

1-41690

GUSTAVO RADBRUCH

CATEDRATICO DE LA UNIVERSIDAD DE HEIDELBERG

340.1
R1247d
1952
3^a ed
a.1

FILOSOFIA *DEL* DERECHO

TERCERA EDICION

UNIVERSIDAD DE CHILE - DERECHO

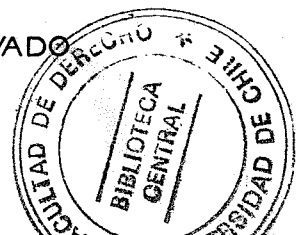


3560 1000737852



EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO

MADRID



§ 27.—El Derecho eclesiástico

Catolicismo. RODOLFO SOHM. LUTERO. La constitución de la Iglesia Evangélica ... 246

§ 28.—El Derecho Internacional

El problema. Individualismo: el Estado cosmopolita. Supraindividualismo: el dogma de la Soberanía y la negación del Derecho Internacional. Transpersonalismo: Derecho Internacional. La realidad del Derecho Internacional ... 255

§ 29.—La Guerra

La Guerra ante la Ética, la Filosofía del Derecho, la Filosofía de la Historia y la Filosofía de la Religión ... 266

Registro de nombres ... 273

Registro de materias ... 276

A

Hermann Kantorowicz

*que los más viejos,
que los más antiguos,
que los más antiguos,
que los más antiguos,
que los más antiguos,
que los más antiguos,
que los más antiguos,
que los más antiguos,* *Veterrima quaque, ut ea vina, quae
vetustatem ferunt, esse debent suavissi-
ma verunque illud est, quod dicitur, mul-
tos modios salis simul edendos esse, ut
amicitiae munus expletum sit.*

CICERO DE AMICITIA.

*que los más antiguos,
que los más antiguos,
que los más antiguos,
que los más antiguos,
que los más antiguos,
que los más antiguos,
que los más antiguos,
que los más antiguos,* *CICERÓN, ACERCA DE LA AMISTAD.*

PROLOGO

A todo escritor le llega un momento en que siente la necesidad de terminar y desembarazarse de las viejas tareas, para dedicar el resto de su vida a nuevos trabajos. El que esto escribe, pone fin con este libro a sus trabajos filosófico-jurídicos.

El libro aparece como tercera edición de los *Grundzüge der Rechtsphilosophie* ("Rasgos fundamentales de la Filosofía del Derecho"). La segunda edición apareció en 1922 como simple reimpresión de la primera, fechándose, además, retrospectivamente en 1914, año de la primera edición. Hacía falta entonces una nueva edición, pero una reelaboración era imposible y, no obstante, se apercibía ya la necesidad de ésta, luego de los sucesos transformadores de la guerra y de la revolución. El hecho de fechar retrospectivamente esa edición quería significar que el libro, en esa forma, no expresaba ya el pensamiento del autor en aquella época.

La nueva edición que aquí ofrecemos, supone una reelaboración completa del libro. Más que una nueva edición es casi un nuevo libro. Algunos capítulos de la parte general (§§ 11-14), y todos los de la especial son completamente nuevos. En esta parte especial el autor no se propuso agotar los temas desde todas sus perspectivas, sino sólo situarlos ante los puntos de vista desarrollados en la parte general, de modo que sean así una prueba de lo que allí se sostiene. En cambio, la Filosofía del Estado, en la medida que permite su separación de la Filosofía del Derecho, ha sido excluida de nuestra exposición. También muchas de las partes tratadas en el libro anterior han sufrido modificaciones importantes. Más de una cosa ha sido rec-

tificada; por ejemplo, se ha concedido una mayor independencia a la justicia frente a la finalidad del derecho. Se han abandonado también otras cosas, así las reflexiones sobre el libre albedrío, y no porque parecieran inexactas, sino porque no eran indispensables en la conexión en que aparecían. Muchas tendencias, quizá el tono general del libro, han sufrido variación, porque después de veinte años tenía que aparecer inauténtico lo que sonaba bien en boca más joven. Es posible que a muchos les agrade más el viejo libro. Mas téngase en cuenta que no ha desaparecido del mundo, y que el nuevo libro pretende estar al lado de aquél, y no en su lugar.

Tanto antes como después, el autor profesa idéntica tendencia ideológica: aquel racionalismo "que quiere permanecer en la noche llamada Ilustración" (Larenz) y aquel relativismo "que por sí mismo se destruye por anticientífico" (Sauer). El autor no se entrega a la moda irracionalista de la época. El racionalismo aquí mantenido no cree ciertamente que el mundo pueda ser captado en absoluto por la razón. Empero, ve su tarea en el descubrimiento racional de las contradicciones supremas y no en su enturbiamiento irracional. El autor cree que el relativismo todavía tiene mayor importancia en la actualidad que en la época en que el libro apareció por vez primera. Pues el relativismo es el supuesto ideológico de la Democracia: ésta se opone a identificarse con una determinada concepción política y está siempre dispuesta a permitir la dirección del Estado a toda concepción que sepa ganarse la mayoría; y porque no conoce un criterio unívoco con el que juzgar del acierto de las concepciones políticas, no acepta la posibilidad de una situación que esté por encima de los partidos. El relativismo, con su doctrina de que ninguna ideología de partido es demostrable ni refutable, es muy apropiado para contrarrestarnos en las luchas políticas de la tendencia a creernos poseedores únicos de la justicia, y a ver sólo en el enemigo o tontería o maldad: si la ideología de partido es indemostrable, toda permite, por conguiente, que

se la combata desde la perspectiva opuesta; y si ninguna es refutable, toda ideología debe, por tanto, ser respetada por sus enemigos. De esta manera el relativismo nos enseña que hemos de ser decididos en nuestras posiciones, a la par que justos para las ajenas.

Esta Filosofía del Derecho fué en 1914 una modesta contribución a la serie de trabajos que luego de un silencio de decenios, en que sólo Stammler mantuvo la bandera de la filosofía jurídica, pusieron de nuevo en marcha la labor de la Filosofía del Derecho. Desde entonces se han publicado numerosos escritos. El autor se declara incapaz de declarar su posición frente a cada uno de estos escritos. Es más; su enumeración completa la considera innecesaria, pues ya existen otros manuales de gran riqueza bibliográfica (Stammler, Sauer).

El autor quisiera mostrar al estudioso más el cómo, que el qué, de la Filosofía del Derecho, y pretende mejor que atarlo a determinados resultados, introducirlo en el pensar filosófico-jurídico.

Para sus cooperadores, y especialmente para el amigo a quien prefiere siempre como lector, el autor invoca el verso horaciano.

Vive, vale. Si quid novisti rectius istis,
Candidus imperti; si non, his utere mecum.

Continuamente en nuestra reflexión se rompe el mundo en trozos esquivos. Mas, continuamente también, desde nuestra intimidad callada, ensamblamos de nuevo el bello puente.

RICHARD DEHMEL.

§ 1

REALIDAD Y VALOR

Las cuatro actitudes fundamentales: la actitud ciega para el valor, la valorativa, la referida a valores y la superadora del valor. Lugar del Derecho en el sistema de las ciencias.

La Filosofía del Derecho es una parte de la Filosofía. Es por ello indispensable ante todo, mostrar los supuestos filosóficos generales de la Filosofía del Derecho (1).

En lo dado, en la materia informe y tosca de nuestras vivencias, realidad y valor aparecen caóticamente mezclados. Tenemos vivencias de hombres y cosas teñidos de valor y desvalor y sin la menor conciencia de que ese valor y desvalor provienen del que los considera y no de las cosas y los hombres mismos. La nobleza de un hombre transparece en su rostro como un nimbo; el aspecto de algunas viejas encinas nos

(1) La siguiente exposición tiene como fondo las doctrinas filosóficas de WINDELBAND, RICKERT y LASK. Especialmente la Filosofía del Derecho de este último ha sido para mí de gran influjo. (*Rechtsphilosophie*, en el tomo I de sus obras completas, p. 275 ss.)

envía un hálito de estremecida santidad y consideramos la vnenosidad de algunas platas imputándosela como su tara nral (2).

El primer hecho del espíritu es el de retrotraer el ylo dado y enfrentarlos, separando así realidad y valor. Faprende tanto a cegar su conciencia valorativa como a yla conscientemente. De esta manera, por un lado, nuestrtud ciega para el valor crea del caos de lo dado el rla naturaleza; pues la naturaleza no es otra cosa que depurado de valoraciones que lo falseaban. Al contrar te a la naturaleza surge el reino de los valores, cespíritu, en actitud valorativa consciente, alcanza de las medidas de esa estimación, las normas y sunes. La actitud ciega para el valor ejercitada con te, es la esencia del pensamiento científico-naturalestimativa proseguida de modo sistemático caraFilosofía de los Valores en sus tres ramas: Ló Estética.

Al lado de las actitudes estimativa y ciega surgen otras dos que, de modo diverso, tienemediadora: aquella en que hay una referenc aquell otra que es una superación de los valores. La referencial se aclara con algunos conceptos que son su resultado.

El concepto de la ciencia no es idéntico al valor de verdad: la ciencia de una época, no sólo abarca sus conquistas científicas, sino también sus errores. Mas cuando nosotros comprendemos en el concepto de la ciencia todos sus trabajos, tantos los felices como los sin éxito, hacemos esto porque todos ellos, al menos, pretenden y se esfuerzan por ser la verdad: la ciencia es aquel conjunto de datos, que tanto si al-

(2) Cf. EDUARD SPRANGER, *Lebensformen* ("Las formas de vida"), 5.ª ed., 1925, p. 37.

para la materia (3). La determinabilidad material ha sido puesta de relieve con respecto a la por Eugen Huber en la teoría de "las reaciones", así como por Francisco Geny en su os ("donnés") (4). Se ha buscado oponer material de la idea una preformabilidad, y de hecho existe la posibilidad la idea en y a través de la materia, que el Angel contemplar en un blo del David que de él habría de ca cuando el jurista decide, Pero tal contemplación que está destinada a formar, un método de conocimiento en firme que los pre-tensión de ciertos e deductivamente de fundamentarse induc-

Es cierto que en el gido a veces la pretens cosas", la regulación para el derecho y da época, de ricas y sociol para una a su vez, Lo mismo una má

tud re que es, sonrien cosas, amor despreocup beatitud más allá de felicidad e de culpa e inocencia, paz, más alta que blemas, la "alegre desenvoltura metafísica" (Scheler, de Dios, para el que "todo debe servir para el Bien". Semejante a esas palabras del Nuevo Testamento suenan las finales del

(3) Manual de Filosofía del Derecho, 29, nota 1.ª

envía un hálito de estremecida santidad y consideramos la venenosidad de algunas platas imputándosela como su tara moral (2).

