo, en Tomás Hobbes, cuando empiezan sus triunfos mayores²¹. Y el método formal continúa a través de todo el idealismo alemán, profundizándose y modificándose²². En todo caso se había logrado así, desde el *acies rationis naturalis*, dominar la pluralidad de la vida concreta.

¹⁷ Sigue siendo todavía fundamental la genial exposición de F. J. STAHL, *Die Philosophie des Rechts*, 5ª ed., 1870, tomo I, págs. 74 ss. Otras exposiciones: K. VORLAENDER, *Geschichte der philosophischen Moral, Rechts - und Staatslehre der Engländer und Franzosen*, 1855; *Vom Machiavelli bis Lenin*, 1926; R. VON MOHL, *Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, 1855-58; HINRICH, H. F. W., *Geschichte der Natur - und Voelkerrecht*, 1842-52; K. PRIHAM, *Der Individualismus in der neueren Rechtsphilosophie*, en *Festschrift fuer F. Klein*, 1944. Muy certeros, un pequeño trabajo de ERNST VON HIPPEL, *Die Krise des Rechtsgedanken*, publicado en los *Schriften der Koenigsberger Gelehrten Gesellschaft*, IX, Heft. 3, 1933, págs. 83 ss., y el conocido libro de SAUTER, *Dis philosophische Grundlagen des Naturrechts*, 1932. Respecto a la influencia de estas teorías en el desenvolvimiento del Estado moderno, F. MEINECKE, *Die Idee der Staatsraison in der neueren Geschichte*, 1924; HOLSTEIN, LARENZ, *Staatsphilosophie*, en *Handbuch der Philosophie*, editado por Baeumler y Schroeter, 1933; PAUL VON SOKOLOWSKI, *Politik und Rechtsphilosophie: Der Staat*, 1932; SABINE, *Historia de la teoría política*, trad. española de Herrero, 1945; HELLER, *Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretische Problematik der Gegenwart*, en *Archiv fuer oeffentliches Recht*, N. F., 16, págs. 321 ss.

¹⁸ W. DILTHEY, *Weltanschauung und Analyse des Menschen seit Renaissance und Reformation*, *Ges. Schriften*, II, 3ª ed., 1929 especialmente la monografía titulada así: *Das Naturliche System der Geisteswissenschaften in 17. Jahrhundert*, págs. 90 ss.

¹⁹ “Nur Unwissende koennen ueber den heiling und frommen Klang spotten, welcher fuer die Menschen jener Tage die Worte: natuerliche Religion, Aufklaerung, Toleranz und Humanitaet gehabt haben. Das Aufatmen einer unter dem Druck der Konfession erliegenden Welt ist in ihm” DILTHEY, op. cit., página 95.

²⁰ Véase la exposición de DILTHEY en la obra citada, págs. 276 ass.

²¹ W. DILTHEY, *Der entwicklungsgeschichtliche Pantheismus nach seinem geschichtlichen Zusammenhang mit der aelteren pantheistischen Systemen*, *Ges. Schriften*, II, págs. 312 ss., especialmente 357 ss. Cfr. TONNIES, *Hobbes Leben und Lehren*, 3ª ed., 1925;

b) Lo cual se confirma si examinamos ahora otra de las consecuencias de este fenómeno. Entonces encontraremos nuevamente la dialéctica a que nos hemos referido entre poder y razón. De un lado, el Derecho se va aislando cada vez más, en los representantes del Derecho natural racional, de todos los factores que se creían extraños al mismo, haciéndole producto de una razón omnipotente; más de otro se le une, cada vez más también, al poder. Para probarlo no sólo puede alegarse el testimonio de Hobbes o el de Spinoza, en donde el Derecho es igual a poder y hasta donde llegue mi poder llega mi Derecho, sino el de Tomasio y el de todo el idealismo alemán. Según es sabido, Tomasio opera la distinción entre Derecho, moral y política. El Derecho queda aislado, tanto del conjunto de tareas profundas de perfeccionamiento humano, que postula la ética, como de la proyección histórica concreta que tienen en el campo de la Historia ideales y labores. El Derecho es una garantía negativa y externa de la libertad del hombre (*quod tibi non vis fieri, alteri ne faceris*). De ello extrae Tomasio la consecuencia que, mientras los deberes de la ética se refieren al *forum internum*, a la intimidad, los del Derecho se refieren al *forum externum*, a la exterioridad, y que mientras aquéllos son incoercibles, los segundos pueden valer por medio de la fuerza²³. Ello sirve tanto para marcar los límites del poder del Estado, excluyendo de él la esfera íntima, como para destacar la necesidad de la regulación coactiva de la convivencia humana. De tal modo, la unidad cada vez más cerrada entre Derecho y poder acontece dentro de la idea de libertad racional —e incluso, por absurdo que parezca, dentro del postulado del *laissez faire*—. Lo cual ha de destacarse con claridad superlativa en todo el despliegue del idealismo alemán. De esta manera, el Derecho, llevando como nota esencial la coacción, se presenta como el sistema de las condiciones que hacen posible la coexistencia de las libertades singulares²⁴. Ello era, por un lado, la valoración más alta que se podía hacer del poder *in abstracto*. Pero, de otro lado, este principio podía pensarse de dos formas dispares que pro-

