

## Perspectiva histórica de las metodologías jurídicas

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

### 1. **DIVERSIDAD DE PLANOS SUPERPUESTOS Y CORTES VERTICALES MOSTRADOS POR ESTA PERSPECTIVA HISTÓRICA**

Una visión panorámica de la perspectiva histórica de las metodologías permite observar como, a través de sus diversos períodos, el núcleo de su estudio ha variado de ubicación temática, situándose en diversos planos. A la par, nos ofrece, también en perspectiva, tres cortes verticales, a través de los cuales y de arriba a abajo podemos observar desde la determinación de los principios generales hasta la concreción de lo justo del caso, y después observarlos según teóricamente han sido contemplados. Con ese conocimiento previo, podemos iluminar nuestra labor y apoyarnos en él «(teoría)», para configurar ese método, así como el modo de desenvolverlo prácticamente «(praxis)»; y suministrarlos o construirnos los expedientes técnicos, instrumentos y medios auxiliares que nos faciliten la mejor manera de realizarla «(técnica)».

Aquellos planos y estos cortes verticales se entrecruzan. De modo tal, que, observándolos a lo ancho de esa perspectiva histórica, se advierte que en mayor o menor grado deben realizarse tres diversas tareas: una teórica, otra práctica y otra técnica. También a lo largo de la misma perspectiva podemos observar, en perfil, esos diversos planos superpuestos en los cuales se han centrado, según los períodos, tanto los intentos metodológicos que se han efectuado cómo las polémicas que les han acompañado. Son los niveles: teológico, filosófico, científico —estos dos centrados en el conocimiento de las cosas—, político-legislativo y práctico, ya sea éste

realizado genéricamente de modo consuetudinario, o bien en la realización individualizada del derecho –ya se realice esta individualización de modo consensuado o resolviéndola conflictualmente. Este último doble plano práctico se nutre intelectualmente de los anteriores.

Esa nutrición intelectual desde los planos superiores al nivel más al ras de los hechos de la vida, requiere, a su vez, una intercomunicación de aquél con todos o alguno de los demás niveles. La observación panorámica de esta intercomunicación permite asimismo distinguir los diversos y variados medios que, a lo largo de la historia, han sido utilizados para efectuar esta intercomunicación. Estos medios podemos clasificarlos en: intuitivos, abstractivos, inductivos, experimentales, descompositivos-hipotético-reconstructivos, lógico-formales o deductivos, dialécticos, tópicos, combinatorios, dialógicos o de confrontación de opiniones, en los cuales puede ser incluida la lógica material de la razón histórica y de la razón vital; en suma, el *logos* de lo humano o de lo razonable –como le ha denominado Recasens Siches.

## 2. EL PLANO METODOLÓGICO CONCRETO DE LA DETERMINACIÓN NEGOCIAL Y CONFLICTUAL DEL DERECHO INICIADO EN EL DERECHO ROMANO EN SUS PERÍODOS ARCAICO Y CLÁSICO

a) En el nivel de la determinación más concreta del derecho, efectuada de modo directo e inmediato, habían centrado su labor los pontífices y los jurisconsultos romanos en las épocas arcaica y clásica. En especial en sus funciones del *cavere*, para efectuar las determinaciones concretas dispositiva y convencional, y del *respondere*, para procurar su determinación conflictual. Sin embargo, tal inmediatitud, sin mediación de normas escritas, no implica que estas determinaciones se hicieran de modo caprichoso, arbitrario, voluntarista o sentimental. Nada de esto. Es cierto que la intuición era la primera y más básica cualidad requerida en los jurisconsultos; pero esta intuición consistía en una comprensión del *ontos* de las cosas y de su *virtus*, que se cultivaba en su específica educación, y que les capacitaba para la *inventio*, el descubrimiento, de lo que Kaser ha denominado «derecho natural romano antiguo», expresado en las *mores maiorum*, que se fundamentaban en la autoridad de los antepasados muertos de quienes por tradición se recibía. Y, como expresaría la antes repetida definición de Ulpiano, la *iusti atque scientia* iba precedida por la *divinarum et humana-*

*rum rerum notitiae*, que los propios jurisconsultos filtraban a través de la membrana porosa –según el símil de Juan Miquel, que continuamente vengo utilizando– y recogían dentro de la célula jurídica, para, en ella, –libres de ingerencias extrañas por el principio de la espontaneidad, autonomía o aislamiento– determinar, con el propio método, *quod iustum et aequum est*.

Esta inmediatividad se nubló, en cierto modo, durante el período posclásico, cuando lo justo no fue observado directamente sino a través de la lente que imponía la autoridad de los textos, es decir, los *iura* –cristalizados en las recopilaciones de *responsae*, que condensaban la *interpretatio* de los principales juristas clásicos– y en las de *leges* –que integraban constituciones y rescriptos de los emperadores formuladas por su cámara de juristas–. Sin embargo, con la recepción de diversas influencias, especialmente la de la Iglesia, se produjo el surgimiento del derecho romano vulgar y de los derechos romanos provinciales. Estos –no obstante producir la vulgarización del derecho o, tal vez, por ello– influyeron en la determinación documental del derecho e, incluso, en la conflictual, y produjeron una cierta adecuación del derecho a las nuevas circunstancias, personales y reales. Fue una relativa adaptación, que continuaría produciéndose en el período de las leyes romano-bárbaras.

La determinación dispositiva –por el donante, el fundador o el testador– y la convencional del derecho se fueron acentuando durante todo el Medievo, facilitándose aquélla por el predominio de la idea germánica de la fidelidad, que impulsaría al apogeo el principio *pactum vincit leges*.

b) Con la recepción del derecho romano justiniano, los glossadores retornarían al modo de efectuar la determinación del derecho a través de los textos legales que, para ellos, fueron los romanos recibidos. No obstante, tuvieron también como pauta la subordinación de la *interpretatio verborum* al derecho divino, y la utilización en ella de un método dialéctico, en cuyo ejercicio no contemplaban la recopilación como si constituyera un cuerpo absolutamente completo y cerrado, sino reviviendo sus textos con el derecho divino y subordinándolos a él. Así, al examen de los textos aplicaron la luz de las cuatro causas: material, eficiente, formal y final; y las combinaron con la *scientia de moribus* –que tenía en cuenta las normas de conducta–, mediante la cual penetraban en las normas con la ética –*ethica supponitur*–. Ello daría lugar al cultivo que hicieron de la *aequitas rudis* que, en la conciencia de los juristas, dejaría una semilla que halló campo abonadísimo en el derecho canónico y permitió su ulterior desarrollo, que se produciría cuando el derecho romano dejó de aplicarse

*ratione Imperii*. Por todo esto, no puede decirse que fueran ajenos a la realidad de sus tiempos. Así, atendiendo a ella, escogían entre varios textos el que resultaba más adecuado y equitativo, y, además, aunque fuera forzándolos, procuraban orientar su exégesis a la *rerum convenientia*.

El final de la glosa y el inicio del desarrollo de la escuela de los comentaristas coincidió: de una parte, con el hecho político del tránsito desde la idea por la cual se fundamentaba *ratione Imperii* la aplicación del derecho romano, hasta la idea de basar su aplicación *imperio rationis* —por la consideración del mismo como buena razón y equidad no escritas—, y, de otra, con el hecho cultural producido por la reaparición de los textos de Aristóteles y su adecuada asimilación al pensamiento cristiano, con la interpretación que de ellos darían San Alberto Magno y Santo Tomás de Aquino. De ese modo, la determinación del derecho en lo singular y concreto volvería a ocupar el lugar central en la labor de los juristas. Para realizarla, combinaban lo que era pactado o determinado unilateralmente, con leyes, estatutos, costumbres, textos romanos y canónicos, y todos entre sí; sirviéndoles de pauta para efectuar esa síntesis: la *rerum conveniencia*, captada con el *sensum naturale*, y la *bona ratio*.

A pesar del posterior predominio teórico del nominalismo y, más tarde, de la denominada jurisprudencia culta, de la escuela racionalista del derecho natural y de gentes, de los empiristas ingleses y el constructivismo contractualista de los siglos XVII y XVIII, en la práctica negocial y en la judicial, siguió aplicándose, más o menos correctamente, aquel método, que constituyó el denominado *mos italicus*, hasta que llegaron las codificaciones modernas.

c) El empleo de esa determinación concreta del derecho, efectuada por los juristas en forma directa e inmediata, pero no de modo arbitrario —ni voluntarista ni sentimental— también lo observamos patente —como antes en el derecho romano— en el genuino *common law* inglés, mientras se mantuvo puro. Así, jueces y tribunales, a partir de la segunda mitad del siglo XII, resolvían los casos que se les presentaban «descubriendo» el armazón iusnaturalista que latía en las viejas costumbres locales, y, una vez descubierto en ellas, lo condensaban para obtener las fórmulas generales precisas a fin de efectuar las determinaciones concretas que, por razón de su oficio, debían efectuar. Una muestra palpable de que esos jueces no creaban sino que descubrían el derecho, es la explicación que dio Coke en el siglo XVI, de que, incluso cuando un tribunal se apartaba de la doctrina sentada en sentencias anteriores, bien por el mismo

tribunal bien por otros, era por haberse dado cuenta de que aquella doctrina era contraria a la razón. Así, se destacaba que no se pretendía elaborar un nuevo derecho, sino vindicar el viejo, liberándolo de la anterior interpretación errónea.

Sin embargo, esta inmediatez se atenuaría cuando jueces y abogados comenzaron a ayudarse con los *year boooks*, que recogían los extractos de las sentencias anteriores seleccionados y ordenados; y con los *wirt original*, que expedía la *Royal Chancery*, incorporando aquellas reglas generales, en las que convenían los jueces al extraer un conjunto de costumbres particulares, y que, a partir del siglo XII, eran coleccionadas y comentadas, formándose el *Registrum brevium* o *Register of Wirts*, a modo de colección jurídica que estuvo en constante expansión.

A finales del siglo XIII, pareció agotarse la creatividad de los jueces, mediante la cual se adecuaba el derecho a las nuevas circunstancias, no apareciendo ya nuevos *wirts*, aunque se precisaban por los cambios de circunstancias producidos y a pesar de que eran reclamados. Entonces, el Parlamento autorizó al Canciller para que, por su cuenta, los otorgase e, incluso, para que por «falta de justicia», emplazara a las partes, cuando la demandasen. Así, en el siglo XV, el Canciller llegaría a suplir los defectos del *common law*, mediante la *equity* —como entonces se la comenzó a denominar—, a la cual Jacobo I declaró prevalente. Hoy unos mismos jueces y tribunales aplican tanto la *common law* como la *equity*.

Los *year boooks* y el *Register of wirts* facilitaron sin duda su labor a jueces y tribunales, pero también formaron sendos cuerpos de doctrina que, poco a poco, irían dando lugar a que se adoptara la práctica del precedente judicial, oponible a los actos de ministros y funcionarios por el principio del *rule of law*. Y, con el tiempo, la utilización de esos cuerpos les llevaría a positivizarse y a que, en general, el precedente se apoyara, más que en los principios, en la interpretación extensiva o en la analogía de la misma doctrina judicial.

En los Estados Unidos de América, de esa doctrina del precedente se derivarían el *case-method*, vinculado al pragmatismo —allí característico— y al utilitarismo, llegándose plenamente al positivismo bajo la influencia de Bentham, Austin y John Stuart Mill.

De ese modo, en una y otra orilla del Atlántico, la determinación directa del derecho anglosajón por jueces y tribunales vendría a ser mediatizada, en cierto modo, por la propia jurisprudencia anterior.

### 3. EL PLANO CONSUECUDINARIO DE LA METODOLOGÍA DE LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO

Este plano, o nivel de la determinación concreta y directa del derecho, se halla casi siempre entrelazado con el plano de la determinación consuetudinaria, tal como hemos visto que había ocurrido en los orígenes del derecho romano, con las *mores maiorum*, y el primitivo derecho inglés, con las costumbres locales.

Pero, tal vez, donde mejor se advierte el desposorio entre la determinación dispositiva, personal o convencional, e incluso conflictual, del derecho, con las costumbres, creadas precisamente a través de la formación de usos dispositivos o convencionales, es durante toda la Edad Media. Estas costumbres fueron el crisol del denominado «derecho medieval cristiano», tanto en los *pays de droit coutumier* franceses como en la España pirenaica y cantábrica, en el norte de Italia y en los pueblos que hoy constituyen la Confederación helvética.

Así se formaron las costumbres rurales, las feudales, las costumbres y estatutos municipales, corporativos y las del mar. Todas ellas irían escribiéndose y se compilaron las más importantes. Los comentaristas, con su método del *mos italicus*, las armonizarían con los derechos romano, canónico, los territoriales y estatutarios, armonizándolos todos, para cubrir sus vacíos con la *rerum convenientia*, el *sensum naturale*, la buena razón y la equidad.

En muchas regiones del continente europeo, estas vivencias consuetudinarias prolongaron su vigencia hasta que llegaron las codificaciones y, aun después, se mantuvieron en algunos países.

En España se habían mantenido en los Reinos de Aragón, Valencia (en este sólo hasta el Decreto de Nueva Planta, dado por Felipe V), Mallorca y Navarra, en el Principado de Cataluña, y en los Señoríos de Vizcaya y de Ayala; en Francia persistían en los *pays de droit coutumier*, aunque con indudable tendencia a su unificación.

Aún después de la codificación, en las regiones españolas que se han denominado de derecho foral o especial, continuarán combinándose las determinaciones dispositiva, personal y convencional, con la consuetudinaria, siendo, para ello, decisiva la colaboración de los notarios con el pueblo.

Creo que Joaquín Costa, además de ser el gran propugnador de la recopilación de las costumbres vivas –tarea que él mismo inició–, fue el mejor teorizador y defensor de la determinación con-

suetudinaria del derecho voluntario, así como del principio aragonés *standum est chartae* y del que él denominó *standum est consuetudini*.