El primer hecho del espíritu es el de retrotraer el yo de lo dado y enfrentarlos, separando así realidad y valor. El yo aprende tanto a cegar su conciencia valorativa como a ponerla conscientemente. De esta manera, por un lado, nuestra actitud ciega para el valor crea del caos de lo dado el reino de la naturaleza; pues la naturaleza no es otra cosa que lo dado depurado de valoraciones que lo falseaban. Al contrario, frente a la naturaleza surge el reino de los valores, cuando el espíritu, en actitud valorativa consciente, alcanza conciencia de las medidas de esa estimación, las normas y sus conexiones. La actitud ciega para el valor ejercitada conscientemente, es la esencia del pensamiento científico-natural, la actitud estimativa proseguida de modo sistemático caracteriza a la Filosofía de los Valores en sus tres ramas: Lógica, Ética y Estética.

Al lado de las actitudes estimativa y ciega para el valor, surgen otras dos que, de modo diverso, tienen una función mediadora: aquella en que hay una referencia a valores, y aquella otra que es una superación de los valores. La actitud referencial se aclara con algunos conceptos que son su resultado.

El concepto de la ciencia no es idéntico al valor de verdad: la ciencia de una época, no sólo abarca sus conquistas científicas, sino también sus errores. Mas cuando nosotros comprendemos en el concepto de la ciencia todos sus trabajos, tantos los felices como los sin éxito, hacemos esto porque todos ellos, al menos, pretenden y se esfuerzan por ser la verdad: la ciencia es aquel conjunto de datos, que tanto si al-

(2) Cf. EDUARD SPRANGER, *Lebensformen* ("Las formas de vida"), 5.ª ed., 1925, p. 37.

canza la verdad como si no la logra, tiene la significación de servir a la verdad. Asimismo el arte, en el sentido en que es objeto de la historia del arte, no es sólo pura belleza, sino un conjunto de estilo y de mal gusto, alcanzando unidad conceptual sólo a través del esfuerzo común de todas sus obras en pos de la belleza. La moralidad, tal como la describe la Etnología, abraza también los errores de la conciencia, pues estos, según su sentido, se esforzaron por un bien que de hecho erraron. Todos estos conceptos y otros muchos se incluyen en el concepto de la cultura. Este concepto, por eso, tiene la misma estructura que aquéllos: la cultura, tal como la describe el historiador, no es en manera alguna valor puro, sino una mezcla de humanidad y barbarie, de refinamiento y mal gusto, de verdad y error, pero sin que ninguno de sus fenómenos pueda pensarse sin referencia al valor, ya lo promuevan o lo impidan, bien lo malogren o lo realicen: la cultura no es ciertamente realización de valor, pero sí es el conjunto de datos que tiene la significación, el sentido de realizar valores, o, con palabras de Stammler, "esfuerzo hacia lo justo" (3). Se nos muestra de esta manera que la actitud referencial a los valores es la actitud metódica de las ciencias culturales.

Al lado de las actitudes valorativas, ciega a los valores o que a ellos se refiere, aparece la que supera el valor: la actitud religiosa. La Religión es afirmación suprema de todo lo que es, sonriente positivismo que dice sí y amén a todas las cosas, amor despreocupado del valor o desvalor de lo amado, beatitud más allá de felicidad e infortunio, gracia por encima de culpa e inocencia, paz, más alta que la razón y sus problemas, la "alegre desenvoltura metafísica" (Scheler) del hijo de Dios, para el que "todo, debe servir para el Bien". Semejante a esas palabras del Nuevo Testamento suenan las finales del

(3) Manual de Filosofía del Derecho, 29, nota 1.ª

libro del Génesis: "Y Dios contempló todo lo que había hecho y vió que estaba bien" (4).

La Religión significa superación del desvalor y con ello, al mismo tiempo, superación del valor, que sólo como su contrario puede ser pensado; valor y desvalor llegan a ser indiferentes. "Aquel que todo lo aprecia de igual manera, entra ya en el tiempo, en el estado deseado de la amada Eternidad" (Angelus Silesius). Con el contraste valor y desvalor, empero, cesa también el de valor y realidad. Lo adverso al valor o es en cierto último sentido susceptible de valor o carece de esencia. Pues hablamos de la esencia de una cosa cuando el valor puede aprehenderse como el principio de su ser (5).

La Religión como superación del contraste entre valor y desvalor presupone, por eso mismo, este contraste. La Religión significa afirmación de todo lo que es, a pesar de todo. De otra manera en nada se distinguiría su bello abandono de la tosca indiferencia de la actitud ciega ante el valor. El objeto de la afirmación religiosa es, ahora, todo lo que como valor o desvalor ha transitado primero por el reino de los valores: la Religión yace más allá, la Naturaleza más acá del reino de los valores. La Religión brota de la insoportabilidad del contraste entre valor y realidad—y debe brotar de continuo en cada momento, sin convertirse en estado permanente, sin rebajar a conducta ciega ante el valor a la que debe superarlo. No es un claustro en el que se entre para no salir jamás, sino capilla de peregrino en la que, por corto tiempo, han de colgarse los báculos como si fueran exvotos.

A las cuatro actitudes corresponde una cuádruple forma de lo dado: ser, valor, sentido y esencia. La relación de esos cuatro reinos puede expresarse así: naturaleza e ideal, por cima del vacío entre ellos el puente inacabable de la cultura, y en

(4) Con relación a estas palabras, MAX BROD, *Heidentum, Christentum, Judentum* ("Paganismo, cristianismo y judaísmo"), tomo I, p. 4 ss.

(5) LASK, *Logik des Philosophie* ("Lógica de la Filosofía"), p. 7.

todo momento, logrando la meta, el batir de alas de la Religión. ¡Trabajo y Fe!

Queda ahora, inordinar al Derecho en estos cuatro modos de considerar las cosas.

El Derecho es obra humana, y como toda obra humana sólo puede ser comprendida a través de su *idea*. Inténtese definir una cosa tan simple como una mesa, sin relación a su fin; por ejemplo: una mesa es una tabla con cuatro patas. Contra una definición semejante se levantaría en seguida la objeción de que hay mesas con tres patas, con dos y hasta plegables sin ninguna, que, esencial a la mesa, sólo sería, pues, la tabla. La tabla de una mesa es como otro ensamblaje cualquiera de tablas, sólo diferenciables entre sí por su respectiva finalidad; de modo que sólo se alcanza una determinación conceptual cuando se dice que la mesa es un mueble en el que colocar algo para los que en torno se sienten. Una consideración ciega para el fin, es decir, para el valor, es, pues, imposible ante una obra humana, y por consiguiente también, una consideración ciega al valor del derecho o de cualquier fenómeno jurídico aislado. Una ciencia natural del delincuente como pretendía la antropología criminal, sólo es posible cuando previamente se ha sustituido al concepto de delincuente en relación al valor jurídico, por un concepto natural del criminal. Sería el milagro de los milagros, una como armonía preestablecida que no puede esperarse entre dos modos de consideración fundamentalmente diferente, si un concepto como el del derecho o el del delincuente formados en relación valorativa, pudieran coincidir con otro concepto natural obtenido en consideración no valorativa.

El derecho sólo puede comprenderse en el círculo de la conducta impregnada de valor. El derecho es un fenómeno cultural, es decir, un hecho relacionado a un valor. El concepto del Derecho sólo puede determinarse como conjunto de datos, cuyo sentido estriba en la realización de la idea

del derecho. El derecho puede ser injusto ("summun ius—summa iniuria"), pero es derecho en tanto que su sentido es ser justo.

Es más; la misma idea del derecho, principio constitutivo a la par que medida de valor para la realidad jurídica, pertenece a la consideración valorativa.

Pero esta actitud estimativa no es la última palabra que sobre el derecho puede pronunciarse. Queda la posibilidad de, aun estimado valioso, considerar al derecho en un supremo sentido, "ante Dios", al modo del sermón de la Montaña, como inesencial; y al contrario, también es posible, al modo de los antiguos, considerar el derecho anclado no sólo en el reino de los valores, sino en la más absoluta esencia de las cosas. Estas posturas pertenecen a la actitud superadora del valor.

Tres posibles consideraciones del derecho se nos han dado: la consideración que se refiere a valores, consideración del derecho como hecho cultural—nos da la esencia de la *Ciencia del Derecho*—; la consideración valorativa, consideración del derecho como valor cultural—ella caracteriza la *Filosofía del Derecho*—; la consideración del Derecho superadora del valor, la consideración de su esencia o de su inesencialidad—que es el tema de una *Filosofía religiosa del Derecho*.

El hombre no ha nacido para resolver los problemas del mundo, sino más bien, para indagar dónde el problema surge y mantenerse después en los límites de lo comprensible.

GOETHE a ECKERMANN.

§ 2

LA FILOSOFIA DEL DERECHO COMO CONSIDERACION VALORATIVA DEL DERECHO

Dualismo metódico. Relativismo.

La Filosofía del Derecho como consideración valorativa del Derecho sería así la "doctrina del derecho justo" (Stammler). El método de nuestra consideración valorativa del Derecho se caracteriza por dos rasgos esenciales: dualismo metódico y relativismo.