Hobbes *Naturrecht*, en *ARWPh.*, IV, págs. 395 ss. V. págs. 129 ss.; M. FRISCHEISEN-KOELLER, *Hobbes und die Staatsphilosophie*, 1924; *Thomas Hobbes*, 1926; LEVI, *La phil. di T. Hobbes*, 1929; LUBIENKI, *Die Grundfragen der ethisch - politischen System von Hobbes*, 1932; STHL, op. cit., págs. 175 ss.; SAUTER, op. cit., págs. 209 ss.; MEINECKE, op. cit., págs. 259 ss.; HOLSTEIN, op. cit., págs. 66 ss.; SOKOLOWSKI, op. cit., páginas 297 ss.; SCHMITT, *El Leviathan en la teoría de T. Hobbes*, trad. española de F. J. Conde, 1942.

²³ Recuérdese que para FICHTE el problema fundamental de toda ciencia jurídica es: “¿Wie its eine Gemeinschaft freier Wesen, als solche, moeglich?”, FICHTE, *Grundlage des Naturrechts*, 1796, ed. Medicus, pág. 89.

²⁴ THOMASIUS, *Fundamentum iuris naturae et gentium*, 1705. Capítulos V y VI.

²⁵ Sobre el papel de la coacción en el idealismo alemán, muy acertado LARENZ, *Staatsphilosophie*, 1933, págs. 97 ss. Cfr., además de las obras generales de KRONER, *Von Kant bis Hegel*, I, 1921, II, 1924, y N. HARTMANN, *Die Philosophie des deutschen Idealismus*, 2 tomos, 1923 ss.; la gran obra de W. METZGER, *Gesellschaft, Recht und Staat in der Ethik des deutschen Idealismus*, 1917, y G. A. WALZ, *Die Staatsidea der Rationalismus und der Romantik in der Staatsphilosophie Fichtes*, 1928, entre muchas otras.

ducían consecuencias históricas distintas: de un lado, subrayando que la unidad de Poder y Derecho llevaba consigo la necesidad lógica del reconocimiento lo más perfecto posible del sistema de los Derechos individuales y, por tanto, considerándolo como tarea a realizar. Es lo que se acostumbra a señalar cuando se dice que en el desarrollo de la teoría del Derecho natural, en Rousseau y luego en Kant, la idea del contrato social se convierte no en explicación inmanente, sino en criterio regulativo. El pensamiento de la concordia entre poder, lógica y sistema se carga así de una gran fuerza revolucionaria frente al Estado concreto. De otro lado, cabía otra versión: la hegeliana, en donde la unidad lógica entre Derecho y poder se convierte en dialéctica histórica y, por tanto, justifica e idealiza el Estado concreto. Y lo importante es que, de una u otra forma, mediante una revolución o sin ella, el pensamiento jurídico va centrándose cada vez en el poder como eje del Derecho objetivo, y, que desde un punto de vista distinto, poder, lógica y sistema se van unificando.

e) Sociológicamente, los que operan todo este cambio en el pensar jurídico son representantes del saber secularizado que lleva consigo la clase burguesa. Y su tarea se destaca polémicamente, tanto frente a la Iglesia como frente a los derechos adquiridos de la nobleza. La vida civil es independiente de toda postura dogmática y representa un plano natural, aislado de todo lo sobrenatural. No se olvide, por ejemplo, que Grocio era arminiano, que sostenía incluso este punto de vista en la explicación de los dogmas. El orden jurídico es un orbe neutral, neutral frente a sectores cada vez más numerosos; neutral frente a la religión, la moral, a la misma vida histórica. Lo que quiere el burgués es que se reconozca la libertad como eje de la sociedad civil. La lucha es, por tanto, lucha contra todos los sometimientos concretos y todas las desigualdades históricas. Libertad, igualdad y fraternidad constituyen el cuadro positivo en que se encierran los derechos fundamentales del individuo ²⁵. Y estos derechos hallan su ámbito propio en el Estado. El Estado debe suprimir las diferencias e irracionalidades y constituirse como único poder racional. La impersonalidad de la ley es la que asegura la convivencia ²⁶. De este modo se constituyen los Estados concretos como poderes al servicio de la libertad, como unidades de vida política. La fuerza civilizadora de la Ilustración hace culminar esta idea y al par, y de ella mis-

²⁵ Véase en el agudo libro de G. SIMMEL, *Kant*, 1924, la influencia de estos postulados en toda la vida espiritual del burgués moderno.