#### 4. TRÁNSITO DEL NÚCLEO CENTRAL DE LA METODOLOGÍA JURÍDICA A LOS PLANOS, MÁS ELEVADOS, TEOLÓGICO Y FILOSÓFICO

La posibilidad de un conocimiento racional del derecho, en su vivencia arraigada en la naturaleza de las cosas mediante una comunicación bidireccional –intuitiva-abstractiva de las cosas a la mente e inductiva-deductiva de esta a aquéllas–, requiere que se parta de la existencia de un orden en las cosas cognoscible por el hombre en la medida suficiente para que le sirva de pauta. Esto había sido ya discutido por teólogos y filósofos mahometanos y, decididamente lo sería, en el siglo XIV, en el campo cristiano por Duns Scoto, que estimó ese orden siempre pendiente de la voluntad absoluta de Dios.

La predilección de Duns Scoto por lo singular –como lo único susceptible de amor– la trocaría Guillermo de Ockham por la negación de la realidad de todo universal –que no creía posible conocer a través de unos géneros y especies naturales, a los que no reconocía existencia objetiva, ni admitía sino como nombres expresivos de unas significaciones abstractas, con las cuales «connotamos» las cosas singulares y elaboramos su concepto puramente intelectual. Esa negación implicaba que las palabras *ius*, o *directum*, no significaran la *res iusta* o *quod iustum est*, de conformidad a la cosa misma, como las habían expresado la concepción clásica romana y la cristiana–; y así quedaban sin soporte real los juicios que estaban efectuando los comentaristas con el fin de hallar la equidad y para valorar con la buena razón objetiva, con las cuales armonizaban los textos del derecho romano y del canónico con los del derecho propio, en conformidad con el orden armonioso de las cosas y una visión plena del hombre en todas sus dimensiones.

La membrana porosa, a través de la cual recibía el alimento intelectual la célula jurídica, para que dentro de ella los juristas con sus propios métodos determinasen lo que es justo, ya no podía recibir el conocimiento del orden de las cosas humanas puesto que no se admitía que en ellas existiese ínsito un orden natural. Así, la cuestión metodológica cambiaba de plano; y se centraría en una cuestión teológica y filosófica idealista o voluntarista. Al negarse que el derecho pudiera obtenerse de la *rerum natura* mediante el

*sensum naturale*, dado que –en contra de la concepción tomista– la ley eterna se estimaba no cognoscible, ni siquiera en parte ni aproximativamente, resultaba que el derecho sólo podía inspirarse en la Revelación –y, por lo tanto, pasaba a ser de la competencia de los teólogos–, o bien, en la razón, especulativa o constructiva –y entonces competía a los filósofos– o tal vez, en la inducción experimental de los fenómenos –siendo en ese caso tarea científica–, o, en fin, sólo cabía que se aplicara como derecho aquello que fuese impuesto en forma de leyes por el poder político.

Duns Escoto, para la determinación del derecho, puso por primera norma la ley divina positiva, apoyada en la *voluntas absoluta* de Dios –no siéndolo por Él *prohibita quia mala* sino *mala quia prohibita*–. Con ello se imponía, en primer lugar, una interpretación teológica del derecho. En segundo lugar, aunque sometido a esta interpretación, se situó al derecho positivo humano –es decir, la ley emanada de la autoridad política y lo voluntariamente establecido en los convenios de toda clase–. Y, al prevalecer, según esta doctrina, la voluntad sobre la razón, los argumentos racionales, basados en la naturaleza de las cosas, debían ceder ante la voluntad del autor de la norma o de los concertantes del convenio, sin otro requisito sino sólo que su contenido resulte «consonante» con el mandato imperativo del amor a Dios. De ese modo, si bien el *velle naturale* requería *affectio iustitiae* como condición *sine qua non*, no la exigía su interpretación como condición *per quas*; por lo cual, ésta no jugaba sino en forma negativa y tan sólo cuando aquella *affectio* faltara totalmente. Correlativamente, al trasladarse el apotegma *mala quia prohibita* del derecho positivo divino al humano, el criterio interpretativo cambiaba totalmente; obligaba a aferrarse al texto de la ley humana –como en la exégesis bíblica al de la Sagrada escritura– o al de las convenciones, sin basarse, para entenderlas, en argumento alguno dimanante de la naturaleza de las cosas, o de conclusiones de derecho natural.

Estas orientaciones interpretativas se acentuarían con Ockham. Con la particularidad de que el fundamento inmediato de los poderes humanos y de las leyes positivas venía a serlo la concurrencia concordante de los derechos subjetivos de todos los miembros de la comunidad.

Por otra parte, como quiera que con el voluntarismo de Duns Escoto nunca podía estarse seguro de que existiera algo naturalmente justo, más allá de la mera «consonancia» con la voluntad divina, y el nominalismo de Ockham negaba que cupiera inteligibilidad en las cosas, resultaba carente de sentido el concepto de *ius* –derecho– como *quod iustum est ex ipsa natura rei*, y su determi-

nación debía centrarse en la ley que lo imponía, o en el contenido positivo dimanante de ésta, traducido en deberes y facultades inherentes a la voluntad de los hombres, a las que hoy denominamos derechos subjetivos. Así, las normas jurídicas dejaron de mirarse como pautas que ayudan a la determinación de lo justo natural, y pasaron a imponerse como fuentes creadoras de deberes, según unos, y de los derechos subjetivos de cada cual, según otros.

En el siglo XVI, el voluntarismo y el nominalismo, más o menos moderado, se habían hecho dueños de todas las cátedras europeas. Lutero tuvo por maestros a los nominalistas Gabriel Biel y Juan Wessel. En sus estudios, ensambló ese nominalismo, con su pesimismo antropológico –basado en su convicción de que la concupiscencia es invencible, por efecto del pecado original–, en clara contraposición con su hipertrofiado concepto del yo, balanceando éste con aquél pesimismo para buscar el equilibrio mediante la gracia de la fe. Por virtud de ésta, consideraba al hombre liberado de todo el orden moral –que creía le era inasequible–, de todos los preceptos *iudicialia* y *ceremonialia* del Antiguo Testamento y del derecho canónico, e incluso de la necesidad de pensar racionalmente las cosas del espíritu. Consideraba que tanto nuestra inteligencia, para abstraer lo universal, como nuestra capacidad de pensar racionalmente, habían quedado taradas por aquel pecado original, quedando aptas sólo para captar lo singular y para los quehaceres prácticos de la vida terrenal. Le quedaba la ley de Cristo, pero la consideraba informulada, interior, subjetiva e incoercible.

Notemos que, para Lutero, a la negación nominalista de que nuestra inteligencia pueda captar un orden en la naturaleza de las cosas, se suma la negación de la posibilidad de toda razón práctica, –en contra de lo que desde Gregorio de Rimini mantenían amplios sectores del nominalismo, de que nuestra razón lo hallara en la ley escrita en nuestra mente–, ya que –como advierte Arthur Kaufmann– Lutero afirma «que “aunque los mandamientos de Dios estén escritos en el corazón de todos los hombres, sin embargo, Dios ha entenebrecido de tal forma los corazones que éstos apenas pueden verlos y reconocerlos”, y más bien permanecen “oscuros y totalmente desvaídos”. Por este motivo no pudo Lutero aceptar la teoría de los tres niveles de la ley, ya que para él la naturaleza del hombre está totalmente pervertida a causa del pecado original, y, por ello, el hombre no está en condiciones de conocer por sí mismo lo que es correcto. Entre la *lex aeterna* y la *lex humana*, entre el reino de Dios y el reino de los hombres, no hay ninguna conexión jurídica, sólo existe la generosidad de Dios vertida merced a la

gracia misericordiosa. Al haberse extinguido el *lumen naturalis*, el hombre no es capaz por sí mismo de nada bueno si no es con ayuda de la gracia divina. La “libertad del cristiano” no se fundamenta en la ley, sino solamente en el Evangelio; es esa libertad “la que libera al hombre de todos los pecados, de todas las leyes y de todos los mandamientos”».

Mas si, para él, la expresión derecho natural no significaba sino los mandamientos del «Decálogo» y los preceptos basados en la fe, en cambio, en lo referente al orden temporal, tomó literalmente las palabras de San Pablo: «No es en vano que el príncipe lleva la espada de la venganza de quien hace el mal y para castigarle». El derecho tiende así a convertirse en un orden coactivo a fin de preservar el orden temporal de este mundo.

Según Calvino, también la voluntad de Dios es la regla superior de la justicia. Es justo lo que quiere sólo porque Él lo quiere. Por ello, buscaba las normas morales en la Sagrada Escritura, y, así, se producía un regreso del *logos* a la *torah*. Pero, como estimaba separando radicalmente el derecho positivo y la moral, consideró que aquél sólo dimanaba del poder político. Por otra parte, el pensamiento antropológico de Lutero lo sustituyó Calvino por su idea de la predestinación, que tanta influencia ha tenido en la formación del capitalismo.

Ahí tenemos que la elevación del planteamiento básico de la metodología al nivel de la teología trajo a fin de cuentas la traslación del derecho positivo al plano del poder político, fundamentándose —con el espíritu de un voluntarismo nominalista— la aplicación del derecho en la voluntad del legislador.

Sin embargo, sin salir del mismo campo nominalista, en el siglo XIV, un discípulo de Ockham, el superior general de los agustinos Gregorio de Rimini, no buscaría en la voluntad divina la ley eterna, pero tampoco en un orden natural inscrito por Dios en las cosas y captado en ellas por el hombre con su *sensum naturale*. Sino que lo buscaría a través de la *ratio divina*, insuflada por Dios al hombre; pero con la particularidad de considerar pecado la violación de la razón en cuanto recta, aunque se diera el supuesto —que él consideraba imposible— de que no hubiera razón divina. Ahí tenemos el antecedente medieval de la moderna línea racionalista de la determinación del derecho.

A fines del siglo XV, en las facultades de teología de toda Europa seguía dominando el nominalismo, más o menos moderado, teniéndose en ellas como libro de lectura las *Sentencias* de Pedro Lombardo —que eran preferidas a la *Summa theologiae* de Santo Tomás—; pero, a principios del siglo XVI, se produjo una reacción.

En Roma la personificaron los cardenales Tomás de Bio, o Cayetano, y Silvestre de Ferrara. En París, el belga Pierre de Crockaert, o Pedro de Bruselas, que retornó al tomismo, sería maestro de Francisco de Vitoria, quien, a su vez, encabezaría la escuela española de teólogos-juristas. Volvió a poner la *Suma teológica* como libro de lectura, en lugar de las *Sentencias*, en las Universidades de Valladolid y de Salamanca. Y el mismo cambio se produciría también en las Universidades de Alcalá de Henares y de Sevilla.

Esto conllevó que, de una parte, retornasen al tomismo la mejor parte de los teólogos-juristas españoles, y, de otra, que se viniera a reforzar la continuidad del empleo por los juristas del tradicional método del *ius commune*. Pero, como contrapartida, penetraron estos teólogos en el estudio del derecho, que trataron de justificar dando las razones por las cuales se sentían competentes, y, en ese sentido, argumentaron Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Luis de Molina y Francisco Suárez. Asimismo, es de notar que estos cuatro teólogos declararon que contemplaban el derecho como teólogos morales; lo cual, como es natural, les inclinaba a observarlo desde la perspectiva de lo moralmente prohibido o debido, más que en la propiamente jurídica de determinar *quod iustum est* –es decir, de configurar la *res iusta*, la justa relación en el caso planteado–. Ciertamente es, sin embargo, que –como ya hemos visto– Vitoria y Soto se ocuparon principalmente de iluminar los principios, tanto en las grandes cuestiones de siempre –el dominio, el poder civil y el eclesiástico– como en las de más relevante actualidad –los indios, el derecho de gentes, la guerra y la paz, tratados especialmente por Vitoria–; y que el jesuita Luis de Molina –que como teólogo sostuvo la tesis de la «gracia suficiente» y el «libre albedrío», contra la predestinación–, cuando trató de cuestiones jurídicas concretas, actuaba con el método rigurosamente jurídico del *mos italicus*.

Vitoria y Soto conservaron la genuina definición de *ius*, enunciada por Santo Tomás, como lo justo *ex ipsa natura rei* o *ex natura rerum*; pero admitieron también su significación de ley y, al tratar de la propiedad, mostraron su equivalencia a lo que hoy denominamos derecho subjetivo. Es de notar que Luis de Molina, aunque afirmó que el derecho natural brota de la naturaleza de las cosas –*a rerum natura ipsarum... oritur*–, al enumerar las clases de leyes, no alude a la ley eterna ni a la ley natural e incluye la expresión *lex* como segundo significado de *ius*, pero conserva refundida compendiosamente, a mi parecer, lo que el Aquinatense había expresado separadamente como contenido de la *lex aeterna*, de la *lex naturale* y del *ius naturale*.

Otra fue la posición de Francisco Suárez, sin duda ecléctica entre el tomismo, de una parte, y, de otra, el escotismo y un nominalismo moderado. En el significado de *ius* incluyó el de lo justo, el de la ley y el de la facultad moral para reclamar lo que es de uno o que le es debido; pero consideró como sentido principal el de ley. Es, sin duda, significativo que no titulara su tratado *De iure* o *De iustitia et iure*, sino *De legibus*.

Por otra parte, la ley natural –según Suárez– impera en el ámbito moral pero no en el jurídico positivo, salvo en cuanto sea causa impeditiva de su validez; pues no estimó ley la que sería totalmente injusta. Pero, en cambio, en otro caso, creía que la racionalidad no afecta a su interpretación, pues la justicia de la ley, aunque sea condición *sine qua non* de su validez, no lo es para determinar *per quas* el sentido de su aplicación.