1. La filosofía kantiana nos ha aleccionado sobre la imposibilidad de deducir de lo que es, lo *valioso*, lo *justo*, lo que *debe ser*. Nunca algo es justo por el solo hecho de que es, de que fué o, también, porque será. Con esto se rechazan el positivismo, el historicismo y el evolucionismo, que deducen el deber ser, lo *debido*, respectivamente, de lo que es, de lo que ha sido y de lo que llegará a ser (1). El conocimiento de una

(1) FRANZ, v. LISZT sostuvo esta posición evolucionista en un artículo que fué vivamente discutido (*Z. f. d. ges. Str. RW.*, vol. 26, 1906, p. 553). Un resumen de las diferentes opiniones por RADBRUCH, *Z. f. d. ges. Str. RW.*,

determinada línea evolutiva no demuestra la justicia de la meta, la injusticia del que bracea contra corriente. Lo inevitable no es por sí mismo digno de fomento, lo imposible, no es por eso sólo injusto. Don Quijote fué un loco ciertamente, pero de una noble locura. "Amo a quien se esfuerza por lo imposible." Los preceptos del deber ser, los juicios de valor, las estimaciones no pueden fundamentarse inductivamente sobre posiciones de ser, sino deductivamente sobre preceptos de especie semejante. La consideración del valor y la consideración del ser, se nos aparecen una junto a la otra como círculos independientes y cerrados. Esta es la esencia del *dualismo metódico* (2).

Es cierto que en el dominio de la ciencia jurídica ha surgido a veces la pretensión de derivar de "la naturaleza de las cosas", la regulación justa. Y no carece, en efecto, esta pretensión de ciertos fundamentos. El ideal jurídico es un ideal para el derecho y más aún para el derecho de una determinada época, de un pueblo determinado y para relaciones históricas y sociológicas, también muy determinadas. La idea vale para una determinada materia, es adecuada a esta materia; y, a su vez, esta materia, que pretende dominar, actúa sobre ella. Lo mismo que la idea artística se acomoda a la materia y es una cuando se incorpora en bronce y otra cuando lo hace en mármol, así es innato a toda idea el ser adecuada a una materia.

Llamamos a esta relación la *determinabilidad material de la idea*, siempre que tengamos conciencia del doble sentido de esta designación: determinada *por* la materia, en tanto que

vol. 27, p. 246, 742, y por KANTOROWICZ, *Aschaffenburgs Monatsschr f. Kr. Ps.*, vol. 4, p. 78 ss.

(2) El dualismo metódico se entiende aquí en oposición al monismo metódico, pero incluyendo el dualismo metódico, del que se tratará más lejos, en el § 3, núm. 9.

determinante *para* la materia (3). La determinabilidad material de la idea ha sido puesta de relieve con respecto a la idea del derecho por Eugen Huber en la teoría de "las realidades de la legislación", así como por Francisco Geny en su doctrina de los datos ("donnés") (4). Se ha buscado oponer a esta determinabilidad material de la idea una preformabilidad de la idea en la materia, y de hecho existe la posibilidad psicológica de contemplar la idea en y a través de la materia. Así, visionario, pudo Miguel Angel contemplar en un bloque virgen de mármol la figura del David que de él habría de desprender. Lo mismo se significa cuando el jurista decide, falla según la naturaleza de las cosas (5). Pero tal contemplación de la idea en la materia, a la que está destinada a formar, es un caso feliz de intuición, pero no un método de conocimiento. Para el conocimiento metódico queda en firme que los preceptos del deber ser sólo pueden derivarse deductivamente de otros preceptos del deber ser y no pueden fundamentarse inductivamente en hechos de ser.

Esta imposibilidad de derivar el valor de la realidad (como, por lo demás, también la determinabilidad material de la idea) caracteriza, empero, una relación lógica, mas no causal. El dualismo metódico no pretende afirmar que las valoraciones y juicios no sean influidos por hechos de ser. No hay duda sobre que los actos de valoración sean el resultado, la superestructura ideológica de hechos de ser; acaso del medio social de aquellos que los ejecutan. La sociología del sa-

(3) Cf. para lo precedente LASK: *Logik der Philosophie* ("Lógica de la F."), 1911, p. 57 ss., 169 ss.; también RADBRUCH, *Rechtsidee und Rechtsstoff* ("Idea y materia del Derecho") en el *Archiv f. Rechts-u. Wirtschaftsp.*, vol. 17, 1923-24, p. 343 s.

(4) EUGEN HUBER, *Zeitschr. f. RPh.*, vol. I, 1914, p. 39 ss y *Recht und Rechtsverwirklichung* ("El derecho y su realización", traducción española), 1921, p. 281 ss.; FRANÇOIS GENY, *Science et technique en droit privé positif*, I, 1922, p. 96 ss.; II, 1915, p. 370 s.

(5) Para la historia del concepto "naturaleza de la cosa", véase ISAY, *Rechtsnorm und Entscheidung* ("Norma jurídica y fallo"), 1929, p. 78 ss.

ber nos ha mostrado la determinabilidad de las ideologías por el lugar y situación social en que nacieron (6). Aquí no se trata de la relación *causal* entre hechos de ser y juicios de valor, sino de la relación *lógica* entre ser y valor. No se afirma que los juicios de valor no sean *causados* por hechos de ser, sino que en éstos no pueden *fundamentarse*. Toda una construcción de pensamientos éticos pueden proceder del resentimiento de clase de su autor; pero en el sistema de su Ética no tiene este resentimiento ningún sitio, y la fundamentación de esta Ética no se destruye por el solo hecho de que su aparición provenga de causas que no coincidan con su fundamento. En la discusión sobre una teoría no debe estar permitido sacar a colación las causas psicológicas de su origen; para romper la discusión bastará mostrar que una continuación de ella carece de finalidad, ya que la tenacidad de la expuesta relación de ligamen entre el pensamiento y el ser excluye un acuerdo. Se podría objetar que una consideración semejante limitada al contenido ideal de las valoraciones y sin referencia a sus fundamentos de ser, tiene por objeto inesencialidades, "simples ideologías" y no fuerzas reales y operantes que la Filosofía del Derecho únicamente es la lucha política de partidos —es decir, en fin de cuentas lucha de intereses económicos— elevada al plano del espíritu y que, por eso, es un reflejo aéreo e inesencial de la realidad. Pero se mostrará más tarde, al analizar la concepción materialista de la historia, que si la Filosofía del Derecho es política espiritualizada y la Política lucha de clases espiritualizada, esta espiritualización abre paso a una legalidad propia del espíritu y posibilita su reacción sobre las fuerzas, cuya espiritualización significa. Las ideas no luchan en las nubes, lejanas a la batalla de intereses, como las Walkyrias sobre el Walstatt, sino que descienden como

(6) Cf. MANHEIM, *Ideologie und Utopie* ("Ideología y utopía"), 1929, y la *Wissenssoziologie* ("Sociología del saber"), en el *Handwörterbuch der Soziologie* ("Diccionario de sociología"), 1931.

los dioses homéricos al campo de batalla y luchan ellas mismas, creaciones de fuerza, al costado de las otras fuerzas. Si, por una parte, la Filosofía del Derecho es lucha política de partidos transportada a la esfera del espíritu, puede expresarse, también, por otra, que la lucha política de partidos es una discusión filosófico-jurídica de enorme dimensión. Todas las grandes transformaciones políticas fueron preparadas o acompañadas por la Filosofía del Derecho. Al principio surge la Filosofía del Derecho, al final la Revolución.

2. Los preceptos del deber se pueden sólo fundar y ser demostrados por medio de otros preceptos del deber ser. Precisamente por esto, los supremos preceptos del deber ser son indemostrables, axiomáticos, no susceptibles de conocimiento, sino tan sólo de creencia. Allí donde se enfrentan, combatiéndose, preceptos contrapuestos y supremos del deber ser, concepciones contrapuestas del valor, el mundo y la vida, no cabe entre ellas una decisión científica de carácter unívoco. Una consideración científica del valor, se ha dicho, es capaz de adoctrinarnos sobre lo que se puede y lo que se quiere, pero no sobre lo que debe ser. Hablando con más exactitud, la ciencia en el dominio del deber ser sólo puede cumplir una triple función: En primer lugar, puede descubrirnos los medios necesarios para la realización del fin debido. Ahora bien, llamamos a lo que nos guía en la elección del medio preciso para un fin jurídico, Política del derecho y no Filosofía del Derecho. Pero la consideración del medio condicionado por un fin jurídico puede ser de tal suerte, que no se contemple el medio desde el fin, al modo de la Política del derecho, sino que, a la inversa, se torne la mirada del medio al fin, de manera que se adquiera plena conciencia del alcance del fin mostrando el medio que le es indispensable y los efectos conexos que le están inevitablemente unidos. Ahora bien, semejante consideración del medio, tendente a la iluminación del fin que ha de realizar, es Filosofía del Derecho.

Una segunda tarea de la Filosofía del Derecho, es no sólo prolongar mentalmente el juicio de valor jurídico hasta el más lejano medio para su realización, sino también en dirección opuesta, aclararlo hasta sus últimos supuestos dentro de una concepción del mundo y de la vida. La Filosofía del Derecho pregunta en fórmula kantiana: ¿cómo es posible este juicio de valor jurídico determinado?, es decir, ¿cuáles son los supuestos que es necesario admitir para que permitan pronunciar en consecuencia este juicio de valor? Así como el Paleontólogo de un solo hueso trata de reconstruir todo el sistema óseo de un ser prehistórico, así el Filósofo del derecho, de una valoración jurídica singular trata de desarrollar todo el sistema de valor que la condiciona. Así como aquella consideración no se hizo por causa sólo del medio, tampoco se realiza ésta por causa sólo de los supuestos, sino en méritos de la valoración jurídica que aquéllos condicionan. Debe llegar a plena conciencia del que valora que en tanto se adhiera a un determinado fin del deber ser jurídico, no puede rechazar, no sólo el medio a aquél ligado con necesidad causal, sino tampoco las valoraciones generales a él unidas con necesidad lógica; en ambas direcciones debe lograr la plena videncia del alcance de aquel fin.