²⁶ CARL SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, 1932: "El principio de la legalidad acepta la situación creada por el absolutismo del príncipe, esto es, la eliminación de todo derecho a la resistencia y el "gran derecho" a la obediencia incondicional, pero le da la santidad de la legalidad, que con su normación general y previamente determinada". Sobre la relación entre un sector especial de la burguesía, los funcionarios, y este principio, muy acertado, MEUSEL, *Buergerthum*, en *Hwb. der Soziologie* de Vierkandt, pág. 92.

ma, hace nacer la otra gran idea actuante: la de Estado nacional, arraigada en la *volonté general* de Rousseau, en los pensamientos de Herder ²⁷.

De este modo el despliegue del racionalismo jurídico moderno va a reforzar la línea anterior en el sentido y con las finalidades del mundo burgués. *El Derecho se aprecia así como resultado de una razón formal que regula la sociedad, aspirando a trazar un sector acotado frente a la moral y a la política en donde se instituya la coexistencia de la libertad de cada uno con la libertad de los demás, según una ley universal de libertad; sector en donde, en tercer lugar, se aspira a suprimir todo lo que pueda ir en contra de la voluntad general, de la concordia entre los ciudadanos; en suma, de la unidad del Estado, implícitamente afirmado como Estado nacional.*

3. Con ello llegamos a la tercera de las líneas señaladas, la organización constitucional del Estado moderno. Según se sabe, descansa de un lado internamente en todo lo dicho, o sea en el reconocimiento de los derechos naturales; de otro, externamente, en la separación de poderes, único medio que, según el teórico ilustrado, puede impedir toda extralimitación al poder, y que de tal dinámica surja la organización racional. Ahora bien, la separación de los poderes tiene su origen y desarrollo en la vida política inglesa. En el *Instrument of Government*, de Cromwell, hay el primer ejemplo de una tal separación, intentando, frente al Parlamento, constituir un régimen fuerte y capaz de actuar. Después de él se continúa el intento de frenar unos poderes por otros. Es, sobre todo, Locke el que, en el tratado de *Civil Government* ²⁸, distingue el poder legislativo, que da la ley y que está ligado a normas de actuación generales, y el ejecutivo, que no puede estar sometido formalmente a formas abstractas, porque es dependiente de la situación política, muy cambiante. La distinción es precisa, porque no es conveniente que el que hace la ley la aplique, pues una ley pierde su carácter de ley cuando el legislador utiliza su forma para los mandatos individuales y para las medidas circunstanciales. Esta diferenciación lleva, pues, consigo un sistema de incompatibilidades, un sistema de controles y roces (*checks and controls*) en virtud de los cuales el poder limita al poder. Se produce así una situación de equilibrio. Bolingbroke ha sido el primero que, distinguiendo ya tres poderes, ha hablado con una notable reiteración del *equilibrium of powers*, que se produce gracias a la *to check, to controul, to counterwer, to arrest, to restrain* ²⁹. De Bolingbroke arranca Montesquieu ³⁰.

²⁷ W. DILTHEY, *Das Achzehnte Jahrhundert und die geschichtliche Welt*, *Gesam. Schriften*, III, págs. 210 ss. E. CASSIRER, *Die Philosophie der Aufklärung*, 1932. HITSCHERLICH ha mostrado en una serie de trabajos la conexión entre racionalismo y nacionalismo; cfr. *Hwb. der Soziologie*, págs. 644 ss.

²⁸ LOCKE, *Civil Government*, párr. 147.