Notemos que, mientras Santo Tomás de Aquino, a continuación de su *De iustitia*, trata del juicio en el cual aquellas leyes que son «conclusiones» deben ajustarse a la naturaleza de la cosa, como determinante de lo justo natural –y de ese modo también lo entendió Domingo de Soto–, en cambio Suárez no se ocupó del juicio, sino, y muy detenidamente, de la interpretación de la ley atendiendo a la voluntad del legislador. Y, para aplicar la equidad, no estima suficiente que la razón de la ley falle negativamente, sino que considera necesario que, además, falle de alguna manera totalmente contraria o bien que sea demasiado gravosa o difícil.

Es, sin duda, cierto que el esquema trazado por Francisco Suárez de un derecho natural integrado por un haz de infinitas leyes naturales, escritas en nuestra mente, facilitó a los filósofos un modelo que, después de él, en la Holanda y la Alemania protestantes, emplearía la Escuela del derecho natural y de gentes. Aunque haya de reconocerse también que ese sistema ecléctico del Doctor Eximio fue muy superior –como ha observado Kohler y reiterado Recasens Siches– a las concepciones de Grocio, Pufendorf y Tommassio, en quienes se laicizó y simplificó, dando el paso de prescindir de las variaciones de las leyes por razón de los cambios de materia, y, por tanto, las abstraieron de toda circunstancia de persona, lugar y tiempo.

Igualmente, el esquema del derecho positivo de Suárez, constituido por un sistema de leyes positivas impuestas por el poder político soberano, perduró en esa Escuela y estuvo implícito en el ideal de los filósofos de las Luces de constituir un sistema de moral social –pensado, según ellos, ya no por teólogos, sino por filósofos– y de positivizarlo recogido en Códigos perfectos y completos, que abrogaran y sustituyesen los derechos forjados en la historia y

traídos por la tradición. En el siglo XVIII, ese ideal de convertirlo en derecho positivo no sólo lo propugnarían los ilustrados sino también los revolucionarios.

## 5. LOS SUCESIVOS PASOS DE LA METODOLOGÍA JURÍDICA DESDE EL PLANO TEOLÓGICO AL NIVEL FILOSÓFICO Y DE ÉSTE AL POLÍTICO

El paso de la metodología jurídica desde el plano teológico al nivel filosófico entiendo que fue provocado por Francis Bacon y René Descartes, aunque proponiendo caminos contrapuestos. También se ha señalado a Grocio como personaje clave de ese tránsito y, ciertamente, lo fue para el nacimiento de la Escuela del derecho natural y de gentes.

a) A finales del siglo XVI y comienzos del siglo XVII Francis Bacon partiría de la negación, formulada por Ockham, de toda realidad a cuanto no sea individual, y, por lo tanto, rechazó que nuestras ideas generales fueran reales, no admitiendo siquiera que, por naturaleza, fueran imágenes, retratos ni representaciones mentales de alguna cosa real o concebible en las cosas. Por lo tanto, no cabía sino, de una parte, un conocimiento intuitivo de los objetos materiales individuales, o de los complejos de ellos, y, de otra parte, el mero darse cuenta de algún hecho psicológico (un sentimiento de placer o dolor, la obtención de un conocimiento, un acto de razonar, una decisión de voluntad). Es decir, en uno y otro caso, sólo se trata de conocimientos experimentados (*experimentalis notitiae*) o científicos (*notitia scientifica*). También Bacon pudo estar de acuerdo con Ockham en que las cosas son justo lo que son y, tal vez, en que la naturaleza realiza sus operaciones de un modo misterioso. Por ello, siguió, sin duda, la vía que Ockham había dejado abierta al fisicalismo o al psicologismo para dar respuesta, respectivamente a las percepciones y a las sensaciones en cuestiones filosóficas o jurídicas. En cambio, de ningún modo estuvo conforme con que la voluntad divina se considerase como causa última y única explicación tanto de la existencia de la naturaleza como de sus operaciones. Es decir, rechazó que se usara la voluntad omnipotente de Dios como último argumento, aun cuando no sepamos el porqué de la ciencia ni del conocimiento humano. Tampoco admitió que el teologismo de Ockham pudiera respaldarse en el principio de causalidad.

No sólo negó al hombre toda capacidad de conocimiento metafísico y abstractivo de lo universal –denominaba «vírgenes estéri-

les» a las causas finales–, sino que Bacon, en contra de Ockham, rechazó radicalmente como fuente de conocimiento a la Revelación del Antiguo y del Nuevo Testamento, así como también negó la existencia en el hombre de una parte anímica, considerando que sólo es una hipótesis indemostrable e imposible de conocer.

En cambio, sí tuvo fe y esperanza en el desarrollo de las ciencias experimentales –entonces en plena expansión– y de la técnica derivada de ellas. De ahí que creyera necesario, ante todo, desterrar los *idola*, o «concepciones fantásticas del espíritu», para instaurar, mediante la ciencia, el *regnum hominis* –pues, conocer la naturaleza es hacer al hombre señor de las cosas y acrecentar su poder– que debía reemplazar al *regnum Christi*. En esta concepción, los científicos serían las hormigas recolectoras y las arañas que extraerían la sustancia de la recolección, y los filósofos las abejas que, mediante su propio poder, debían transformar la sustancia extraída.

Propuso Bacon aplicar a las ciencias humanas el método descompositivo-recompositivo, que entonces era empleado en las ciencias de la naturaleza, y que Galileo había esbozado, consistente en observar los fenómenos singulares, formular hipótesis y comprobar finalmente si éstas son verdaderas. Ciertamente es, también, que este método, al ser movido por la voluntad de poder del hombre –imperante en las tesis de Bacon–, no propone una observación fiel de la naturaleza, sino que selecciona los aspectos de ésta que pueden ser útiles y excluye del conocimiento cuanto está más allá de nuestros sentidos –que creía simple apariencia fantasmal– o que no sea contable y medible con una finalidad utilitaria.

Bacon basaría la experiencia científica en el principio de causalidad –aunque entendiéndolo racional, matemática y mecánicamente–, a pesar de la base apriorística de este –que no trató de corregir–, y constructivamente en un método puramente inductivo que, a partir de observaciones particulares, proceda por progresiva y prudente inferencia hasta la generalización y formación de conceptos –que así serán fruto de lo experimentado–, pudiendo ser corregido lo inducido en caso de resultar rectificado por posteriores experiencias.

Es de subrayar que, algo más de un siglo después, otro empirista inglés, David Hume, criticaría los conceptos de sustancia, existencia y causalidad, incluyendo en esta crítica la causalidad eficiente, en la cual había descansado el pensamiento de Bacon. Según Hume: no conocemos la sustancia por ninguna impresión originaria, sino que resulta de un conjunto de cualidades o propiedades enlazadas asociativamente; la existencia no pasa de ser una «creencia» que reposa en la pura e inmediata referencia a la vivaci-

dad de la impresión sensible, superior a toda vivacidad subordinada o derivada; y la causa no es cognoscible, ni intuitiva ni deductivamente, pues, todo lo más, delata la sucesión de dos hechos u objetos, pero nunca la conexión entre ambos. Su concepto sólo lo creía admisible si era entendido como una relación psicológica entre impresiones, y nunca como afirmación de una relación verdaderamente causal actuante en la realidad. Claro que así dejaba en duda la misma posibilidad de todo conocimiento científico.

b) El camino más radicalmente opuesto al empirista, emprendido por Bacon, fue el idealista puro, que Descartes concibió una noche de invierno de 1617 cuando sintió el fulgor de la idea junto a la lumbre del fuego. Necesitaba sentirla porque, en tanto que Ockham había negado la realidad de lo universal, él negaba toda fiabilidad e inteligibilidad de nuestros sentidos, incluso en la percepción de lo singular: «sea que veamos, sea que durmamos, nunca debemos dejarnos persuadir sino por la evidencia de la razón, y para nada de nuestra imaginación ni de nuestros sentidos».

Lo cierto es que, paradójicamente, al mismo Ockham le había quedado suelta la premisa que permitió fundamentar lógicamente la posición contraria, que adoptaría Descartes. Si, conforme dijo el nominalista inglés, sólo es posible el conocimiento por intuición de las cosas singulares de las cuales sensorialmente captamos sus signos, o fenómenos, ¿obtenemos la intuición de la no existencia de una cosa? Su respuesta fue: «Cuando la cosa existe el conocimiento intuitivo de la cosa más la cosa misma causan el juicio de que la cosa existe; pero, cuando no existe, el conocimiento intuitivo menos la cosa deben causar el juicio contrario». La respuesta no es satisfactoria; pues, ¿cómo sabemos que se da ese «menos la cosa»? Al final, la respuesta de Ockham viene a ser que Dios conserva en nosotros la intuición de las cosas ausentes, y así podemos juzgar que no existen. Pero, entonces, si Dios puede producir en nosotros la intuición de algo que actualmente no existe, ¿podemos estar seguros de que existe lo que percibimos como real e, incluso, de que este mundo no es una gran fantasmagoría, detrás de la cual en realidad nada existe?

Por su afirmada falta de fiabilidad de nuestros sentidos, Descartes sólo creyó en la idea clara y distinta de nuestro pensamiento. Medio por el cual captó su primera evidencia: «pienso luego existo» –de la que Vico diría que denota «conciencia», pero ninguna «ciencia» de lo que es ni de cómo se produce–. Pero le quedaba por explicar, sin contradecirse, cómo las sensaciones producen ideas. Es decir, dejaba sin resolver la cuestión de saber cómo en nosotros

pueden producir ideas unas sustancias distintas del pensamiento, cuya percepción, además de no ser fiable, parece venirnos desde fuera y que, por ello, no pueden ser causa sino, en todo caso, meras ocasiones para que la mente las conciba.

De esos principios, intuitivos por la mente, Descartes descendería deductivamente, *more geometrico*, mediante silogismos rigurosamente encadenados –*longas istas rationum catenas*, como las describiría su gran crítico, Vico–. Era el método contrapuesto al que Newton –quien critica que Descartes y a Spinoza se descolgaran, por deducción lógica, desde premisas puestas arbitrariamente– propondría para la filosofía experimental siguiendo la consigna *hipótesis non fingo*: «debemos recoger proposiciones verdaderas o muy aproximadas, inferidas por inducción general a partir de fenómenos, prescindiendo de cualesquiera hipótesis contrarias, hasta que se produzcan otros fenómenos capaces de hacer más precisas esas proposiciones sujetas a excepciones».

El método cartesiano fue utilizado en filosofía y en estética por Baruch Spinoza, como muestra en el mismo título de su *Principiorum philosophiæ*, que lleva como predicado *more geometrico demonstratae*, y también el de su obra póstuma, *Ethica, ordine geometrico demonstrata*. En el siglo XVIII este método sería aplicado al derecho por Christian Wolff, como enuncian también los títulos de sus principales obras.

c) Otra línea racionalista, pero no pura, es la que, en la primera mitad del siglo XVII, encabezó el holandés Hugo Grocio. Este fue guiado: por influencias humanistas, que le traían reminiscencias del estoicismo; por otras indirectas de Gregorio de Rimini, y la, más inmediata, de Francisco Suárez. Pero tuvo fundamentales diferencias con cada uno de estos dos.

Según Grocio, Dios sigue siendo la suprema fuente del derecho, que fue comunicado a los hombres por la Revelación bíblica, cuya interpretación corresponde a la teología moral, pero que no constituye sino una parte reducida de la moral y con significación estrictamente religiosa, pues, en su mayor parte, Dios la había revelado a la razón del hombre en la creación misma. Por eso, define el derecho natural como «precepto de la recta razón, que nos indica que una acción, por su conveniencia o no conveniencia con la misma razón natural, es mala moralmente o posee una necesidad moral y que, por ello, Dios, como autor de la naturaleza, la ha prohibido o la ha ordenado».

Este derecho natural –dice– «no dejaría de tener lugar en manera alguna, aunque se admitiera –*si daremus*–, lo que no se puede

admitir sin el máximo crimen, que no hay Dios, o que no se cuida de los asuntos humanos».

Notemos también que, en su definición de derecho natural, además de reconocerlo como «precepto de la recta razón», le añadía el dato esencial su imperatividad –porque Dios, «como autor de la naturaleza, lo ha prohibido o lo ha ordenado»–; y, en esto, recoge la corrección que hizo Francisco Suárez a la doctrina de Gregorio de Rimini.

No obstante, estos dos puntos de partida, parece que en su teoría del derecho natural, Grocio desarrolla más bien la doctrina estoica, arrancando de los primeros instintos humanos que el hombre conforma con su razón. De ahí la fundamental diferencia que, en la misma base, separa su derecho natural del de Aristóteles. Éste lo basaba en la sociabilidad del hombre como animal social y político, manifestada en la misma realidad viva, es decir, en las sociedades donde convive –desde la familia a la sociedad suprema–. En cambio, Grocio lo basa, en primer lugar, en el *apetitus societatis*, en la *affectio societatis*, es decir, no en una realidad natural universal de la vida social, sino en una tendencia específica del hombre, que éste después desarrolla con la razón racionante. Por eso, mientras el derecho natural de Estagirita, como también el del Aquinatense, es realista –brota *ex ipsa natura rei*; en cambio, el de Grocio es idealista y racionalista, pretende la búsqueda del cumplimiento racional del apetito de sociabilidad, y no del equilibrio de las primeras aspiraciones humanas estimadas por la razón práctica, como había procurado Santo Tomás, atendiendo a la cosa en sí misma –la sociedad– y a las consecuencias que puedan dimanarse de su operatividad.

Grocio sigue un tipo de razonamiento deductivo, que parte de una primera idea a priori que le es suministrada por la *affectio societatis*; y lo completa con un conocimiento analítico, a posteriori, que induce de la historia sagrada, de los testimonios de filósofos, historiadores, poetas y oradores –que él selecciona– y de los juicios unánimes proporcionados por los historiadores. Pero no lo basa directamente del análisis de los hechos históricos y de su encadenamiento, como haría Vico.