Por esto es por lo que se da, por último, la posibilidad de desarrollar sistemáticamente todos los supuestos últimos que puedan pensarse y con ello todos los puntos de partida para la valoración jurídica, exponer de modo exhaustivo todos los sistemas de valores jurídicos en sus contrastes y parentescos, y bosquejar dentro de los límites de una tópica de todas las concepciones posibles del mundo y la vida, una tópica de todas las concepciones posibles del derecho, dando de esta manera, no el sistema de la Filosofía del Derecho, sino la plena sistemática de sus posibles sistemas. No puede objetarse a este método que sea un procedimiento puramente empírico y no filosófico. No se estanca en el hecho de valoraciones de

facto filosófico-jurídicas, sino que investiga su sentido y ciertamente no su sentido subjetivo, realmente pensado, sino su sentido objetivo, mentado. Lo que el que valora ha pensado en su estimación, es sólo su punto de partida, la meta final del pensamiento es, empero, lo que de acuerdo con ese punto de partida hubiera debido pensar con secuencia causal y lógica. La tarea no consiste en registrar pensamientos de fines jurídicos, sino explicarlos y, en lo posible, corregirlos. En cuanto que trae a conciencia del individuo el sentido objetivo de su querer, viene en ayuda de su juicio de valor, o bien fortificándole por su fundamentación más profunda o bien conmoviéndole con la visión de la distancia entre lo pensado y el verdadero sentido, y en ambos casos sirviendo con ese conocimiento a la vida.

Desde luego, la Filosofía del derecho relativista es incapaz de determinar al individuo la elección entre las concepciones jurídicas sistemáticamente desenvueltas de supuestos últimos y contrarios. Se limita a proporcionar de un modo exhaustivo todas las posiciones posibles, pero abandona su propia toma de posición a una decisión brotada de las profundidades de la personalidad; en todo caso, no de su arbitrio, sino de la conciencia. Esta autolimitación procede de su convicción de que respecto a los supremos juicios de valor sólo es posible enunciar un *ignoramus*. Pero aunque sólo este *ignoramus* se ofreciera, la Filosofía relativista mantendría su creencia de haber prestado mediante el desarrollo sistemático de todas las concepciones posibles del mundo una labor previa y útil, al genio capaz de decidir alguna vez entre ellas con científica univocidad.

Relativismo (7) se llama al método aquí expuesto, ya que su tarea es precisar la justeza de cada juicio de valor sólo en

(7) o problematismo; así WINDELBAUD, *Einleitung i. d. Ph.* ("Introducción a la Filosofía"), 1914, p. 219.

relación con otro juicio de valor determinado y superior, es decir, sólo en los límites de una concepción determinada del valor y del mundo, pero no se hace problema la fijación misma de esa concepción (8). El relativismo pertenece, empero, a la razón teórica, no a la práctica, Significa renuncia a la

(8) Los representantes más destacados del relativismo, son: GEORG JELLINEK ("Teoría general del Estado"); MAX WEBER (*Ges. Aufsätze zur Wissenschaftslehre* ["Artículos sobre teoría de la Ciencia"], 1922; cf. también MARIANNE WEBER; *M. Weber*, 1926, p. 328 ss.); y HANS Kelsen (*Allgemeine Staatslehre* ["Teoría general del Estado"], 1925, p. 38 s., 369 ss.). El autor de estas líneas ha ido formando su concepción básica del mundo en continuo cambio de pensamientos con el hombre a quien este libro está dedicado; cf. junto a otras obras de KANTOROWICZ que se citarán ulteriormente: *Zur Lehre vom richtigen Recht* ("Para la teoría del derecho justo"), 1909. Sobre la doctrina aquí mantenida y la mayor parte en contra, véase: EMGE, *Über die Grundlage des rechtsphi. Relativismus* ("Sobre los fundamentos del relativismo filosófico-jurídico"), 1916; LEONARD NELSON, *Die Rechtswissenschaft ohne Recht* ("La ciencia del derecho sin derecho"), 1917, p. 123 ss.; MAX SALOMON, *Grundlegung d. R. Ph.* ("Fundamentos de la F.ª del D.º"), 2.ª ed., 1925; LEONH. COHN, *Das objektive Richtige* ("Lo justo objetivo"), 1919, p. 96 ss.; MÜNCH en *Beiträgen z. Ph. des deutschen Idealismus* ("Contribuciones a la filosofía del Idealismo alemán"), edit. por Hoffmann y Engert, tomo I, 1919, p. 135 ss.; M. E. MAYER, *R. Ph.* ("F.ª del D.º"), 1925, p. 112 ss.; LARENZ, *Rechts- und Staatsph. d. Gegenwart* ("La filosofía del Derecho y del Estado contemporánea"), 1931, p. 66; ERNST V. HIPPEL, *Arch. d. öff. Rs. N. F.*, tomo 12, p. 408; HERREHARDT, *Revolution u. Rechtswissenschaft* ("Revolución y ciencia del derecho"), ed. esp. en la "Revista de Derecho Privado", 1930, p. 24 ss.; MEZGER, *Sein und Sollen im Recht* ("Ser y deber ser en el Derecho"), 1920, p. 4 ss.; SILBERSCHMIDT, *Int. Zeitschr. f. Theorie d. Rechts.*, 1930-31, p. 142; MANIGK, *Jur. Woch. Schr.*, 1930, p. 236 (sólo aceptable como algo provisional); GRAF DOHNA, *Kantstudien*, tomo 31, p. 8 s., "que los caminos de este relativismo... nunca se cruzan con los de la teoría crítica del derecho, antes bien, ... corren paralelos como dos modos de consideración completamente diferentes"; RIEZLER, *Das Rechtsgefühl* ("El sentimiento jurídico"), 1921, p. 79. "...sólo podría combatirse la concepción de la relatividad de los juicios de valor de un modo eficaz... si frente a ella se erigiera la vigencia de un patrón valorativo absoluto, y con él la existencia de un ideal absoluto del derecho. Tales intentos han sido hechos repetidamente, sin alcanzar ninguno de su cometido"; RUMELIN, *Die Gerechtigkeit* ("La justicia"), 1920, p. 56, nota 2.ª "Este punto de partida del relativismo apenas necesita ser refutado"; STAMMLER, *R. Ph.* en *Das gesamte deutsche Rechts*, p. 9, "es en el fondo una filosofía débil y lastimera". La más clara consideración del problema en: EDUARD SPRANGER, *Der Sinn der Voraussetzungslosigkeit in den Geisteswissenschaften* ("El sentido de la carencia de supuestos en las ciencias del espíritu"), 1929.

fundamentación científica de las actitudes supremas, pero no renuncia a la toma de posición misma (9). Nuestro relativismo no se siente próximo al Pilatos del Evangelio, en quien la razón práctica enmudece también con la teórica ("¿Qué es verdad?"), sino emparentando con el Nathan de Lessing, para quien el silencio de la razón teórica es precisamente la más fuerte llamada a la razón práctica: "Se os exige a porfía a cada uno de vosotros, que hagáis efectiva la fuerza de la piedra en el anillo" (10).

El relativismo es susceptible de diversa fundamentación ante las concepciones del mundo. El hecho de que permanezca indeciso sin propia toma de posición luego del desarrollo de todas las actitudes valorativas supremas, estriba o en que duda de igual manera de la justificación de todas ellas—y éste es el escepticismo de Pilatos—o porque, creyendo con firmeza en una de ellas, se considera incapaz de demostrarla, que es el agnosticismo de Nathan (11). Todavía, sin embargo, es posible una tercera concepción que reúne, como la actitud de Nathan, el relativismo con el activismo. En ella puede el relativismo renunciar a una postura decisiva entre las concepciones de valor que se combaten, porque equipara a todas ellas en su justificación y carácter de deber exclusivo para quien las profesa, porque mantiene la creencia de que aquello que se escapa a nuestra conciencia conviene a una conciencia superior y es exigido por ella. Este es el antinomismo que Walter

(9) La mejor demostración es la misma gran personalidad ética de MAX WEBER. Cuando M. WEBER rechaza como tosca incompreensión de su punto de vista la calificación de relativismo (MARIANNE WEBER, p. 339), piensa en un relativismo que no sólo niega la cognoscibilidad de los valores, sino también la creencia en los mismos.

(10) Alusión al apólogo de la escena VII, acto III de "Nathan el sabio".—N. tr.

(11) Para semejante relativismo comedido: ANRATHS, *Das Wesen der sog freien wissenschaftl. Berufe* ("La esencia de las llamadas profesiones liberales"), 1930, p. 200 ss. (con valiosas consecuencias para la profesión de abogado; véase también RADBRUCH, *Justiz*, tomo 7. p. 52 s.).

Rathenau hizo visible en bellas frases: "No somos compositores, sino virtuosos. Toque cada uno su instrumento tan bellamente como pueda. Puede hacer variaciones, siempre que suenen todas las cuerdas. Todos los instrumentos son igualmente necesarios. Pero de la armonía nadie se cuida, que hay ya alguien que la crea." También el gran nombre de Goethe puede evocarse para el relativismo. En 22 de enero de 1811 escribía a Reinhard, después de la lectura de una "Historia comparada de los sistemas filosóficos". "Con la lectura de esta obra percibo nuevamente lo que el autor, con toda claridad, enuncia: que en la diversidad de los hombres, se fundan los diversos modos de pensar y que cabalmente por eso una convicción general y uniforme es imposible. Cuando se sabe en qué lado se está se ha hecho bastante; sólo así se está tranquilo y se es justo para con los demás". Que el relativismo de Goethe no coincide con el escepticismo de Pilatos, sino con el agnosticismo de Nathan, lo atestigua Xenion: "Si conociera el camino del Señor, probablemente marcharía por él muy a gusto; y si se me introdujera en la casa de la verdad, ¡Dios mío!, ya no saldría de ella jamás."