²⁹ BOLINGBROKE, *The idea of a patriot King*, 1738; *Dissertations upon parties*, 1733-1734, casi todas publicadas en *The Craftsman*. Véase, por ejemplo, esta afirmación en la

El resultado de todo este cúmulo de vida y pensamiento políticos es, de un lado, hacer imperar en el Estado la idea de un equilibrio natural, expresable en una ley de razón. Es la época de Newton, y los teorizantes políticos sueñan con una ley de gravitación que domine también su orbe. De otro lado, independizar la esfera legislativa. El Derecho está fuera de la lucha de partidos, que influye en el ejecutivo. Es un producto de razón "la razón que se deriva de la naturaleza de las cosas", según la expresión del mismo Montesquieu. La voluntad del legislativo queda ausente de los ecos de las luchas y contingencias políticas: es perfecta. Su perfección se expresa en su carácter general y abstracto, mediante el que todo lo prevé. De ello deriva la nota de plenitud. Ninguno, por tanto, debe aspirar a influirla ni a completarla. Por ello, y de otro lado, el poder judicial sólo será una pieza más de su logrado sistema³⁰. El juez debe extraer las consecuencias lógicas del precepto. La ley se erige en soberana, el poder judicial pierde sus atribuciones y facultades. De Beccaria procede la comparación de la actividad del juez con la confección de un silogismo. De este modo se obtiene la estructura constitucional requerida para hacer triunfar todo el conjunto de ideas.

Tenemos así el cuadro fundamental de la evolución del pensar y de la vida jurídicos hasta el comienzo del siglo XIX. De él resulta como consecuencia que el Derecho se ha alejado del orden óntico y moral, haciéndose

A) ordenación racional de la sociedad, de carácter general, abstracto y pleno, con lo cual, como consecuencia derivada, toda actividad judicial o científica es puro desarrollo formal y sistemático de lo dispuesto en la ley.

B) En él se determina un sector aislado de la moral y de la política en donde se instituye, mediante la coacción, la coexistencia de las distintas libertades individuales. La soberanía del Estado es el presupuesto formal de todo el conjunto, en donde se desenvuelven sin lagunas las normas racionales de la convivencia. Con lo cual, como consecuencia, el presupuesto metódico fundamental de toda actividad judicial o científica será el hecho del poder, pero un poder que sirve sólo a la realización de los derechos naturales del individuo, derivados de la razón. Como consecuencia, y por paradójico que parezca, la actividad jurídica científica puede reputarse independiente en cierta medida del poder y

de la experiencia vital. Con el tiempo, perdida la fe en los derechos naturales (o más bien cuando éstos se creen realizados en la ley y en los Códigos), esta actividad jurídica se va formalizando cada vez más, tanto en el pandectismo como en las teorías generales y en Kelsen y su escuela, desarrollándose así en los mismos que sostienen como única realidad el Derecho positivo (esto es, el poder) el mito, incubado antes, de una lógica jurídica.

C) Tal sector vale como la realización de un Derecho universal y al par como suprema expresión de la vida nacional (lo cual se destacará inmediatamente cuando examinemos el Code Napoleón). De este modo, dentro de ideas fundamentales básicas se determinan las distintas posiciones de la ciencia jurídica y se otorgará a ésta la posibilidad de construirse formalmente, apoyándose en el primado del orden jurídico nacional o en el primado del Derecho universal internacional. Y también aquí el carácter de los supuestos en que se basa permitirá olvidar cada vez más la vida y el pensamiento iusnaturalista de que se partió, pretendiendo sus cultivadores realizar una mera función técnica, no influida por ninguna valoración ni idea filosófica o política.

De este modo, la ciencia jurídica moderna, en sus direcciones capitales, partiendo de una situación política y espiritual concreta, ha pretendido erigirse en lógica abstracta. Y ambas: situación y "lógica", no quedaron independientes, sino íntimamente unidas. La situación encontró en la "lógica" su sanción más perfecta: tal propiedad, tal contrato, tal concentración de empresas o tales tasas de salarios: todo se ungió con la paz intocable de la legalidad: la "lógica" se relleno de contenido con los postulados concretos de una clase, y por eso logró extraer de principios abstractos toda la riqueza de consecuencias que le exigían. La ciencia jurídica europea se inscribió así en la dialéctica propia de una clase burguesa. De aquí su éxito y sus limitaciones.

Pero de ello nos ocuparemos otro día.

ENRIQUE GOMEZ ARBOLEYA

Catedrático en la Universidad de Granada (España).

carta 13: "Por esta mezcla de monarquía, aristocracia y democracia, fundidas en un sistema, y por el hecho de que esos tres estamentos se equilibren recíprocamente, se ha mantenido inviolada durante tanto tiempo la libre constitución de nuestra patria". Cfr. W. SICHEL, *Bolingbroke and his Times*, 1901.

³⁰ MOTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, XI, 6. Cfr. CARL SCHMITT, *Verfassungslehre*, 1928, págs. 182 ss.

³¹ CARL SCHMITT, *Legitimität und Legitimität*, pág. 15, y *Verfassungslehre* págs 194 ss.