Por otra parte –tal como Elías de Tejada ha observado–, en Grocio se da la paradoja de que, de una parte, es más teólogo que jurista, y, de otra, laiciza el derecho. Tal vez –dice Elías– lo hace por el prurito de oponerse, como gomarista, a la negación de lo terrenal que conllevaba el calvinismo riguroso, seguido por los arminianos. Así, su visión del hombre laicizada, reduce su ser al apetito de sociabilidad, sin contemplarlo plenamente en relación con el orden

total de la creación, y, por tanto, sin ese «equilibrio armónico del juego teológico del Creador legislador con la criatura libre». Así, Grocio erige la razón humana en legisladora, independizada de la razón divina, rompiendo —escribe Elías— «el equilibrio teológico e hispano, para pasar a un antropocentrismo», puesto que, para él, el derecho divino revelado es «otra fuente» de significación estrictamente religiosa.

La escisión entre el derecho natural y el positivo, yo entiendo que fue iniciada en Suárez, en cuanto, resulta de su posición que, si bien considera que la conformidad de la ley positiva con la razón de justicia natural es condición *sine quae non* de su validez, en cambio no la estima *per quas* para su interpretación; hasta el punto de admitir que esa razón puede fallar negativamente en la ley positiva sin que quepa corregirla por la equidad si no falla de manera contraria, es decir, totalmente, o si resulta demasiado gravosa y difícil. Pero la escisión se hace ya radical en Grocio, puesto que la voluntad humana, ligada por el *stare pactis* —como uno de los principios fundamentales del derecho natural—, y la ley positiva, de conformidad con la intención del legislador, no admiten, según él, limitaciones apoyadas en el derecho natural.

d) En ese tránsito de las bases metodológicas al plano filosófico, existe todavía una cuarta línea, que podemos calificar de «constructivista». Mediante este pretendido constructivismo se pasa del estado de naturaleza al estado civil, en virtud del contrato social, con el cual es fabricado ya sea *Leviathan* o bien *Demos*. Esta fue la línea seguida, principalmente, por Hobbes, Locke y Rousseau.

Thomas Hobbes, que era radicalmente nominalista —para él los conceptos generales no tienen otra realidad, sino la convencionalmente aceptada—, se inspiró en la teoría de los instintos de Epicuro, en las tesis Tucídides, así como en el método científico basado en el cálculo matemático cartesiano, y, especialmente, en el descompositivo-reconstructivo o analítico-sintético de Galileo. Hobbes lo desarrolla de modo analítico-hipotético-constructivo; pero con ciertas particularidades. Su análisis lo efectúa de un modo artificial y arbitrario, pues transporta al hombre a un hipotético estado de naturaleza asocial, en el que vive aislado y en perpetua guerra de todos contra todos; y reduce su naturaleza sólo al instinto de conservación, más concretamente al temor a la muerte violenta; hipótesis que sienta sin comprobación ni verificación alguna. Finalmente, construye poiéticamente, sin basarse en ninguna experiencia histórica. Así, Hobbes combina la teoría de los instintos de los sofistas con la metafísica voluntarista de Duns Escoto y Ockham,

para crear un orden de convivencia, sólo real en cuanto es impuesto. Pero, de ese orden surge Leviathan y, con él, el monopolio del derecho por el Estado, que no puede cometer injusticias, pues, por el propio contrato, se entiende que cuanto él hace es obra de todos y de cada uno de los súbditos, siendo así que nadie puede cometer injusticia consigo mismo, aunque realice iniquidades.

Ese poder absoluto de Leviathan lo pretendió moderar John Locke, operando en un nivel empírico, como él mismo –al principio de su *Essay*– explicó mediante la comparación con el navegante, al que sólo interesa cuanto se halla al alcance de su sonda y en el horizonte de su vista ayudada por un catalejo (hoy comprendemos que estos conocimientos no bastan para navegar, ya que las borrascas se forman siempre más allá), y, empleando el método analítico sintético, sentó las bases para su construcción, con ciertas correcciones respecto de Hobbes. Tal como éste, tampoco Locke creía que existieran principios ni ideas innatas, ni que se obtuvieran por abstracción de las cosas externas materiales objeto de nuestras sensaciones. Su análisis del hipotético Estado presocial, o de naturaleza del hombre, tampoco fue histórico, sino psicológico –él era médico y había recibido la influencia de Thomas Sydenham, el iniciador la medicina de equilibrios y desequilibrios clínicos.

Empleando su método, Locke trató de analizar o descomponer las ideas en sus elementos más simples hasta llegar al hecho puro de la sensación, como único factor del pensamiento interior, en una mecánica combinatoria del pensar. Y, con ese análisis, halló que la sensación más fuerte del hombre no era el temor a la muerte violenta, sino el deseo de bienestar. De este modo, estimaría que, si bien los hombres en el contrato social renunciaron al poder político, y lo pusieron en manos de los órganos del Estado soberano, estos órganos no pueden extenderlo de modo absoluto ni arbitrario a las vidas y propiedades –alterando los mismos derechos salvaguardados por la unanimidad creadora–, sino que han de defenderlas y guardarlas todo cuanto sea posible. Claro está que con esta estimación Locke deja en el aire una pregunta: ¿por qué el pacto se refirió a la salvaguardia de la conservación de las propiedades, y no al disfrute igualitario de los bienes?

Precisamente esta segunda interpretación del pacto social la daría otro constructivista, Jean Jacques Rousseau. Su método siguió siendo descompositivo-hipotético-constructivo, no basado tampoco en dato histórico ni sociológico, ni siquiera experimental de hecho real alguno. El mismo dijo: «Comencemos por descartar todos los hechos, pues nada tienen que ver con la cuestión», ni tampoco lo basó en la «naturaleza de las cosas»; optando por

operar con «razonamientos hipotéticos», «parecidos a los que hacen nuestros físicos acerca de la formación del mundo». Durkheim comentaría que, así, Rousseau efectuó *une sorte de purgation intellectuelle* —que le recordaba el método de Descartes—, de modo tal que el ginebrino redujo al «hombre natural» a lo que, hipotéticamente, sería si siempre hubiese vivido aislado, observándolo como si no se tratara de un proceso efectivo producido en la historia, sino sólo de un problema de psicología. En su construcción, trató de que no se produjera un Leviathan, aunque de hecho sólo logró ocultarlo con el manto de Demos, el referir la alienación de los coasociados con todos los bienes y derechos a la *volonté générale*, que había de ser «siempre justa y razonable»; para lo cual debía ser constituida por la «voluntad pura» de todos los ciudadanos —pura en el sentido de requerirse que cada ciudadano la emitiese con miras sólo al interés general y no al particular, ni al de un grupo o facción.

e) Samuel freiem Pufendorf siguió una vía mixta entre la racionalista abierta por Grocio y la constructivista iniciada por Hobbes. Partió de que Dios, al parecer, ha dotado la razón del hombre de capacidad para comprender la existencia de un mandato que le impone el cumplimiento de aquello que la propia razón descubra como adecuado a su realidad existencial. Pufendorf, además de la influencia de Grocio y de Hobbes, había recibido muy directamente la de Weigel.

Como presupuesto de partida, Pufendorf negó: que existan verdades eternas, que el bien y el mal sean entidades existentes *per se et sua natura*, y, en suma, rechazó toda *perseitas*. Por eso, desechó cualquier método idealista, que arranque de postulados o axiomas, y, así, ni siquiera aceptó que la naturaleza del hombre pueda prece-der a su existencia. El principio supremo del derecho natural no es, para él, un axioma directamente evidente, sino que se obtiene de la observación de la naturaleza del hombre y de las cosas, de un modo que nadie con sentido común pueda ponerlo en duda. Pero, esta *observatio* pufendorfiana es muy distinta de la clásica aristotélico-tomista. Esta examina las sociedades humanas en su realidad y, en cambio, Pufendorf emplea el mismo método científico descompositivo de Hobbes, hasta llegar al elemento simple más sobresaliente y significativo, que para él es la *imbecillitas*, o sea el desamparo del hombre, abandonado a sí mismo —así tomó como hipótesis la ficción del hombre abandonado en un país desierto— en un desamparo, que entendía era total como *status hominis naturalis*. De ahí la sarcástica crítica que le hizo Vico.

Hallado este elemento simple, apoya Pufendorf su fase constructiva en la *socialitas*, que –para él– no es –como si era según Grocio– un instinto teleológico, sino un principio regulador, con cuyo apoyo y deductivamente obtiene el conocimiento de la legalidad que rige en la vida, que toma como esquema del proyecto que debe ser desarrollado por la capacidad creativa del hombre.

También, según Pufendorf, el *status hominis naturalis* concluye con la fundación de los Estados, que significa el inicio de la existencia del derecho positivo, del cual el derecho natural jamás es condición *sine qua non* y menos aún *per quas*, sino sólo una directriz para el gobernante. Ese derecho natural meramente directivo lo obtiene Pufendorf partiendo de un primer principio formal, que deduce de esa sociabilidad regulativa en la que basa su sistema: cada hombre debe mantener y cuidar, en cuanto de él dependa, las relaciones sociales, y, en consecuencia, ha de efectuar todo aquello que puede contribuir al fortalecimiento y estímulo de la vida social y abstenerse de cuanto pueda dañarla.

Con la finalidad de llenar de contenido material este principio formal, Pufendorf acude a las cualidades esenciales del hombre, que ya observa en su hipotético estado de naturaleza, y son la libertad y la igualdad dimanantes de la dignidad de la persona humana –inherente a su existencia– que induce del alma inmortal. De estas cualidades deduce cuatro principios materiales, a partir de los cuales elabora su completísimo sistema de deberes morales concretos que sólo el Estado podía convertir en normas coactivas de derecho positivo.

Observa agudamente Arthur Kaufmann, con referencia a toda la filosofía del derecho del racionalismo que florece en la Modernidad y extensible a todos los autores de la misma, que «la *ratio* no se erige sólo en instrumento de conocimiento del derecho correcto, sino que es también su fuente. La *ratio* –¡la *ratio* humana!– es la que proporciona al hombre la ley natural. Ya no existe el logos, ni las ideas subsistentes en sí mismas, ni la *lex aeterna*; no existe una verdad dada de antemano como sucedía en la escolástica (en cualquier caso ya no se argumenta más utilizando esta perspectiva); el hombre depende total y exclusivamente de su capacidad de conocimiento [...] impera la idea de que sólo debe tener validez lo que es comprensible racionalmente, lo que es ajustado a la razón (el “derecho de la razón”)».

Comenzaba Pufendorf –sigue A. Kaufmann– por la indagación de «lo que sea la “naturaleza” del hombre, si bien no ya la naturaleza moral sino la empírica, lo que supone investigar la naturaleza del hombre desde un punto de vista meramente fáctico, ateniéndose

se a los hechos, y a partir de ahí y de forma estrictamente lógica, ir derivando los derechos y deberes “naturales” del ser humano».

La exigencia de atenerse a los hechos debe matizarse; pues no era referida propiamente —como hemos visto— a la experiencia de los hechos históricos, sino al análisis de los hechos exteriores o interiores que son escogidos, por quien así opera, a fin de justificar la teoría que trata de construir. Ya no se trata *de legere* sino *de facere*, «fabricar» la naturaleza, recomponiendo racionalmente los datos obtenidos por ese análisis. Así creía —como sigue escribiendo A. Kaufmann— que «se haría factible la fundamentación de un orden jurídico que, al igual que la razón humana que permanece siempre idéntica a sí misma, habría de tener también un carácter universal, esto es válido para todos los hombres en todos los lugares y todos los tiempos».

f) Podría decirse que el empirismo inglés de los Bacon, especialmente de Sir Francis, fue continuado, a principios del siglo XVIII, por David Hume, en su *Tratado sobre la naturaleza humana* y sus *Ensayos políticos* y morales, refundidos después en sus *Ensayos sobre la naturaleza humana*, si su *habitualis notitia* correspondiera a la *notitiae scientifica* de F. Bacon, si su empirismo extremo no hubiera ido acompañado, como lo fue de un nominalismo y un escépticismo extremos.

Su nominalismo llevó a Hume hasta poner en duda que sea real nuestra cognoscibilidad de que la relación causa-efecto. Él mismo explicó en qué fundaba esa duda: «No tenemos otra noción de causa y efecto que la de ciertos objetos «siempre unidos» entre sí, y observados como inseparables en todos los casos pasados. Y no podemos entrar en la razón de esa «conjunción», sino que tan sólo observamos la cosa misma, hallando en todo momento que es por esa conjunción constante por la que los objetos se unen en la imaginación. Cuando se nos presenta la impresión de un objeto, nos formamos inmediatamente una idea de su acompañamiento habitual y, en consecuencia, podemos establecer como elemento de la definición, de la opinión o creencia, “que es una idea relacionada o asociada con una impresión presente”».

La idea de la separación de *res cogitans* y *res extensa* era también radical para Hume. No veía posible comunicar racionalmente aquella, que capta las ideas por intuición y opera con ellas por deducción lógica, con el conocimiento sensible de las cosas inducidas empíricamente de los hechos que perciben nuestros sentidos. Así alertaba: «observo con sorpresa que, en vez de las cópulas habituales, de las proposiciones “es” o “no es”, no vea ninguna proposición que no esté conectada con un “debe” o un “no debe”».

Este cambio es imperceptible, pero, sin embargo, resulta de la mayor importancia. En efecto, en cuanto este “debe” o “no debe” expresa alguna nueva relación o afirmación, es necesario que ésta sea observada y explicada, y que, al mismo tiempo, se dé razón de algo que parece absolutamente inconcebible, a saber, cómo es posible que esa nueva relación se deduzca de otra totalmente distinta». Es decir, cómo un «deber ser» se deduce del «hecho» de ser.