Allí donde resuenan múltiples las contradicciones deambulo yo con preferencia.

Nadie cede a otro—¡oh placer!—el derecho a errar.

GOETHE.

§ 3

LAS DIRECCIONES DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Derecho Natural; Escuela Histórica; HEGEL; Concepción materialista de la Historia; Teoría general del Derecho; JHERING; STAMMLER; Relativismo; Filosofía de la Cultura; otras direcciones.

La Filosofía del Derecho basada en el dualismo metódico y en el relativismo, debe mostrarse ahora como el resultado de la evolución filosófico-jurídica de las pasadas centurias. Por eso, no han de caracterizarse aquí las direcciones filosófico-jurídicas por el contenido de su posición, sino más bien por su particularidad metodológica.

1. Toda la Filosofía del Derecho desde su comienzo hasta el principio del siglo XIX ha sido Derecho Natural. Desde luego, con esta designación se comprenden manifestaciones de diverso género. El derecho natural de la antigüedad giraba en torno a la oposición entre naturaleza y norma, el medieval se preocupaba de la existente entre derecho divino y humano, y el derecho natural moderno, de la oposición entre la coacción jurídica y la razón individual. Ora servía el derecho

natural para un afianzamiento más profundo del derecho positivo, bien era una ayuda en la lucha contra ese derecho positivo. Pero en todas sus formas, le caracterizan cuatro rasgos esenciales, si bien subrayados diversamente en las distintas épocas. Ofrece juicios de valor jurídico determinados en su contenido. Estos juicios de valor son, correspondiendo a sus fuentes—Naturaleza, Revelación, Razón—de validez general e invariables. Son accesibles al conocimiento. Tienen primacía ante las leyes que les sean opuestas: el derecho natural puede quebrantar el derecho positivo.

No debe creerse que la pretensión del derecho natural de poder derivar preceptos jurídicos de contenido determinado, invariables y con validez universal, puede refutarse de modo puramente empírico, con la usual referencia a la abigarrada diversidad de las concepciones jurídicas de las diferentes épocas y naciones. El jusnaturalista hubiera rechazado con razón este concluir el deber ser de lo que es, esta "plebeya invocación a una supuesta experiencia contradictoria" (Kant), y en la diversidad de las concepciones jurídicas sólo habría visto la diversidad del error frente a la verdad una del derecho natural—error múltiple, veritas una—. El golpe definitivo contra el derecho natural se dió por la teoría del conocimiento y no por la historia del derecho y el derecho comparado, por la filosofía crítica y no por la escuela histórica, por Kant y no por Savigny. La "Crítica de la Razón pura" de Kant, ha revelado que la razón no es un arsenal de conocimientos teóricos acabados, de normas éticas y estéticas maduras ya para su aplicación, sino la facultad de alcanzar tales conocimientos y normas; que no es un conjunto de soluciones, sino de problemas, de puntos de vista con que aproximarse a los datos de formas que sólo por la recepción de una materia dada, de categorías que sólo por su aplicación a un material dado, son capaces de ofrecernos juicios de un contenido determinado. Semejantes conocimientos y valoraciones no son nunca el pro-

ducto de la razón "pura", sino de su aplicación a datos determinados; por eso, su validez nunca es general, sino sólo siempre para estos datos. Según esto, ante el problema de la validez general del derecho justo, natural, cabe conceder validez a todas sus soluciones, pero sólo para un estado social concreto, para un determinado pueblo y para una época determinada. Únicamente tiene validez general la categoría del derecho justo, mas no ninguna de sus aplicaciones. Si se quiere conservar para el "derecho justo"—así designado a causa de la unitariedad de la forma categorial—, el nombre de derecho natural, entonces debe oponerse al derecho natural invariable de viejo estilo como "un derecho natural de contenido variable" (con Stammler), o como también se ha dicho, como "derecho cultural".

Si en contra de lo que cree la concepción relativista fuera el derecho justo—bien como derecho natural de viejo estilo, ya como derecho natural de contenido variable—reconocible con plena evidencia, sería conclusión inevitable que las normas que de él se apartasen habrían de empalidecer a su presencia como el error desenmascarado ante la verdad descubierta. A pesar de haberse intentado repetidamente, no cabe pensar ningún fundamento para que un derecho positivo reconocido indubitavelmente injusto conserve su vigencia. Se mostrará más tarde que la validez del derecho positivo sólo puede fundarse en la incognoscibilidad del derecho justo. Por el contrario, el representante consecuente de un derecho natural unívocamente conocible, debe negar la doble dimensión del mundo jurídico y equiparar "derecho natural material" y "formal" (expresándose según Lask), o sea justicia y vigencia del derecho; es decir, se incapacita para reconocer al derecho positivo una justificación independiente al lado del derecho natural, llegando a una plena absorción del derecho positivo por el derecho justo, de la realidad jurídica

por el valor, de la ciencia jurídica por la Filosofía del Derecho.

2. Frente al jusnaturalismo significa la *Escuela histórica* el extremo opuesto: la absorción del derecho justo por el positivo, del valor jurídico por la realidad del derecho, de la Filosofía del Derecho por la ciencia jurídica. A lo menos, esta es la primera impresión del programa de la escuela histórica: como si rechazara con el jusnaturalismo toda valoración jurídica, como si mantuviera la autolimitación positivista de la ciencia, la investigación puramente empírica de la realidad histórica del derecho. De hecho, así ha obrado más tarde prácticamente. Pero la inextirpable apetencia filosófica ha logrado continuamente secreto acceso a la consideración valorativa allí donde fué abiertamente desterrada. Una segunda mirada más atenta, muestra que también la Escuela histórica no rechaza toda valoración del derecho, sino sólo la valoración *distinta* de los fenómenos jurídicos individuales e históricos, ya que todos son objeto del mismo alto aprecio por ser todos producto de la historia y del espíritu del pueblo, y aparecer, por eso, como justos. Respeto ante todo lo que existe y ha llegado a ser, y también de lo que llegaría a ser, piedad frente a toda la realidad, he aquí su rasgo fundamental, y no sin razón se la ha caracterizado no sólo como "quietismo", sino también como pietismo, como "una dirección pietista" (Thibaut). Ciertamente, no una filosofía valorativa del derecho, sino una filosofía religiosa del derecho, es lo que podría mostrarse como fondo de la Escuela histórica. Empero, tampoco ha podido evitar, a la larga, la valoración distinta de los fenómenos jurídicos singulares. Hubiera debido considerar, consecuentemente, todo derecho positivo como igualmente justo, ya que no puede pensarse ninguno que no sea resultado necesario de sus propios supuestos nacionales e históricos y en este sentido, también las manifestaciones legislativas de la época del Derecho natural; pero

movida por su lucha contra el jusnaturalismo pronunció juicios muy despectivos sobre el Derecho Natural, la Ilustración, la Revolución y el "arbitrio del legislador", y en cambio, valoraciones positivas igualmente decisivas sobre la aparición orgánica del derecho a través de fuerzas "internas calladamente operantes", por medio del "espíritu del pueblo". "Quien está penetrado por la concepción orgánica del derecho y del Estado, suele estar muy propicio a olvidar demasiado fácilmente, que los huracanes y los terremotos pertenecen tanto a la marcha regular de la naturaleza como el crecimiento de los animales y de las plantas" (1). Del positivismo jurídico ciego ante el valor y de la filosofía religiosa del derecho, surgió de modo insensible una filosofía jurídica de coloración romántica, una dirección conservadora en la Política del Derecho. Federico Julio Stahl, el teórico del conservadurismo, halló la medula de la dirección histórica (2) no en su punto de vista sobre lo fáctico—como surge el derecho—, sino sobre lo ético—cómo debe surgir, qué contenido debe recibir—, y según esto, caracterizó a su doctrina como una Filosofía del Derecho desde el punto de vista histórico" (3).

Ahora bien, es en efecto el carácter paulatino y sin saltos del devenir histórico una necesidad a priori del conocimiento de la historia. Un hecho histórico llega a conocerse como tal, cuando se le muestra como continuación, no como ruptura del proceso histórico. Un hecho histórico que se erigiera en

(1) ANTON MENDER, *Das bürgerl. R. u. d. besitzlosen Volksklassen* ("El derecho civil y las clases desheredadas"), ed. esp. de D. Adolfo Posada, 4.ª ed., 1908, p. 13.

(2) Cf. ROTHACKER, *Einleitung i. d. Geisteswissenschaften* ("Introducción a las ciencias del espíritu"), 2.ª ed., p. 60 ss.; ZWILGMAYER, *Die Rechtslehre Savignys* ("La doctrina jurídica de S."), 1929, p. 32 ss.

(3) De gran interés programático dentro de la última fase de la Escuela Histórica son los escritos de J. J. BACHOFEN, *Selbstbiographie, u. Antrittsrede* ("Autobiografía y discursos inaugurales"), reimpresión de 1927.

la conciencia del actor con la altanería de estar desligado de todo precedente, en cuanto hecho realizado, derrumbaría irrevocablemente aquella forma conceptual de la ciencia histórica, aquella categoría de lo paulatino ininterrumpido.

La posterior meditación histórica nos revela que el querer más autónomo es igualmente tan inevitable como si fuese una exigencia que brotase necesariamente de relaciones maduradas en largo tiempo, de modo semejante a como la superación más atrevida de la fuerza de gravedad, el más orgulloso triunfo de los aviadores, permanece encerrado sin escape en este mundo con su gravitación. La concepción histórica únicamente puede pretender la meditación posterior del hecho ya realizado; como norma aplicada a la actuación humana, exige considerar a ésta en todo nuevo crear político como ligada históricamente, llevando por ende al estancamiento mismo de la historia. El error, pues, del historicismo estriba en que transmuta en norma del obrar político una categoría del conocimiento histórico.