Tenía razón Hume desde su perspectiva, que sólo ponía en relación los sistemas morales racionalistas, que él observaba, con los resultados de unos empirismos materialistas; pero no la tiene si su opinión es trasladada a los juicios prudenciales que conjugan las aseveraciones «esto es bueno» o «esto es malo» con las «esto debe hacerse» o «no debe hacerse», que son consecuencia de las abstracciones integrativas realistas de la razón práctica, que no sólo juzga la naturaleza física, sino también la ética de los actos humanos a través de los principios que también intuye en la realidad viva, formal y materialmente, como hice notar en mi comunicación al Pleno de numerarios de la Real Academia de Jurisprudencia del año 1997, *Contraste entre un texto de Baldo y otro de Hume*.

g) En contraste con las expuestas nuevas orientaciones filosóficas de la Modernidad, aparecen, en ella, las figuras de Giambattista Vico y de Charles de Secondat, Barón de la Brède y de Montesquieu.

Ambos significaron relevantes excepciones frente la común dirección que, entonces, seguía ya sea la senda racionalista del derecho natural y de gentes o bien la constructivista a partir del contrato social. Los dos partían de la observación de la naturaleza de las cosas y de la experiencia histórica. Ninguno de ellos quiso entregar el derecho al poder omnímodo del Estado, sino que sentaron unas bases, a partir de las cuales, de modo racional pero no silogísticamente, debe descenderse al plano estrictamente jurídico de la determinación del derecho, siempre a partir de aquella observación y experiencia acumulada.

Vico analizó la definición romana de jurisprudencia y trató de llenarla de contenido metodológico.

De la *divinarum et humanarum rerum notitiae*, considera que la noticia de las cosas divinas es un *adivinari* de lo oculto, tanto de los hombres, o sea su conciencia, como a los hombres, es decir la providencia que tiene establecidas las leyes de la historia —que rigen el surgimiento, progreso, apogeo, decadencia y fin de las civilizaciones—, que sólo podemos vislumbrar a través del conocimiento de las cosas humanas que han tejido esa historia. Ésta sí que la puede conocer el hombre —no en relieve, pero sí en imagen

plana— por el método del *verum ipsum factum*, o sea por el conocimiento de lo que se ha hecho en el curso de la historia y de cuáles han sido sus consecuencias.

Para la *iusti et iniusti scientia*, Vico requiere el conocimiento del *certum* del texto de las leyes, estudiadas filológicamente, y de las viejas costumbres, depuradas históricamente, y, también, el conocimiento del *verum* de la equidad natural y civil, para el cual, además de la noticia —histórica y filosófica en la forma indicada— de las cosas divinas y de las humanas, puede prestarnos ayuda el reflejo del progreso, estabilidad y decadencia de Roma, visto a lo largo de su historia, y el producido en la jurisprudencia desde la romana. Naturalmente, para esto, no sirve un método *more geometrico*, sino que, el mismo Vico, propone otro método tópico-crítico, que trata de lograr la percepción total, real y directa de las cosas, para valorar adecuadamente, a la vista de ella y en relación con sus consecuencias, lo que resulta más acorde con la equidad. De conformidad con ella, la prevalencia del logro de la justicia, asequible en ese mundo, constituye el fin práctico del derecho.

Montesquieu —según propia confesión, en su *De l'Esprit des lois*— trató de hallar un método adecuado para legislar. Pero su impulso metodológico sobrepasa la metodología de las leyes. Como historiador y como sociólogo, comenzó por documentarse con cuantos datos pudo recolectar acerca de las diversas cosas; examinó científicamente su naturaleza y sus relaciones para inducir sus principios, mediante un método que trató de aproximarse al de Newton. Después, analizó críticamente esa facticidad de las cosas, como politólogo prudente y como filósofo moralista, para determinar cómo deben ser y en qué medida es posible rectificarlas sin producir males mayores ni impedir mejores bienes, ponderando los riesgos del cambio o de la modificación.

En suma, Montesquieu formuló varios enunciados entre los cuales están éstos:

– La mayor parte de los pueblos de Europa «están aún gobernados por las costumbres» (éstas le parecían un reducto de la libertad).

– «Una cosa no es justa porque sea ley, sino que debe ser ley porque es justa.»

– «Es preciso no separar las leyes del objeto para el que han sido hechas.»

– «No se pueden seguir las disposiciones generales del derecho civil cuando se trata de cosas que deben ser sometidas a las reglas particulares resultantes de la propia naturaleza.»

Pienso que estos enunciados –desvelando «relaciones de equidad»– constituyen valiosas y útiles indicaciones para la determinación del derecho.

## **6. REDUCCIÓN METODOLÓGICA DE LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO POR EL POSITIVISMO NORMATIVISTA, A LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS LEGISLADAS, YA SEA EFECTUÁNDOLA DIRECTAMENTE O BIEN MEDIANTE SU ELABORACIÓN CIENTÍFICA**

Hemos visto que los autores situados metodológicamente en la línea racionalista, concretamente los de la Escuela del derecho natural y de gentes, reconocían toda la fuerza jurídica normativa a la ley positiva emanada del Estado; y que los seguidores del constructivismo, basado en el mito del contrato social, con él fundamentaron al Estado, sea de uno u otro tipo, e identificaron el derecho con la ley emanada de ese Estado.

Ahora bien, la superación del método de Descartes y del racionalista de la escuela del derecho natural y de gentes y del empirista, en especial, las críticas formuladas por Hume, las observaría Inmanuel Kant y trataría de superarlas. No obstante también acabaría por justificar el positivismo legalista por la necesidad de leyes imperativas y coactivas impuestas por el Estado. La razón de este aserto de Kant la explica breve y lúcidamente A. Kaufmann: «Todo conocimiento [según Kant] posee dos elementos: la intuición y el concepto. A través de la primera viene dado el objeto, por medio de la segunda se lo piensa. Las ideas sin contenido son algo vacío, y las intuiciones sin conceptos están ciegas. La intuición y el concepto pueden darse “puramente” o “empíricamente”, valiendo según eso a priori o a posteriori. En el primero de los casos la representación de la idea no se mezcla con percepción sensorial alguna. Pero “nuestra naturaleza conlleva que la intuición nunca puede darse sino por medio de los sentidos”. El intelecto no es capaz por sí solo de intuir (en el sentido de intuición espiritual o intelectual); el intelecto es tan sólo la capacidad de pensar el objeto de la intuición sensible”. Al intelecto no le es propia una fuerza cognoscitiva de carácter activo o creador, sino sólo la “espontaneidad del conocimiento”, esto es, la conjunción en el concepto de la multiplicidad dada por la intuición sensible. “El intelecto no puede intuir nada y los sentidos no piensan”. Por tanto, y aquí está lo decisivo, “la intuición pura contiene únicamente la ‘forma’ bajo la cual algo es

intuido, y el concepto puro expresa únicamente la ‘forma’ del pensamiento de un objeto”. La “crítica de la razón pura” se transforma así en una teoría trascendental de las formas; por una parte, es “ciencia de las reglas de la sensibilidad” (a lo que Kant denomina “estética”) y, por otra, “conciencia de las reglas del intelecto” (a lo que llama “lógica”).

«Kant habla conscientemente de “intelecto” (*Verstand*) y no de “razón” (*Vernunft*). Le adscribe al intelecto el conocimiento legítimo pero limitándolo al ámbito de los objetos susceptibles de experiencia y a las ciencias naturales de carácter matemático». Ocurre así porque «el intelecto conoce las cosas no como son “en sí”, no como son “realmente”, sino sólo como aparecen; por medio de los sentidos sólo nos vienen dados los *phaenomena* de los objetos» [...]. «No podemos penetrar en los *noumena* que el intelecto es incapaz de captar». Es decir, «el uso cognoscitivo de los conceptos del intelecto no se dirige a la realidad en sí, sino sólo a sus fenómenos, sólo a los objetos susceptibles de experiencia» [...]. «Los principios básicos del conocimiento a priori son meros principios de exposición de los fenómenos».

Partiendo de ahí —reconoce A. Kaufmann—, que Kant ha demostrado efectivamente «que no es posible derivar el contenido de la metafísica —del derecho natural— partiendo simplemente de principios apriorísticos de carácter formal, sin contacto con la realidad empírica; y que, por consiguiente, una metafísica material nunca tendrá un carácter universalmente válido ni será matemáticamente exacta». Son dos mundos aparte e incommunicables.

Todo esto y el hecho coetáneo de la codificación francesa influyó, sin duda, en que —a su juicio— el método de la determinación del derecho estuviera constreñido a operar exclusivamente desde el plano de las normas de derecho positivo. Los demás planos quedarían fuera del ámbito jurídico práctico. El derecho positivo constituiría así una cobertura opaca y sin fisuras ni poros que recubriría y aislaría la célula jurídica de todas las cosas divinas y humanas, que antes le habían suministrado luz y alimento. El poder legislativo queda erigido en suministrador único tanto de luz como de alimento jurídicos por el conducto cerrado de las leyes.

Así ocurrió, como vamos a ver:

A) En Francia —como hemos visto— con la promulgación del *Code Civil*, aunque de momento no se modificó sustancialmente el modo de operar de jueces y tribunales de justicia para determinar el derecho, después produciría el cambio, a partir de cuando, al comienzo de la cuarta década del siglo, fue formulada la tesis de la escuela de la exégesis que se impuso rápida y totalmente. Esta

escuela partió de un pretendido dogma, el de la plenitud de la ley escrita. Esto conllevaba una considerable merma en la función de los jurisconsultos, que quedaba reducida, la mera exégesis de los textos de la ley.

Con ese presupuesto se imponía la simple aplicación de la ley al caso, una vez intelegida la norma escrita en ella. La interpretación, según esta escuela, no consiste sino en «captar el sentido de la ley en su aplicación a un caso particular»; para lo cual sólo se trata de «reconstruir el pensamiento del legislador, es decir, lo que quiere en tal caso». Debe descubrirse qué significa lo que en ella está escrito en una fórmula abstracta, que es preciso vivificar meditándola profundamente, pero ateniéndose a sus palabras si son claras.

En caso de no alcanzarse este entendimiento, y en base a la ficción de una voluntad inexpressada del legislador, se acude, con la máxima cautela, a los argumentos *a contrario; ubi eadem ratio, idem ius; a pari; a maiori y ad minus*. Si tampoco bastaren éstos, puede recurrirse a la *analogia legis* y a los principios generales inducidos del propio ordenamiento jurídico positivo. Naturalmente, se ha observado que el funcionamiento y eficacia de este método interpretativo radica «en el ingenio y sagacidad de quienes lo manejan»; por lo cual, en realidad, resulta «un procedimiento esencialmente subjetivo de construcción jurídica».

Determinado el significado de la norma legal, éste constituye la premisa mayor del denominado silogismo jurídico; su premisa menor son los hechos, y su obligada conclusión debe ser la sentencia. El verdadero jurista —se dijo— es un geómetra.

B) En Alemania la Escuela histórica del derecho surgió con la pretensión de constituir la más radical oposición: de una parte, al racionalismo abstracto del iusnaturalismo iluminista, así como a la *volonté générale* rousseauiana, y, de otra parte, a la codificación, representada por el *Code* de Napoleón. A todo ello contrapuso el derecho orgánicamente formado en cada pueblo, conforme a su propio modo de ser, producido por una necesidad interna según el «espíritu de ese pueblo» que tiene las costumbres como modo genuino de expresión.

Sin embargo, puede observarse que, desde un principio, esta escuela mantenía algo en común con aquello mismo a lo que se contraponía, a saber: la tendencia racionalista de concebir el derecho positivo como un sistema dotado de un radical inmanentismo, y un positivismo normativista, aunque creyera que éste surgía de la historia de cada pueblo. Tal vez resultara así como fruto de la mixtura de elementos —en ciertos aspectos contradictorios— en los que

se basaba y que formaron su concepción: algunos conservados del iusnaturalismo tardío alemán, otros infiltrados del inmanentismo formalista y del positivismo kantianos, otros del historismo Schelling y otros recibidos del conceptualismo naciente en Christian Wolff. Ya desde sus inicios –como muestra Alfred Dufour– mezclaría conceptos irracionales (totalidad orgánica, historicidad, particularismo nacional) y racionales (derecho científico, sistemática, racionalidad interna).

a) El mismo Savigny, ya en su programático artículo *La vocación*, explicaría, y lo refrendó en su *Sistema*, que, por la creciente complejidad de la vida común y consecuente especialización de las funciones, en un momento dado, la representación del espíritu del pueblo pasa de éste a la clase de los juristas doctos, que asumen la doble función de dirigir su formulación en leyes y su elaboración científica. En el método, trazado en el primer volumen del *Sistema*, se observan una serie de contraposiciones entre: el elemento histórico y el elemento científico; entre la función del jurista docto de elaborar el derecho y la del práctico de aplicarlo ya elaborado; entre la institución y la regla de derecho; entre las normas que forman la base del derecho en general, emanadas del espíritu del pueblo, y las reglas particulares que de ellas obtenemos por abstracción, y, finalmente, entre pueblo y Estado. Por otra parte, las fuentes del derecho –dice– siguen este proceso histórico: las costumbres constituyen la fuente básica, en la cual «hallan su conciencia y realidad el espíritu del pueblo»; la ley tiene por función traducirlas y completarlas, ayudando al progresivo desenvolvimiento del derecho positivo; y, con el desarrollo social y la especialización, aparece el derecho científico, elaborado por los juristas doctos.

La interpretación de las leyes –según también dice el volumen primero del *Sistema*– consiste en una «elaboración» del derecho, operada en dos fases: una, toma cada ley separadamente en sí misma, y, otra, todas las fuentes en su conjunto. Para ello, en la primera fase ha de seguirse un doble recorrido: Primero, deben reproducirse artificialmente las operaciones efectuadas por el legislador, descomponiéndolas para la adecuada inteligencia de la ley, que es su abstracción, y así recomponer el conjunto orgánico del sistema del cual cada ley muestra una sola faz. Después, por un recorrido inverso ha de procederse para efectuar su concreción al caso, es decir: así como el legislador ha obtenido la regla abstracta con la contemplación de la institución, en cambio el jurista –y más especialmente el juez– debe retornar mentalmente desde esta regla a la contemplación originaria en el terreno de la praxis de aquel tipo de relaciones concretas de la que aquélla se indujo. La dificul-

tad de efectuar esa doble remodelación categorial radica, según Larenz, en conseguir ese retorno sin padecer la influencia de la abstracción categorial a la que se había llegado en el primer proceso.

La segunda fase, o sea, la de interpretación de las fuentes consideradas en su conjunto, trata de integrar el derecho, en cuanto no se haya alcanzado con la interpretación de cada ley en particular, mediante tomar conciencia del sistema para comprender su armonía orgánica, que abraza «el conjunto vivo de las relaciones de derecho y de las instituciones que de ellas dimanar»; de modo tal que «el derecho positivo se complete a sí mismo». Pero, también aquí, se percibe la dificultad de lograr el engarce entre un modelo orgánico, vivido en la realidad jurídica, y el razonar lógico deductivo de la jurisprudencia de conceptos. Ciertamente que Savigny, como ayuda necesaria de la interpretación, propuso acudir a «intuición viva» del juez como «mediadora» entre la regla general abstracta y el juicio de lo singular y concreto.

Además, se ha señalado que también en este aspecto, en su desarrollo, la Escuela histórica alemana, y por obra de sus propios fundadores, a veces, cometió muy notables incongruencias. En efecto, como se observa.

1.º Es evidente que la historia es dinámica y el espíritu de pueblo, que en ella se desarrolla, es algo vivo, que fluye siguiendo el curso de la propia tradición; pero, sin embargo, tanto la rama romanista como la germanista de la Escuela, desdeñaron esa tradición. La primera volvió los ojos al derecho romano de la época clásica, preocupada por el hallazgo de la última interpolación o de la más exacta interpretación de tal texto de un jurisconsulto de aquella época, y descuidó toda la tradición del *ius commune* en Alemania; tampoco se ocupó de costumbres que aún se vivían en ella. Y la rama germanista clamó por retornar a un pretérito derecho germánico que, reconocía, no había llegado a cristalizar.

Aquí se aprecia una diferencia muy clara entre esta actitud de la Escuela histórica alemana y la práctica de los juristas de los denominados derechos forales o especiales españoles, que engarzaban sus propias tradiciones con las del *ius commune* y la del denominado derecho medieval cristiano de carácter consuetudinario, arraigado en sus usos vividos.

2.º Aunque la Escuela histórica, en su genuina orientación, había propugnado por una renovación jurídica mediante la participación del pueblo en la vida de la nación, a expensas del Estado, terminó por dar lugar que sus mismos jefes de filas incidieran en estos escándalos: Savigny accedió al ministerio prusiano de legislación, y en los Congresos de la rama germanista, presididos por

Jacob Grimm, se clamó por una codificación de los derechos civil y penal alemanes, aunque se dijera que ésta tenía el fin de imponer las ancestrales instituciones germánicas.

3.º Otra incongruencia se consumó al producirse «el tránsito, ineludible para el positivismo científico, desde el romántico espíritu del pueblo a la soberanía del especialista en derecho». Este paso lo culminó Puchta, con quien alcanzó su máxima formulación la dogmática conceptualista, o jurisprudencia formal de conceptos, que merece especial referencia, en otra perspectiva.

b) La jurisprudencia de conceptos, *Begriffsjurisprudenz*, liderada por Puchta, «convirtió plenamente la herencia iusnaturalista de la jurisprudencia de conceptos en principio metódico». En efecto, su *genealogía de los conceptos*, construida según las reglas de la lógica formal, a modo de una pirámide conceptual transparente —que tanto mirando de arriba a abajo como viceversa permite seguir la derivación de cada concepto, de escalón en escalón—, tuvo por cúspide, o sea por concepto supremo, el de derecho subjetivo, como un a priori filosófico-jurídico heredado del iusnaturalismo iluminista. El conceptualismo de Puchta desciende deductivamente desde este concepto supremo, abriéndose en abanico para formar su pirámide conceptual.

c) El primer Jhering, es decir, el que se mostró en los primeros volúmenes de *El espíritu del derecho romano* y en el artículo introductorio del «Anuario Jhering», seguiría el método inverso. Consistía éste, a semejanza de las ciencias naturales, en elevarse por la inducción desde los elementos más concretos de la vida del derecho. El mismo habla del empleo de lentes, de microscopios y del telescopio jurídico, a fin de perfeccionar la «historia natural del derecho»; distingue la «anatomía del organismo del derecho», que «tiene por objeto los elementos de este organismo y su acción recíproca», y la «fisiología del organismo jurídico», con «sus funciones de la vida». Propugnaba Jhering la tarea de descomponer las instituciones jurídicas particulares y las normas jurídicas a ellas relativas en sus elementos lógicos, y destilarlos; para, luego, reconstruir, por combinación, tanto en su interpretación de las normas jurídicas conocidas como por integración de otras nuevas. Con esos elementos, así obtenidos, trató de hallar la estructura del organismo jurídico, su sistema, que no ha de ser un orden artificial, sino que debe desprenderse del fondo mismo del objeto, a fin de facilitar la inteligencia de su estructura individual, o sea, la ordenación interna de la cosa misma. Así es como convierte las normas del derecho «a la categoría de elementos lógicos del sistema» y suministra «los reactivos simples de los hechos concretos de la vida, tan

numerosos como complicados», para con ellos detectar las «inagotables combinaciones que el casuismo más abundante de un código sería siempre mezquino ante las especies incesantemente renovadas», pero que cabe hallarlas «con un pequeño número de reactivos».

Así, con esta conceptualización, el método para la determinación del derecho, operando por una u otra vía en la jurisprudencia de conceptos, trata, mediante el denominado método de inversión, de hallar la naturaleza jurídica de cada relación. De ese modo, una vez calificada ésta jurídicamente, se deducen de ella cuáles son las normas aplicables a todo hecho calificable dentro de la relación abstracta calificada.

Los defectos de este método dimanaban tanto de la propia conceptualización como del empleo de ese método de inversión.

Por la conceptualización se mediatiza la visión de la realidad, que no se contempla directamente sino a través de una lente, que la deforma y colorea, o de un espejo, que la reduce a imagen plana, esfumándose de la vista su relieve. En cualquier caso, la infinita riqueza de variedades y matices, que la vida contiene, se reducen a un número mayor o menor de figuras geométricas de proporciones simétricas, que se superpone a aquella realidad. Esta visión –difuminada, empobrecida y mediatizada– pretende imponerse a aquella variedad, y trata de encajarla en unos conceptos que sólo definen las respectivas figuras generales conceptualizadas; y que –como ironizó después el mismo Jhering– «no soportan el contacto con el mundo real». Por lo menos, su formulación prescinde de todas aquellas particularidades que no se consideran dotadas de la suficiente generalidad para poder recogerlas en el concepto; y, asimismo, se pierden todas las que de ese modo no resultan completamente analizables. En cualquier caso, se disecca lo vivo. De ahí la inadecuación jurídica del método de inversión, e incluso su falta de corrección lógica por no recoger, ni en una ni en otra premisa, datos que podrían ser decisivos para subsumir la menor en la mayor y, por lo tanto, para la corrección lógica de la conclusión, pues ésta requiere que el término medio no tenga un radio mayor en la conclusión que en las premisas.

Pero, sobre todo, su mayor fallo es que razona con datos formales, en cuanto conceptuales y externos, y no en virtud de criterios de justicia, olvidando que –como dijo Biondi– el absurdo jurídico no es el absurdo lógico, sino lo injusto.

d) Con Bernhard Windscheid culminaría un nuevo tránsito, que llevaría del positivismo cientifista-conceptualista al positivismo conceptualista-legalista, dando así un cambio de sentido, al no

entender –como Savigny y Puchta– la razón del derecho en un sentido inmanente a las instituciones jurídicas y con su fuerza interna traducida en el conjunto de principios jurídicos básicos, según el espíritu objetivo de un pueblo en un período históricamente dado, sino que, dando el giro radical de ese sentido, los observaría en la «voluntad del legislador» subjetivamente determinada.

Así, el positivismo histórico-conceptual se convirtió en un positivismo-legalista, aunque racionalizado conceptualmente; es decir, mitigado por la fe en la razón objetiva.

Windscheid distingue dos formas de interpretación. La inferior, que constituye su primera fase, y trata de hallar psicológicamente la voluntad del legislador, si bien introduciendo una inflexión hacia la intención «presupuesta» por el objeto de la ley y por lo que racionalmente debió pretender el legislador. Ésta creía que puede aclararse por la inferencia de la siguiente fase interpretativa, o forma superior o científica de la interpretación, que «determina el verdadero concepto del derecho y de su todo jurídico». Con ello se completa la función correspondiente a la fase inferior, mediante el desarrollo de los conceptos contenidos en la norma jurídica y el análisis y la valoración de sus factores o elementos simples constitutivos de aquellos conceptos. «A la reconducción de una relación de derecho a los conceptos, en los cuales se funda, se la denomina –dice– “construcción de la misma”». Así, se parte del análisis conceptual de las normas; y a éste sigue la abstracción, la sistematización lógica y la construcción conceptual inmanente al propio sistema legislado. Naturalmente, también en este conceptualismo legalista, se emplea el método de inversión para la determinación concreta del derecho.

e) Las dos inflexiones, una objetiva y otra psicológica, que Windscheid dio a la interpretación serían desarrolladas por otros autores alemanes, que se apartaron del maestro unos en el primer sentido y otros en el otro.

e') Binding, Wach y Kolher formularon la «teoría objetiva de la interpretación», que estimaban perfectamente compatible con el conceptualismo. Según ella, el significado jurídicamente decisivo de la ley no debe ser el tenido en cuenta por su autor, sino el «objetivamente» inmanente en la ley. Éste es de naturaleza teológica en cuanto se halla en relación con el fin de la misma; no sólo sirve para interpretarla, sino también para desarrollarla, según sus principios, si es incompleta, y para rectificarla, si es defectuosa. De tal modo, ese sentido inmanente a la ley puede cambiar si han variado la situación y las relaciones existentes al crearse la norma.

e”) Bierling, en cambio, desarrollaría «la teoría psicológica del derecho», que considera no sólo lo querido por el legislador, sino también el «reconocimiento» de quienes deben cumplir lo legislado, mostrando con «un comportamiento duradero y habitual». Naturalmente, esta teoría tiene reflejo en que la interpretación de la ley, conducente a que debiera efectuarse teniendo en cuenta las concepciones de la vida y del derecho vigentes en el pueblo, ya sea en el momento de su promulgación o bien en el de su aplicación, según propugnarán después otras tesis.

## 7. PRIMEROS ESFUERZOS EN LA METODOLOGÍA JURÍDICA PARA SACAR LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO DE SU CAUTIVERIO EN EL CAMPO EXCLUSIVO DE LAS LEYES: EL POSITIVISMO CIENTIFISTA Y EL POSITIVISMO JUDICIALISTA

En el mismo siglo XIX se produjeron algunas reacciones muy vivas contra el positivismo normativista, tanto en Alemania como en Francia. En ésta, concretamente, también contra el método de la exégesis, y, en aquélla, contra el propugnado por la jurisprudencia de conceptos.

Las causas de esas reacciones fueron originadas: de una parte, por los defectos observados en el método de esta escuela; de otro lado, por su comparación con el seguido tradicionalmente por los Tribunales de justicia y que continuaban practicándose solapadamente, y, en fin, por la penetración en el derecho de algunas nuevas direcciones metodológicas que habían surgido anteriormente, fuera del ámbito jurídico.

Las más importantes de estas nuevas corrientes metodológicas, surgidas fuera del derecho, fueron: la del *positivismo científico sociológico*, capitaneada por Auguste Comte, y la del empirismo de Dilthey.

Comte dirigió su método –según él mismo dice y repite– a demoler toda construcción metafísica o teológica, «basada en construcciones divinas o humanas, conservadoras o revolucionarias», fundadas en lo que él denominaba «lo arbitrario», y proponía la «sumisión racional a la única superioridad convenientemente comprobada de las leyes fundamentales de la naturaleza». La metafísica debía ser relevada totalmente por la sociología, como ciencia de los seres colectivos, que estudia los fenómenos sociales como las cosas, suponiendo que no son creación libre del hombre, sino que están sometidos a un determinismo parecido al que se da

en los fenómenos naturales respecto de las leyes físicas. Por eso, afirmó que las sociedades deben estudiarse de igual modo como los seres vivos en biología; habiendo de utilizarse para la investigación científica tres modos fundamentales: la observación, la experimentación propiamente dicha y el método comparativo.

Seguidor de Comte sería Emile Durkheim, también francés, que no sintió por el derecho la aversión que había mostrado su maestro, sino que redujo prácticamente toda la sociología a la sociología del derecho; pues éste era, para él, lo que hay de «más estable y preciso» en la organización social. Ya antes, en el campo del derecho, Summer-Maine había enfocado el derecho con una perspectiva positivista cientifista, y Herber Spencer combinó la tesis de Summer-Maine con la teoría biológica de Darwin.

Pero, quien más importancia ha tenido para la adopción de esta dirección metodológica en el derecho ha sido Eugen Ehrlich. Este autor, que se había definido, en 1903, dentro de movimiento del derecho libre, publicó, en 1913, sus *Fundamentos de sociología del derecho*, donde propugnó por que la ciencia del derecho buscara sus bases científicas en lo sociológico-jurídico. Estimó la sociología del derecho como la única «ciencia» posible acerca de éste, ya que no se queda en «palabras», sino que fija su mirada en los hechos que le sirven de base, y porque, «como toda auténtica ciencia trata de profundizar», mediante el método inductivo. Es decir, primero, observa los hechos y reúne experiencias, para «nuestro conocimiento de la esencia de las cosas, con el objetivo de “buscar las fuerzas propulsoras de las instituciones jurídicas”». Entendía que sólo posteriormente la jurisprudencia «forma la norma jurídica en base a la percepción de los hechos de la vida jurídica y de la generalización de las vivencias de esa percepción». Los métodos de la sociología del derecho los situó en el derecho vivo, no sólo en las sentencias judiciales, sino, muy especialmente: en el testimonio reflejado en los documentos negociales que lo muestran, en las relecturas del derecho vivido por el pueblo fuera de la acción legislativa, en el cual predomina la acción y la conciencia popular; situándolo todo en el contexto histórico y en el medio geográfico de ese derecho vivo.