3. A primera vista, el monismo metódico de la Escuela histórica, que sólo se atiene a la realidad, parece muy próximo a la Filosofía del Derecho hegeliana con su famoso lema de toda filosofía de la identidad: "Lo que es racional es real, y lo que es real, es racional." En efecto, participa con la Escuela histórica su oposición al derecho natural. Nunca sitúa, como el jusnaturalismo, el derecho racional individual en oposición a la realidad jurídica, antes bien, encuentra el derecho racional en la realidad histórica del derecho (4): "Lo que es racional es real." No puede desconocerse, empero, a pesar de esa común enemistad, su profundo contraste con la escuela histórica. Para la escuela histórica estriba la equiparación de

(4) En este sentido dice LASSALLE: "El mismo Derecho Natural es también derecho histórico." *Syst. d. erw. Rechte* ("Sistema de los derechos adquiridos"), vol. I, 1861, p. 70.

realidad y valor en la creencia de que la historia está penetrada por un inescrutable decreto divino, mientras que para Hegel descansa en la reconstrucción dialéctica del auto-despliegue de la Razón realizado en el proceso histórico: "Lo que es real, es con arreglo a razón." La Razón se levanta frente al "espíritu del pueblo", el racionalismo contra el irracionalismo y el romanticismo. Este contraste objetivo encontró su expresión en las agudas oposiciones personales entre el hegelianismo y la escuela histórica. Si Hegel califica a la enemiga codificadora de Savigny "una de las más grandes afrentas que han podido hacerse a una nación o a una clase (la de los juristas)", en cambio, del lado opuesto se designa a la doctrina de Hegel ya como la "fuerza hostil" (Stahl), bien como una "filosofía frívola" (Puchta). Ya entonces se dieron cuenta con toda claridad de las posibilidades radicales de evolución que el hegelianismo traía consigo (5).

4. En donde con más riqueza de consecuencias han obrado estas posibilidades ha sido en la concepción materialista de la historia, fundada por Carlos Marx y Federico Engels (6). Hegel unificaba el ser y el deber ser, pero viendo la realidad como un auto-despliegue de la Razón consideraba al deber ser como el aspecto determinante y al ser como el determinado de esta unidad; el materialismo histórico mantiene aquella unificación del deber ser y el ser, pero dejando que el deber ser,

(5) El último sistema de Filosofía del Derecho con espíritu hegeliano lo publicó ADOLF LASSON en 1882. El llamado neohegelianismo de KOHLER y BEROLZHEIMER (KOHLER: *Lehrbuch. d. R. Ph.* ["Manual de Filosofía del D."], 3.ª ed., 1923; BEROLZHEIMER: *Syst. d. Rechts. u. Wirtschaftph* ["Sistema de Filosofía del Derecho y de la Economía"], 5 volúmenes, a partir de 1904), apenas nada tiene que ver con HEGEL. Hegelianismo sin dialéctica no es hegelianismo.

(6) Más importante que la bibliografía innumerable sobre el materialismo histórico es su aplicación y prueba en la experiencia histórica. Para el derecho consúltese: KARL RENNER, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion* ("Las instituciones del Derecho privado y su función social"), 1929; y E. PASCHUKANIS, *Allg. Rechtslehre und Marxismus* ("Teoría general del derecho y del marxismo"), 1927.

o, como Carlos Marx dice, la conciencia, fuese determinada por el ser. "Con ello la dialéctica hegeliana se colocó sobre los pies y no sobre la cabeza como estaba" (Federico Engels). La concepción económica de la historia enseña dos cosas: es, por una parte, una teoría de las ideologías, por otra, es una teoría de lo fatalmente necesario. Por un lado plantea una hipótesis histórica: la de que la estructura económica de la sociedad existente en un momento, constituye el fundamento real por el que explicar, en última instancia, la totalidad del edificio de las instituciones políticas y jurídicas, así como todas las ideas religiosas, filosóficas y de otra suerte de una determinada época histórica. Por otra parte, contiene una profecía política: la evolución económica conducirá con necesidad natural a una economía y con ella a una ordenación jurídica socialista; encontrando en esta fundamentación histórico-causal y no simplemente teleológica—no en su deseabilidad, sino en su fatalidad futura—, el tránsito del socialismo "desde la utopía a la ciencia". La primera de estas proposiciones hace de la Filosofía del Derecho una parte sin independencia de la Filosofía social; la segunda, a su vez, convierte a esta última en una ciencia social empírica.

Pero ambas proposiciones necesitan limitación. En el posterior desarrollo o aclaración del materialismo histórico se restablece la legalidad propia de las ideologías, y con ella la del mundo jurídico. Ya Carlos Marx designaba a lo ideal como "lo real transportado y traducido en la mente humana", sin caracterizar ciertamente con mayor precisión la forma que lo material adopta en la mente humana. Y Federico Engels dijo más tarde, que ambos "habían desatendido el aspecto formal frente al de contenido" (7).

Un ejemplo aclarará la transformación que en lo material se opera, cuando se "transporta y traduce" en lo ideal. La

(7) Carta a Mehring del 14 de julio de 1893.

exigencia de libertad civil y su realización, se originaron del interés y de la fuerza de la burguesía en marcha ascendente. Pero la libertad a que apuntaba no era la libertad únicamente para aquélla, sino la libertad para todos; cabalmente porque exigía esta libertad como su derecho. El derecho, por su esencia, plantea una pretensión a la justicia; empero, la justicia exige *generalidad* de la ley, igualdad de todos ante la ley. Una exigencia erigida en la forma de lo justo significa, por consiguiente, que se está dispuesto a conceder a los otros lo que para sí mismo se pretende. Porque la burguesía exigió la libertad en la forma de lo justo, por eso pudo esta libertad serlo para todos; por eso, también, en su forma de libertad de coalición pudo ser de gran utilidad en la lucha del proletariado, convirtiéndose en medio de combate contra la misma burguesía de cuyos intereses había surgido originariamente.

Este ejemplo nos enseña dos cosas: primero, que aquella "trasposición y traducción" de los intereses económicos en la forma cultural del derecho, significa una libertad de desarrollo para la legalidad propia de lo jurídico, legalidad que intenta cada vez más escaparse de su sumisión a los intereses económicos. Segundo, que este derecho, desdoblándose según su propia legalidad, es capaz, por su parte, de reaccionar, variándolas, contra las relaciones de fuerzas económicas de las que ha nacido. En resumen: entre la base económica y la superestructura de la ideología jurídica existe una acción recíproca (8).

Si de esta manera se restaura la independencia de la Filosofía del Derecho dentro de la ciencia social, por otra parte, queda igualmente sometida a la crítica de la unificación de

(8) Cf. FEDERICO ENGELS, carta a Conrad Schmidt del 27 de octubre de 1890, en donde hay ejemplos justamente sacados del derecho; también RADBRUCH, *Klassenrecht und Rechtsidee* ("Derecho de clases e idea del Derecho"), *Zeitschr. f. soziales R.*, 1.^a anualidad, 1929, p. 75 ss.

Filosofía social y ciencia social, del ser y del deber ser, de la tendencia evolutiva ineludible y del fin válido por el que luchar. No cabe duda, que el eficaz impulso agitador del Manifiesto comunista estriba precisamente en que su autor no fundó el socialismo, como sus utópicos antecesores, sobre el suelo vacilante de los deseos y esperanzas, sobre humanitarismos tan bien intencionados como impotentes, sobre ideologías metafísicas, sino que lo afirmó, con el gesto de la propia seguridad victoriosa del intelecto, sobre el firme fundamento de un cálculo demostrable e irrefutable, exponiéndolo como un destino fatal que a toda oposición acobarda y a toda esperanza da alas. Pero, a su vez, es indudable que la teoría del futuro fatal del socialismo afirmó a la convicción socialista, pero no fué capaz de fundamentarla. Pues, es verdad, el socialista profesa el socialismo, no porque lo sepa inevitable, sino porque percibe como injusto el estado social contemporáneo, como "explotación" y "opresión", y en cambio contempla al orden social socialista como una exigencia de la justicia. El socialismo no es sólo Prognosis, sino también Verbo, no sólo Profecía, sino también Programa, Política y no Fatalismo. Desde que el socialismo dejó de estar condenado a esperar y se sintió llamado a la actuación, esta videnia activista penetra más y más en la teoría. La concepción materialista de la historia causal-empírica busca consciente o inconscientemente su complemento en una Filosofía jurídica y socil-teológica del socialismo (9).

5. De esta manera, en el historicismo, en el hegelianismo y en el materialismo, la llama de la Filosofía, amenazada de ahogo por el positivismo, se abría paso de nuevo; a través de la consideración del ser penetraba la consideración valorati-

(9) El ejemplo más eminente de esta dirección es H. DE MAN, *Psychologie des Sozialismus* (tr. esp. con el título "Más allá del Marxismo", Aguilar); además, RADBRUCH, *Überwindung des Marxismos?* ("¿Superación del marxismo?"), *Gesellschaft*, 1926, II, p. 368 ss.

va. Ahora ya, aquella llama se extinguió realmente: entramos en la centuria del positivismo jurídico. No se investiga ya más en la realidad del derecho el valor jurídico, antes bien se declara anticientífica toda consideración valorativa del derecho y hay que limitarse conscientemente a la investigación empírica del mismo. El lugar de la Filosofía del Derecho lo ocupa la *Teoría general del Derecho*, el más alto edificio de la ciencia jurídica positiva, que tenía por tarea investigar los conceptos jurídicos más generales, comunes a las diversas disciplinas jurídicas, y tal vez, elevándose por cima de la ordenación jurídica nacional, exponer comparativamente los conceptos jurídicos semejantes de las distintas ordenaciones jurídicas, hasta que al fin, trascendiendo el dominio de lo jurídico poder investigar sus relaciones con otros dominios de la cultura (10).