En este siglo xx el neopositivismo lógico tampoco dejaría de incidir en algunas direcciones jurídicas, pero acabaría por perder el gran predicamento que en algún momento pareció alcanzar.

Otra tendencia metodológica, entre las surgidas fuera del derecho en el siglo pasado y que, durante el actual, han influido especialmente en determinadas corrientes jurídicas, ha sido el «pragmatismo», al parecer inspirado en el utilitarismo de Bentham y de

John Stuart-Mill. Este pragmatismo lo había iniciado el filósofo norteamericano Charles Sanders; lo desarrolló el lógico John Dewey, aplicándolo a la pedagogía, la ética y la política, y su gran propagandista, en el campo jurídico, fue William James. Este pragmatismo no busca una solución «intelectualmente objetivista», ni adecuaciones entre la idea y la realidad, sino que viene a ser «subjetivista y práctica», en el sentido de procurar «la ecuación de la idea con la acción, de la función pensante con el hábito de obrar»; y, por eso, «la crítica pragmática determina no el coeficiente efectivo de la realidad, sino el coeficiente eficaz de realización». El objeto del conocimiento interesa sólo por su valor práctico en el sentido de que resulte efectivo.

Entre los movimientos, con finalidades pragmatistas, que han tratado de aplicar al derecho unos métodos científicos ajenos al mismo son de destacar los surgidos por las derivaciones del denominado realismo jurídico norteamericano, que han aplicado al derecho no sólo el método de la economía política, sino, además, la perspectiva y las directrices de una u otra de las tendencias de esta ciencia, que han variado según cual sea la escuela seguida.

Deben incluirse entre esas corrientes que han impulsado una orientación economicista las de orientación tecnocrática, que han combinado el positivismo legalista con el cientifista (en lo cual, también en el siglo XIX, tienen como precursor al vizconde de Saint Simon) y que, en el XX, alternativamente, se han manifestado en varios gobiernos políticos del más diferente signo.

## 8. SUPERACIÓN METODOLÓGICA DEL PLANO DE LAS LEYES EN FRANCIA Y ALEMANIA

Los defectos observados en el positivismo legalista y en el método exegético provocaron en Francia reacciones como las mostradas en el «solidarismo» objetivo de Duguit, en la teoría de la institución de Hauriou y, muy especialmente, en el desarrollado de la *libre récherche scientifique* por François Géný, que resultó demoledora y decisiva. Géný reintegró la interpretación a su papel mediador entre el derecho y el hecho concreto; en ella reinsertó el papel esencial de la naturaleza de las cosas, entendida en su más amplia y comprensiva acepción clásica, e integró en la *nature des choses les données: naturel, historique, rationel e ideal*.

En Alemania se habían hecho esperar menos las duras críticas al positivismo jurídico y al formalismo conceptualista. Muy sonada fue la efectuada por el fiscal Von Kirschmann, en su famosa

conferencia pronunciada en Berlín el año 1847. En ella, contrapuso la jurisprudencia de su época a las verdaderas ciencias, que apprehenden su objeto, descubren sus leyes, crean conceptos hasta sus últimas implicaciones, examinan la afinidad y la conexión de las distintas formas y estructuras y las ensamblan en un sistema. En cambio a su juicio, el objeto de la jurisprudencia se había circunscrito a la ley positiva, y, por ello, venía a constituirlo «la ignorancia, la desidia, la pasión del legislador», hasta tal punto —dijo— que los juristas «se han convertido en gusanos que sólo viven en la madera podrida» que aquél les suministra.

El conceptualismo sería, más tarde, blanco de la penetrante ironía de Jhering, quien iniciaría otros caminos pero sin llegar a apartarse definitivamente de la senda dominante. Anduvo buscando y, tal vez, hubiera hallado lo que buscaba si hubiese topado antes, y no ya anciano, con la *Suma Teológica* del Aquinatense. Él mismo lo sugiere, en la carta dirigida al amigo que le envió un ejemplar de aquélla. En cualquier caso, sembró ideas que, después, fructificarían en otros juristas, como las del fin del derecho, de los motores del mismo, incluyendo los morales o éticos, de la utilidad social, de la idea del derecho y su sentimiento; de las condiciones de vida de la sociedad; del sentimiento, de la fuerza del pueblo y de su sentido de la justicia. No obstante, en *La lucha por el derecho*, partiendo de que el Estado es el medio para garantizar la fuerza del derecho, entremezcla esta necesaria prestación de eficacia externa con el poder de determinar su contenido objetivo, sin percatarse de que no hay razón para que quien le presta su fuerza y su apoyo, además, lo monopolice.

A finales del siglo XIX y comienzos del XX, Otto von Gierke sería una figura gigante, pero singular, en su lucha contra los excesos del formalismo conceptualista y, frente al positivismo normativista. Sin embargo, todas estas y otras reacciones no alcanzaron continuidad ni lograron constituir escuelas donde desarrollarse, hasta que finalmente se produjo primero, el movimiento del derecho libre y, especialmente después, cuando paulatinamente, desde fuentes y canales distintos que, no sin perder parte de su caudal, vendrían al final a confluír, con lo mejor de sus aguas, en la *Wertungsjurisprudenz*, o jurisprudencia estimativa.

El movimiento del derecho libre, capitaneado por Hermann Kantorowicz, partiría, de una parte, de la existencia de un derecho de origen no estatal, anterior y superior al emanado del Estado, y, por otro lado, de una severa crítica al método conceptualista: para, como conclusión, propugnar por un derecho judicial. Claro está que así vendría a constituirse un nuevo positivismo jurídico, aun-

que, Kantorowicz, como presupuesto, tuviera presente la magnífica formación y preparación jurídica de los jueces y magistrados alemanes de entonces.

Posteriormente, aparecerían otras tendencias en Alemania en pro del derecho judicial, que no sólo superaron el positivismo legalista, sino también el cientifista. Entre sus más significados representantes se hallan Joseph Esser y Wilhelm Kriele.

Son múltiples las fuentes, con características diferentes en sus aguas, que unas en virtud de su propia fuerza y, otras, filtradas, purificadas y enriquecidas, después de abandonada la concepción postkantiana de ciencia –reducida al modelo de las ciencias naturales, a las matemáticas y la lógica– han venido a confluir en la *Wertungsjurisprudenz*. Entre ellas deben destacarse las siguientes.

a) La más remota fue la de los propugnadores de la idea del «valor», que comenzaría a cultivarse en la filosofía del neokantismo alemán sudoccidental, escuela de Baden, iniciada por Windelband y seguida por Rickert. Esta escuela consideró los valores a modo de unos moldes mentales, apriorísticos, conformadores. Más tarde Lask, Reininger y Kraft la aplicaron al derecho.

b) Desde otro neokantismo, el de Marburgo, Rudolf Stammler partiría también de una perspectiva formal, aunque distinta. La idea del derecho, con validez general incondicionada, determinada por su fin, sería la forma mental que debe llenarse de contenido material, que ha de ser ordenado y condicionado por ella. Así, propugnaba por retornar a un derecho natural de contenido variable. Pero, esa idea del derecho no pasa de ser una aspiración de «poner una absoluta armonía en la totalidad de las voluntades ya definidas conceptualmente»; es decir, se trataba de «una “noción ideal”, que jamás se podrá ver realizada en su total alcance». Pretendía una depuración de la materia concreta, para la cual se requiere una «voluntad pura» –o sea limpia de intereses particulares y apetitos–, no «fenoménica», sino «neumónica», como se diría en términos kantianos. De ahí que, para la determinación del derecho, Stammler necesitó hacer pasar las reglas jurídicas por el tamiz del «derecho justo», para examinarlas críticamente y orientarlas a la solución de los casos concretos que se presenten en la práctica.

c) Otro cauce de penetración de los «valores» en el derecho lo constituyó la «fenomenología» de Edmund Husserl, que los consideró entre las esencias, «como puro ser en la conciencia», captadas del fenómeno que –según él– es el dato, lo «inmediato», lo que está «presente en la persona», en la conciencia. Su hallazgo requiere una «notitia intuitiva», obtenida con una «intuición eidética» de tipo platónico. Pero, a diferencia de las ideas, que Platón concibió

como realidades fuera de las cosas que el hombre trae de su vida ultraterrena, en cambio las esencias –según Husserl– son realidades ideales captadas por intuición inmediata del objeto, como formas inmanentes, a la vez, a las cosas y al pensamiento humano. El modo de lograrlo es: primero, la «reducción fenomenológica», que consiste en «poner entre paréntesis» todo lo que, en el contenido de la conciencia, se refiere al sujeto psicológico y a la existencia individual; y, después, la «reducción trascendental», que consiste en poner también entre paréntesis lo que no es correlativo a la pura conciencia para descubrir la condición que posibilita su intuición en todas las conciencias.

Adolf Reinach, en 1913, llevó al campo del derecho esa fenomenología husserliana de las esencias y los valores, considerados como objetos ideales pero tan reales como las casas y los árboles. Sin embargo, sólo les dió valor metodológico para la ciencia del derecho, no para la determinación concreta de éste; ya que Reinach nunca abandonó el positivismo legalista.

d) Otra nueva aportación a la teoría de los valores y, en general de las esencias, es la que efectuó Max Scheler, con su ética material. Este filósofo los consideró datos objetivos a priori, y no, como Kant, puras formas. Así, el valor es un *emotionaler apriorismus*. Su intuición es emocional, producida en la esfera del sentimiento y no sólo de la razón. Los valores, según Scheler, están dotados de un «objetivismo ético»; existe un mundo objetivo de valores o esencias de la vida moral, eternos, absolutos e inmutables, aunque se muestren históricamente a través de realizaciones incompletas y también históricamente variables. La historia los descubre pero no los crea. No obstante este objetivismo, Scheler no creyó posible establecer una jerarquía práctica de ellos que permitiera efectuar aplicaciones jurídicas.

En ciertos aspectos parece que Scheler retorna a Aristóteles; pero –como dice él mismo–, ambos presentan una diferencia metódica fundamental. El Estagirita, como el Aquinatense, abstrajo el «universal» del «ser» de las cosas; no así Scheler que por intuición emocional capta solo su «valor». De ahí, la razón por la cual esta tesis carece de una ordenación objetiva y concreta de los valores que sirva para la determinación del derecho.

e) Nikolai Hartmann efectuó un intento de jerarquizar los valores con su ontología –que es fenomenológica en tanto histórica, pero no metafísica–, mas tampoco alcanzó una solución apta para conseguir un resultado útil para las aplicaciones concretas a las realidades prácticas, debido sin duda a la naturaleza idealista de su axiología.

f) Cuando se agotaron las posibilidades del formalismo neokantiano, le relevó en el ámbito filosófico no sólo la fenomenología, sino también el neohegelianismo, a partir de la obra de Richard Kroner, *Von Kant vis Hegel*. En ella la noción hegeliana del concepto general-concreto histórico se utilizó en contraposición al concepto general-abstracto. Binder llevaría éste al campo jurídico con una finalidad práctica interpretativa: Aprender la norma jurídica en conexión con la realidad viva, con las relaciones empíricas y la idea del derecho, dentro del momento histórico inmediato. Considerados, de ese modo, los principios y las normas del derecho como conceptos generales-concretos en cada momento histórico, ya no cabe una subsunción lógico-formal del hecho en la norma para aplicarla por deducción silogística, sino su «concreción» o «concretización» –como dice Schönfeld–, consistente en realizar una praxis individualizadora, en una relación dialéctica entre la norma o pauta (sin perder de vista el principio del cual es concreción) y el hecho enjuiciado. Así se eleva el neohegelianismo por encima del positivismo normativista.

g) Un camino paralelo a éste, con resonancias leibnizianas, es el que siguió Wilhelm Sauer para dar realidad concreta a la «ley jurídica fundamental», según las «mónadas de valor». Con éstas se sobrepasa el orden jurídico positivo, dentro de la realidad sociológica vivida en cada momento en la comunidad de que se trate.

h) Así, maduras las circunstancias intelectuales, Gustav Radbruch abrió el neokantismo a los valores materiales. Con esto, convertiría el *dualismo* stammleriano –idea del derecho y materia jurídica, deber ser y ser, idea y naturaleza, juicio de valor y juicio de realidad– en su «trialismo», conseguido mediante el examen cultural de la realidad, de la *Natur der Sache* –naturaleza de la cosa– con «una referencia a los valores». Así, los valores vendrían a considerarse como una realidad cultural.

Pero, en 1935, Hans Welzel efectuó una crítica del neokantismo alemán sudoccidental, en el que seguía Radbruch. Con ella llegó a la conclusión de que la ciencia del derecho no debe configurar el objeto del conocimiento, sino observarlo como en «trozo óptico del ser», y que la interpretación no ha de ser una actividad conformadora desde ideas a priori, sino que debe captar la estructura óptica de la realidad, de cuya inteligibilidad, en cada caso, se trata.

i) A partir de ahí se vendrían produciendo sucesivas profundizaciones en la noción de naturaleza de la cosa, retornándola, desde el concepto nominalista y postcartesiano que la circunscribía a las cosas materiales –la *res extensa*, objeto de cálculo y racionaliza-

ción por la *res cogitans*— hasta reintegrarla a la plenitud de su perspectiva humana

Permítaseme aquí un inciso. No debemos olvidar que *rerum natura* y *sensum naturale* son correlativos; en virtud de lo cual, fue posible decir *ex facto ius oritur*, y aquélla pudo constituir el fundamento de la *aequitas*, como *rerum convenientia*. Vistas las cosas con esta perspectiva, se comprenden en ella sus cualidades, valores, causas formales y finales, y su configuración humana. También se incluyen en ella los hombres, con su inteligencia y espíritu, y los conjuntos sociales.

Ahora bien, mientras esta reapertura del derecho a la naturaleza de la cosa se observa claramente, por ejemplo, en Helmut Coing y en Karl Larenz, en cambio ni uno ni otro logran alcanzar la universalidad de la *rerum natura* clásica. Por ende, no llegan a integrar en ella los primeros principios éticos, que —como hemos visto— se hallan en el extremo de salida en la dirección de dentro a fuera de esa vía única de nuestro conocimiento que va de la mente a las cosas y de éstas a aquélla. Vía en la cual confluyen la *lumen mentis* y el *fulgor obiecti*. No es así en estos autores, sino que contemplan los primeros principios éticos y la naturaleza de la cosa (*Natur der Sache*) como entidades distintas, situadas en diferentes planos, aunque con una zona tangente en la que se solapan produciéndose, en ella, una interacción entre aquellos principios y esta naturaleza.

Arthur Kaufmann consideraría la naturaleza de la cosa como un *tertium* mediador entre la idea —con la norma que la expresa— y el hecho real, el *topos* entre ser y deber ser, punto metódico de unión entre realidad y valor, comportando un pensamiento analógico. Esta concepción de A. Kaufmann, que la estima como puente mediador, la criticaría Jan Schap, por considerar que presupone la separación entre un lado y el otro lado del puente, siendo así que el mundo «nunca es un puro mundo de hechos, sino siempre es un mundo de vida».

j) Todavía han confluído en la jurisprudencia estimativa ciertos autores movidos por un existencialismo moderado, como Fechner, Welzel y Mahioffer. Éstos, sin negar las esencias, afirmaron el primado de la existencia, valorativa, efectuando esta corrección a la antropología de Scheler y a la ontología de Hartmann; de modo tal que, respetando la estructura ontológica de la acción y de la actividad teleológica del hombre, integraron en definitiva lo valorativo y lo existencial, reivindicando el valor infinito del individuo.

k) El canal que jurídicamente fue, tal vez, el central entre aquellos que confluieron llevando sus aguas a la jurisprudencia

valorativa es el que arranca de la conferencia de Philipp Heck, pronunciada en Tubinga el año 1912, que constituyó la proclama de la jurisprudencia de intereses. Inicialmente Heck –en la que fue su *teoría genética de los intereses*– los consideró causalmente; pero, paulatinamente, se iría imponiendo otra consideración metódica valorativa de los intereses, que llegaría al predominio de una «teoría del juicio de valor de los intereses». De ahí, Muller-Herbach pasaría a mostrar la necesidad de tener en cuenta no sólo los intereses en su conjunto, sino también, por otro lado, las posibilidades vitales, que se dan, y la capacidad humana de poder. De ese modo iría operando la jurisprudencia del Tribunal del Reich y, en general, de los tribunales alemanes.

l) Sólo faltaba dar hacia adelante el paso decisivo que superara el positivismo legalista, que la jurisprudencia de intereses no había dado. Precisamente, lo daría la *Wertungsjurisprudenz*. Para ello hubieron unos mediadores que lo prepararon, como: Westermann, al señalar que los criterios de intereses representan consecuencias de la idea de justicia –y Rudolf Reinhart–, indicando que, para llevar este criterio en la práctica, es preciso interpretar y perfeccionar las normas positivas por encima del texto literal, de conformidad con su finalidad y sentido, teniendo en cuenta que las valoraciones abren el camino para el entendimiento de determinados principios ordenadores supralegales a los que han de adecuarse las normas.

Esta jurisprudencia estimativa, aun cuando también ha formulado una nueva metodología de la ciencia expositiva y explicativa sistemática del derecho, se ha centrado en la metodología de la determinación del derecho. En esta tarea no sólo ha superado la dogmática conceptualista y su método de inversión –sustituyendo su razonar lógico por conceptos por la ponderación tópica de tipos y series de tipos, y la subsunción silogista por la concreción teológica y axiológica–, sino que, asimismo, se ha despegado del plano del positivismo legalista, elevándose hasta la ponderación valorativa de la cosa, mediante las pautas de valor, y finalmente, hasta los principios ético-jurídicos, poniendo en relación siempre estos primeros principios y las normas legales.

En general, en la determinación concreta del derecho ha venido prevaleciendo la labor de conjugar todos estos elementos; que, con el debido respeto a la ley, se han empleado para complementar sus lagunas y corregir sus defectos. Así, se ha propuesto que en la determinación del derecho hayan de ascenderse sucesivamente los siguientes peldaños.

1.º La norma legal, flexibilizada mediante el empleo en ella de conceptos jurídicos indeterminados, de conceptos normativos o de fórmulas generales de libre apreciación.

2.º El desarrollo del derecho inmanente a la ley, para suplir sus lagunas y corregir sus defectos, mediante el empleo de los medios interpretativos tradicionales: extensivos, restrictivos o análogos, aparte de los empleados en caso de concurrencia o colisión de normas.

3.º Su interpretación, correctiva incluso, por «las normas de rango constitucional».

4.º La incidencia del «derecho superador de la ley», en el que entran en juego valores, ideas de justicia, equidad, responsabilidad moral, dignidad humana, respeto a la persona, etc., puestos en relación con la naturaleza de la cosa, las necesidades del tráfico, etc.

5.º Finalmente, el peldaño filosófico de los principios ético-jurídicos modeladores de la ley.

## 9. PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LOS MEDIOS DE CONOCIMIENTO Y LOS MODOS DE INTERCOMUNICACIÓN ENTRE LOS DIFERENTES PLANOS METODOLÓGICO-JURÍDICOS

Antes, hemos observado de modo muy general, tanto los medios de conocimiento como los de intercomunicación entre los diversos planos metodológicos de los que ahora acabamos de repasar su contenido. Para concluir esta introducción nos queda por examinar rapidísimamente, en perspectiva histórica y de un modo sintético, cuáles han sido los predominantemente empleados en cada período.

En derecho romano arcaico y clásico la determinación de *quod iustum est* se basó principalmente en la formación o educación de los jurisconsultos, que se efectuaba de un modo parecido a como se hace con los artistas para practicar su arte respectivo. Es decir: de una parte, cultivando su sentimiento jurídico material de la justicia, o sea, su sentido de lo justo y todos sus ingredientes —emocional y cognoscitivo—; de otro lado, su capacidad para captar, en la realidad, el *ontos* de las cosas, su *mysterium rerum*, y el modo de saber expresarlo con el adecuado *verbum iuris*; y, en fin, su aptitud de ajustar armónicamente la realidad y el sentido de la justicia para determinar equitativamente lo más justo.

La intuición realista era el medio para alcanzar aquél conocimiento de las cosas; es decir, de la realidad que el jurisprudente

debe configurar justamente. Y esta intuición era enriquecida con la experiencia adquirida en los ejercicios educativos, en la práctica y con las experiencias de los predecesores, empleando siempre la *naturalis ratio* y la *prudencia iuris*.

Esa captación de la realidad en la *rerum natura*, mediante la *naturalis ratio*, debía tener como soporte cultural la *notitia* de las cosas divinas y humanas, con una *vera non fallor philosophia*, al servicio de la *iusti et iniusti scientia*.

Con el tiempo, en la *interpretatio* romana, además de esta intuición realista y aquel sentimiento jurídico material se empleó también el razonamiento. Pero, en éste, no utilizaron jamás el contemporáneamente denominado «método de inversión»; puesto que los romanos rechazaron de plano valor de premisa a toda definición –pues, *in iure civile periculosa est*– y a todas las reglas –ya que *non ex regula ius summatum sed ex iure quod est regula fiat*–. Los jurisconsultos romanos tenían un perfecto conocimiento de la lógica sentencial estoica, que utilizaron en la jurisprudencia cautelar pero no en la labor interpretativa que en sus *responsae* desarrollaban. Es muy significativo el texto de Salvio Juliano (*Dig. 9, 2, 51, 2*): «*iure civile contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse*». Es decir, se habían aceptado soluciones «contra la lógica (*ratio disputandi*) por exigencia del sentido común (*utilitas communis*)»; pues, se buscaba principalmente la *aequitas*. Su razonar era más bien tópico; pero de una tópica realista en el sentido aristotélico, que trata de discernir las diferencias y las semejanzas entre las cosas, con todos sus matices, así como la más exacta adecuación a éstas de los diversos significados de las palabras, desde la fijación de la *quaestio iuris* hasta su razonada resolución.

Glosadores y comentaristas, en la Baja Edad Media, emplearon también un método dialéctico de confrontación de opiniones, parecido al seguido por Santo Tomás de Aquino. No olvidemos que la abstracción del universal en las cosas contiene en su seno todas sus posibles concreciones, pues –al hallarse realmente en el universal en potencia todo el singular abstraído íntegramente, que está en acto en las cosas de las que es abstraído aquél– no puede inversamente concebirse el universal sin contener su profusión y riqueza de contenido. Ocurre como en el concepto general-concreto de Hegel, con la diferencia de que éste general-concreto se halla en constante mutación históricamente.

Por todo ello, en aquél ni tampoco en éste, no caben los razonamientos a partir de definiciones expresadas en conceptos abstractos, que no recogen ni conceptualizan sino tan sólo aquello que es común a todas las cosas singulares comprendidas en el género o

especie definidos, perdiéndose así todo lo que es singular y específicamente concreto; y, por esa simplificación se prestan a las deducciones silogísticas –pero incorrectamente– los generales-abstractos, dada su generalidad. Contrariamente, tanto en los universales como en conceptos generales-concretos el razonamiento debe basarse en consideraciones tipológicas, por lo cual no se prestan al empleo de la lógica formal, sino al de una tópica realista que abarque la cosa de modo completo, como la aristotélica y la viquiana. Además, la consideración abstractiva de la cosa en sí misma debe complementarse enriqueciendo su conocimiento con el examen experimental o prudencial inducido de las consecuencias dimanantes de la misma cosa.

En cambio, el nominalismo de Ockham –al negar toda realidad a los universales y reducirlos a unos conceptos que formula la mente humana– el punto de partida del razonamiento lo deja privado de esa profusión de contenido real concreto y de su riqueza tipológica, a cambio de hacerlo traducible en definiciones generales simplificadoras aptas y adecuadas al razonamiento silogístico. Si, el conocimiento es eidético, como en Gregorio de Rimini, el empleo de la lógica formal resulta obligado. De ahí el abuso de los largos encadenamientos de silogismos, que criticaría Francisco de Vitoria, y de cuyo modo de razonar tanto denostaría Domingo de Soto.

Junto a la lógica material, en la Edad Media también se cultivó la tópica. Pero no esta tópica realista, sino una tópica referida a principios y reglas, que tuvo un gran desarrollo en el siglo XVI, aplicándose al derecho por buen número de autores, hasta que, finalmente, sería desplazada por la lógica cartesiana. No obstante, Leibniz retornaría a ella en la depurada forma del *ars combinatoria*, que emplea con un razonamiento «circular» que, envolventemente, va girando en torno al tema para ir completando su conocimiento. Así, Leibniz sistematizaría esa especie tópica –que ya tuvo precedente en Raimundo Lulio–, empleándola –igual que éste– como método de invención; basándolo en la relación del todo y de la parte, como un medio de pensamiento que ya había utilizado Cicerón, y teniendo su fundamento en la creencia de que existe una armonía universal, que debe utilizarse como hilo conductor.

También Giambattista Vico había dominado la tópica, pero en el razonar jurídico y al servicio de la equidad empleó una tópica realista, con sus *loci* para lograr la percepción total, directa y verdadera de las cosas en cuestión en todos sus aspectos y perspectivas; tópica a la que hacía seguir la crítica, siempre con el fin de profundizar en torno del conocimiento de la cosa.

En cambio, el empleo de la lógica formal, con sus cadenas de silogismos, fue favorecido por el idealismo cartesiano, al cual, en filosofía, seguiría Spinoza y, en derecho natural, Christian Wolff.

El método inductivo, complementado con el experimental iniciado en las ciencias naturales, trataría de llevarlo al derecho Francis Bacon; y, en su forma descompositivo-reconstructiva o analítica-hipotético-sintética, con una gran dosis de voluntarismo, especialmente en esa última fase, en el campo jurídico lo iniciaría Hobbes; lo seguirían Locke y Pufendorf, aunque éste combinadamente con el método deductivo, y, asimismo, Rousseau. Todos lo utilizaron arbitraria e inadecuadamente, según hemos repasado antes. En cambio, genuinamente –aunque no siempre con acierto en la elección de las fuentes–, lo planteó el Barón de Montesquieu en el ámbito histórico-sociológico.

En el siglo XIX la lógica formal fue utilizada como medio más adecuado para la subsunción del hecho en la ley, conforme pretendió la Escuela de la exégesis. Según ésta, la ley debe constituir la premisa mayor y el hecho la premisa menor del silogismo jurídico. Asimismo, la jurisprudencia de conceptos la empleó en su método de inversión. Pero se ha mostrado que la lógica formal no sirve desde el momento en que en el juicio jurídico se introducen elementos cualitativos, y porque los hechos se deben describir tipológicamente y no definir conceptualmente; no se trata de subsumir, sino de concretar o «concretizar» la justicia del caso.

A partir de ahí se viene comprobando que el razonar jurídico adecuado es dialéctico, de confrontación de opiniones, según ha sostenido Michel Villey. O sea, debe efectuarse –según ha expresado Luis Recasens Siches– de conformidad con el logos de humano, o lógica de lo razonable y de la razón vital e histórica, apoyándose en la experiencia jurídica.