Todo lo más habría aquí que mencionar a la teoría general del derecho como la Eutanasia de la filosofía jurídica, si no fuera porque también en ella irrumpe, casi contra su voluntad, la inextirpable apetencia filosófica. Los conceptos jurídicos que desarrolló son, en su mayor parte, conceptos que no puede demostrarse hayan sido simplemente inducidos de lo común a todas las ordenaciones jurídicas, sino tales que pueden ser conocidos a priori como válidos para toda ordenación jurídica que pueda pensarse. Se mostrará más tarde que conceptos como sujeto de derecho y objeto de derecho, relación jurídica y anti-juridicidad, y el concepto mismo del derecho, no son posesión casual de algunas o todas las ordenaciones jurídicas, sino supuestos necesarios para comprender una ordenación jurídica como tal orden de *derecho*. Semejantes conceptos no pertenecen a una teoría general del derecho empírica, sino a una

(10) El programa de la Teoría general del derecho fué trazado por KARL BERGBOHM: *Jurisprudenz u. Rechts Philosophie* ("Jurisprudencia y F. del D."), 1892. Sus principales representantes fueron, ERNST RUDOLF BIERLING, ADOLF MERKEL y KARL BINDING.

filosofía del derecho positivo—desde luego, sólo del derecho positivo—. Obtenidos por una análisis crítica del derecho positivo, no pueden nunca, rompiendo el círculo del derecho positivo, llevar a una valoración de ese derecho positivo. También pertenecen, sin embargo, a una consideración valorativa, pero el objeto de ésta no lo forma el derecho, sino el conocimiento del derecho; el problema que se plantea no es, cuándo un derecho es justo, sino cómo un derecho puede ser apprehendido con certeza. Pertenecen, pues, a la teoría del conocimiento jurídico, a la filosofía teorética, pero no a la filosofía del derecho considerada como una rama de la filosofía práctica.

6. Sin Rodolfo von Jhering no podría pensarse la Teoría general del Derecho. Empero, hay ya en él alusiones tan decididas a algo más allá del positivismo, que no es posible valorarlo en los límites de éste. En su pecho se encontraban todos los motivos del pensamiento que hasta aquí hemos considerado, y se realizaba entre ellos aquella confrontación reciproca de la cual provienen el renacimiento de la Filosofía del Derecho y la revisión del método jurídico que nosotros hemos vivido.

Jhering ha realizado el programa de la escuela histórica y lo ha superado. Lo realizó en cuanto mostró de modo genial en su "Espíritu del derecho romano" aquella conexión del derecho con el espíritu del pueblo, que la escuela histórica afirmaba en su programa y que nunca se había emprendido constatarlo en particular. Y lo superó, pues en lugar de una fuerza oscura, afirmó a la voluntad consciente de un fin como soporte de la evolución jurídica: "El fin es el creador de todo el derecho" y "en la lucha debes encontrar tu derecho", he aquí los lemas de sus dos obras: "El fin en el derecho" y "La lucha por el derecho". Al irracionalismo de la escuela histórica opuso de nuevo un racionalismo, pero situándolo diversamente que Hegel, en su más propio dominio; frente a "la

dialéctica lógica del concepto", la dialéctica "práctica competente del fin", en vez de una doctrina filosófica, una históricosociológica. De esta manera, al menos en su exposición, no ha superado Jhering al empirismo. El fin, considerado por él como el creador del derecho, no es la idea supraempírica, que quizá ineficaz en la efectividad de la evolución jurídica constituye, sin embargo, la medida para su enjuiciamiento, sino más bien el hecho empírico de la posición de fines humanos; por tanto, no una oposición, sino una subespecie de la causa: causa finalis. Permaneciendo en el campo del monismo metódico, únicamente conoce una manera de consideración científica: la causal; pues lo que consideraba como teleológica no es otra cosa que la causal en su especial aplicación a la causalidad del obrar humano. Muchas veces parece, ciertamente, como si Jhering hubiera empleado conscientemente aquella ficción, tan corriente para la filosofía jurídica a través de la teoría del pacto social, que trata del fundamento justificante en la forma de causa originaria; también parece como si hubiera apuntado a la relación teleológica de una institución jurídica con una idea de fin supraempírico allí donde hablaba de su relación causal con una posición empírica de fines; en una palabra, parece como si en realidad fuera un filósofo del derecho bajo ropaje de sociólogo. Sea ello como fuere, todavía habría necesitado Jhering dar un paso para avanzar de la Sociología a la Filosofía del Derecho: si se hubiera representado no como espectador contemplativo de ajenas posiciones de fines, sino como actor de la evolución jurídica en cuanto capaz también de poner fines; si no hubiera visto sólo la existencia de fines de hecho, sino también ante sí la exigencia del fin; y hubiera vivido la confrontación de la realidad jurídica como una medida normativa del derecho, hubiera percibido el dualismo entre la consideración de la realidad jurídica y la del valor jurídico y superado, al fin, el utilitarismo de las parciales posiciones de fines en una absoluta y su-

prema idea de fin. Realizó este progreso cuando el en "Broma y en serio" opuso a la "jurisprudencia constructiva conceptual" la formación teleológica de conceptos; con ello se reconocía ya al jurista como factor cooperante en la evolución jurídica; y si la muerte no hubiera arrancado a su autor la pluma de la mano, seguramente en "El fin en el derecho" se habría deducido la consecuencia, necesaria, de dualismo metódico. De esta manera, Jhering, desde el irracionalismo de Savigny pasando por el racionalismo hegeliano, conduce a la superación del monismo metódico, común a ambos.

7. La nueva fundamentación de la filosofía jurídica, la restauración de la independencia de una consideración valorativa del derecho al lado de la investigación de la realidad jurídica en el terreno del dualismo metódico de la filosofía kantiana, fué la gran obra de Rodolfo Stammler (11). Desde luego, ha planteado más que resuelto los problemas de la Filosofía del Derecho. Con una tenaz constancia y sin rubor ante las repeticiones, ha golpeado en toda forma a la conciencia filosófico-jurídica de su época con el desarrollo, siempre semejante, de dos pensamientos: primero, que el lado de la investigación

(11) *Wirtschaft. u. Recht.* ("Economía y derecho"), ed. esp. Reus, 5.ª edición, 1924; *Lehre v. richtigen Recht.* ("La doctrina del derecho justo"), 2.ª edición, 1926; *Theorie d. Rechtswissenschaft* ("Teoría de la ciencia del derecho"), 2.ª ed., 1923; *Lehrbuch d. RPh.* ("Manual de Filosofía del Derecho"), traducción esp. de Reus; *Beitrag. RPh.* en: *Das gesamte deutsche Recht*, hrsg. von Stammler. ("Capítulo F.ª del D.º en la obra colectiva": ..., editada por St.); *RPh. Abh. u. Vorträge* ("Conferencias y disertaciones filosófico-jurídicas"). Entre los innumerables escritos críticos sobre St. merecen ser resaltados: MAX WEBER en *Ges. Aufs. z. Wissenschaftshre* ("Colección de artículos sobre la teoría de la ciencia"), 1922, p. 291 ss. y 556 ss.; M. E. MAYER en la revista *Vierteljahrsschr. f. Gesetzgebung u. Rechtw.*, 1905, p. 178 ss.; BINDER, *Rechtsbegriff und Rechtsidee* ("Concepto e idea del derecho"), 1915; ERICH KAUFMANN, *Kritik d. neukant. RPh.* ("Crítica de la filosofía del derecho neokantiana"), 1921, p. 11 ss.; a favor de St. GRAF DOHNA, *Kontstudien*, vol. 31, p. 1 y s.

Yo me uno, palabra por palabra, a la excelente apreciación de SOMLO de la obra de St. aceptando sus reservas y reconocimientos: *Jurist. Grundlehre* ("Teoría jurídica fundamental"), p. 45, nota 2.ª.

del derecho positivo, debe desenvolverse con plena independencia la "teoría del derecho justo" y que, segundo, esta teoría es sólo un método que no desarrolla ningún sistema de Filosofía del Derecho. La teoría del derecho justo no puede ni quiere desarrollar ningún precepto jurídico que pueda demostrarse justo con validez general. Adquiere la validez general de sus conceptos a costa de su carácter puramente formal. Así, es menos una Filosofía jurídica, que una lógica de la Filosofía del Derecho; una teoría del conocimiento de la consideración valorativa del derecho; una crítica de la razón jurídica; unos cimientos de utilidad poco común para toda filosofía del derecho posible, pero todavía no el edificio mismo (12).

8. Aquí se insertan los esfuerzos de aquellos que no pueden olvidar que siempre en sus mejores tiempos la Filosofía del Derecho se ha esforzado por ser útil a la vida, bien marcando una finalidad a los grandes movimientos políticos, ya aclarándola, y que por eso quisieran arrancar a la Filosofía del Derecho del círculo de las investigaciones incesantes sobre su propio método, para constituir la en un sistema pleno de decididos juicios de valor. Es cierto, sin embargo, que ninguna Filosofía del Derecho puede pasar de largo ante el conocimiento fundamentado por Kant y nuevamente afirmado por Stammler, de que lo conocible con validez general, es sólo lo que lleva en sí carácter formal; a aquella filosofía ju-

(12) Provenientes como St. de la escuela de Marburgo (Cohen, Natorp) hay que citar aquí a MAX SALOMÓN, *Grundlegung der RPh.* ("Fundamento de la F.ª del D.º"), 2.ª ed., 1925, y a C. A. EMGE, *Vorschule der RPh.* ("Prolegómenos a la F.ª del D.º"), 1925, y *Geschichte der RPh.* ("Historia de la Filosofía del D.º"), 1931. Para SALOMÓN la ciencia jurídica es "problemática del derecho", ciencia que se propone mostrar dónde se encuentran los problemas jurídicos, y en consecuencia el derecho positivo es sólo un conjunto de determinadas posibilidades de solución. Estos problemas constituyen el objeto de una mera técnica jurídica; en cambio, la Filosofía del Derecho es la teoría de la idea del derecho, como una cuestión previa a la problemática jurídica. Para EMGE, el objeto de la Filosofía del Derecho está constituido por los supuestos lógicos, a los que debe la ciencia jurídica su particularidad.

rídica no le queda más camino que renunciar a su validez general, cuando no sólo pretende el método, sino también el sistema. Ahora bien, si no desea, por otra parte, permanecer en lo arbitrario de un solo sistema no le queda otra elección que desarrollar el sistema de los sistemas, sin propia decisión entre ellos; que es, precisamente, la tarea de la filosofía jurídica relativista. El impulso del conocimiento humano intentará repetidamente romper esta autolimitación modesta del relativismo; en nuestro más inmediato pasado hay toda una serie de tales intentos. El relativismo se satisface con cada intento de esta suerte, pues supone una aclaración de una postura filosófico-jurídica singular, un poner de relieve y hacer visible con la plenitud de la personalidad uno de los posibles sistemas, sin todo lo cual precisamente la Filosofía del Derecho relativista aparecería como un reino de sombras sin formas y sin color. Pero no puede acceder a dejar de rechazar las pretensiones exageradas de validez universal que tienen tales intentos y de mostrar la sumisión de ésta a determinados supuestos dentro de una concepción del mundo y de la vida.

9. Mas también en otra dirección, la evolución filosófico-jurídica traspasa los estrechos límites de la Filosofía del Derecho de Stammler. Stammler cree poder separar de modo tajante el concepto del derecho de la idea del derecho, derivando el concepto del derecho sin referencia alguna a la idea concepto del derecho. Ya hemos visto (§ 1) que ninguna obra humana puede ser comprendida sin relación a una idea; si ni siquiera una mesa, mucho menos el derecho. Detrás de esta concepción del derecho está la videncia fundamental, que en contra de la oposición stammleriana entre ser y deber ser, no puede satisfacerse con la existente entre realidad y valor, sino que entre juicio de realidad y juicio de valor considera a la referencia o relación a los valores; es decir, que entre la naturaleza y el ideal pretende reservar su puesto a la cultura: la idea del Derecho es un valor, empero, el derecho es una realidad

referida a valores, un fenómeno cultural. De esta manera se realizó un tránsito del dualismo a un trialismo en los modos de consideración del derecho (cuando se hace caso omiso del cuarto, del religioso). Este tránsito convierte a la Filosofía del Derecho en una *filosofía cultural del derecho* (13)..

10. Junto a la Filosofía jurídica edificada por el trialismo metódico y el relativismo, que vimos es el resultado de la marcha evolutiva de la nueva Filosofía del Derecho antes descrita, se afirman todavía en la actualidad los primeros peldaños de aquella evolución (14). La doctrina del derecho natural se ha mantenido con vida y hasta adquirido nuevas fuerzas (15). Con plenitud sistemática e imperturbabilidad digna de respeto penetra hasta la actualidad la Filosofía jurídica medieval en la forma de la Filosofía católica del derecho (16).

(13) Fué fundador de esta dirección de la filosofía jurídica EMIL LASK (v. antes § 1, nota 1.^a) y está representada por MAX ERNST MAYER, *RPh.* ("Filosofía del D.^o"), 1922; WILHELM SAUER, *Lehrb. d. R. u. Sozialph.* ("Filosofía Jur. y Social"), tra. esp. Labor, 1929. *Grundlagen der Gesellschaft* ("Fundamentos de la sociedad"), 1924; TSATSOS, *Der Begriff des positiven. Recht* ("El concepto del derecho positivo"), 1928; RAVÁ, *Compiti della Filosofia di fronte al Diritto*, 1907, e *Introduzione alla Fil. del Dir.*, 1919. Cf. ANGERTHAL, *Unters. z. Kulturidee i. d. neuen RPh.* ("Investigaciones sobre la idea de cultura en la nueva F.^a del D.^o"), 1929; véase también la aguda crítica de Kelsen en el *Jahrbuch de Schmoller*, vol. 40, 1916, p. 1180. Dualismo y relativismo se encuentran también unidos entre sí en KANTOROWICZ. Cf. *Rechtswissenschaft und Soziologie* ("Ciencia del derecho y Sociología"), 1911, p. 21 ss.; *Staatsauffassungen* ("Las concepciones del Estado"), en el *Jahrbuch f. Soziologie*, tomo I, 1925, p. 101 ss.

(14) LARENZ, *Rs. u. Staatsphilosophie. d. Gegenwart* ("La Filosofía del Derecho y del Estado contemporánea"), 1931; RECASENS SICHES, *Direcciones contemporáneas del Pensamiento jurídico*. Labor, 1929.

(15) GRIESS, *Naturrechtliche Strömungen der Gegenwart in Deutschland* ("Las corrientes contemporáneas del justnaturalismo en Alemania"), 1926; *Iusnaturalae et gentium*, *Zeitschr. f. Inter. Recht*, vol. 34, 1925, p. 113.

(16) Cf. CATHREIN, *Recht, Naturrecht und positives Recht* ("Filosofía del Derecho. El derecho natural y el positivo"), ed. esp. en Reus, edit.: v. HERTLING, *Recht, Staat, und Gesellschaft* ("Derecho, Estado y Sociedad"), 4.^a ed., 1917; MAUSBACH, *Naturrecht und Völkerrecht* ("Derecho Natural y Derecho Internacional"), 1918; HÖLSCHER, *Sittliche Rechtlehre* ("Doctrina ética del derecho"), 2 vol., 1928.

Y el derecho racional de la ilustración celebra su restauración, en contacto con Kant y Fries, en un sistema que impresionaría por su incommovible creencia en la razón (17). Otro continuador de la ilustración, valientemente inactual, trata de fundamentar el "principio eudemonista" por él defendido con una "institución apoyada en la empiria más posiblemente comprensiva", con una metafísica de base empírica (18). También el muy invocado renacimiento hegeliano actúa poderosamente, hasta con abandono por quien le sostuvo del punto de vista del criticismo kantiano (19). Y también Shopenhauer, el contradictor filosófico de Hegel, ha sido descubierto muy recientemente para la Filosofía del Derecho (20). Por otra parte, la teoría general del derecho ha encontrado una importante exposición en la forma ya transformada de una "Teoría jurídica fundamental", en la que se oponen a los simples conceptos jurídicos generales de validez general empírica, conceptos jurídicos fundamentales, supuestos de toda ciencia jurídica posible (21). Igualmente Filosofía jurídica del Derecho positivo, más que Filosofía del Derecho en absoluto, es la llamada teoría pura del derecho (22), una singular unión del positivismo

(17) LEONARD NELSON, *System d. phil. Rechtlehre und Politik* ("Sistema de teoría filosófica del Derecho y de Política), 1929 (p. 85 "La justicia es el derecho"). Véase mi discusión en *Jur. Woch. Schr.*, 1925, tomo 1, página 1.252.

(18) ARTHUR BAUMCARTEN, *RPh.* ("F.^a del D."), 1929, *Die Wissenschaft vom Rechte und ihre Methode* ("La ciencia del Derecho y su método"), 2 vols., 1920 y 1922.

(19) JULIUS BINDER, *Ph. d. Rs.* ("F.^a del D."), 1925 (p. 67: "en HECHE encontramos lo que en KANT habíamos buscado inútilmente: la realidad de las ideas en el mundo empírico, una realidad plena de ideas y la Historia como el proceso de aparición de la ideas en la realidad"). Con su libro anterior *Rechtbegriff und Rechtidee* ("Concepto e idea del derecho"), 1915, estaba BINDER en la dirección señalada en la p. 38, nota 1.

(20) GEORG STOCK, *RPh.* ("F.^a del D."), 1931.

(21) SOMLÓ, *Juristische Grundlehre* ("Teoría jurídica fundamental"), 1917, 2.^a ed., 1927.

(22) Iniciada por HANS KELSEN en su libro *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* ("Problemas fundamentales de la teoría jurídica del Estado"),

con su aparentemente opuesta "Teoría normológica del deber ser", que en su inexorable desenmascarar de hipóstasis y ficciones parece aceptar de nuevo el lema de un original filósofo de la escuela de Ludwig Feuerbach (23): "cómo una alta policía del saber" deshacer "todos los fantasmas jurídicos" para finalmente "aniquilarse a sí misma". Desde la teoría pura del derecho brotan numerosas conexiones con la investigación fenomenológica del derecho (24). La "intuición esencial" aplicada a la "naturaleza de las cosas" no necesita valer a la par como juicio de valor: las determinaciones del deber ser exigidas por el derecho positivo, pueden separarse con buenos fundamentos de las leyes del ser descubiertas por la fenomenología (25). Así, el problema de la fenomenología del derecho podría ser otro que el de la filosofía valorativa del derecho (26). Finalmente, también el vocerío en torno al problema del "jefe" ha tenido su eco en la Filosofía del Derecho: una "teoría pragmática del derecho" se apoya en la "representación fundamental de la jefatura"; no pregunta por la Idea, sino por la personalidad, que de la "última vivencia de la necesidad" hace brotar creadoramente la Idea (27). Y no podemos hablar aquí en sus particularidades de la Filosofía jurí-

1911, 2.^a ed., 1923, y desde entonces mantenida en numerosos libros de KELSEN y sus discípulos.

(23) LUDWIG KNAPP, *System d. R. Ph.* ("Sistema de Filosofía del Derecho"), 1857.

(24) Iniciada por ADOLF REINACH, *Die apriorischen Grundlagen d. Bürgerlichen Rechts* ("Los fundamentos a priori del Derecho civil"), 1913. Además, FÉLIX KAUFMANN, FRITZ SCHREIER, GERHARD HUSSERL, WILHELM SCHAFF.

(25) Así al menos en Reinach, p. 133.

(26) A otros problemas que no son de Filosofía jurídica responde ERNST WEIGELIN en sus investigaciones sobre la "realidad ética": *Einführung in die Moral- und Rechtsphilosophie* ("Introducción a la filosofía de la moral y del derecho"), 1927.

(27) WILHELM GLUNGLER, *Prolegomena zur Rechtspolitik* ("Prolegómenos a la Política del Derecho"), 2 vols., 1931.