DEL LEGISLAR COMO "LEGERE" AL LEGISLAR COMO "FACERE"

POR

JUAN VALLET DE GOYTISOLO.

I

1. *Contemplación y acción,* en algunas perspectivas, nos son presentadas como contrapuestas y antitéticas. Sin embargo, no hay entre ellas una antítesis dialéctica, sino una complementariedad. Forman un binomio, en el cual cada elemento contribuye a extender y fortalecer al otro, aun cuando para esta transfusión de savia vital se requiera una prioridad, no sólo cronológica sino también ontológica de la contemplación tal cual la concedemos a nuestra mente respecto de las piernas con que nos movemos, de los brazos con que hacemos y de la lengua con que hablamos.

El orden jurídico, necesario en la vida social, tampoco puede resultar indiferente al engarce que en su génesis y funcionamiento mantengan, como principios rectores, la contemplación y la acción, y al modo de entenderlas, es decir, al concepto que de una y otra se tenga. Su solución tiene importancia decisiva para la resolución de problemas tan fundamentales como son los del mismo concepto del derecho, la determinación de sus fuentes, su interpretación y su aplicación.

Se ha afirmado que todo problema político tiene en su raíz una cuestión teológica (1). Con tanto o mayor fundamento podemos decir que todo problema jurídico tiene una raíz filosófica y otra, más pro-

(1) Donoso Cortés: *Carta al Cardenal Fornari,* Cfr. en VERBO 3, páginas 35 y sigs.

Fundación Speiro

funda, teológica, y, siendo así, se halla inevitablemente influído por las relaciones que se establezcan entre filosofía y teología.

El mundo moderno marcha por la vía teológica del antropocentrismo, por la filosófica del nominalismo y, como corolario, por la jurídica del positivismo. Es un hecho evidente, del cual es muy fácil comprobar que sus frutos frecuentemente han sido amargos, y más aún —como ha subrayado un ilustre catedrático de la Sorbona, en uno de sus cursos de historia de la filosofía del derecho (2)— porque, «a partir del siglo XVII, el positivismo jurídico se ha exacerbado, y despojado de ese pretil saludable que, en Guillermo de Ockam, constituía la autoridad preponderante de las leyes positivas *divinas*. La ley humana de la conciencia, puesta en su lugar por Hobbes o Locke bajo el nombre de ley natural (moral), es demasiado floja e inconsistente, demasiado vacía de contenido jurídico, para constituir una barrera suficientemente eficaz. El positivismo jurídico ha pretendido basar todo el derecho tan sólo *en la voluntad de los hombres*. Sabemos a donde, al menos lógicamente, conduce esta vía: a las ficciones de contrato social, a la idolatría colectiva de la opinión contemporánea por una mítica «democracia»; finalmente, a la dictadura de la fuerza y de lo arbitrario; al estatismo, al imperio absoluto del poder constituído sobre el derecho».

Se trata de algo que se halla a la vista de todos. También lo está que el positivismo jurídico, si bien continúa en auge en el mundo político y tecnocrático, viene siendo denunciado por la mayor parte de los teóricos del derecho. Está en crisis desde la postguerra de la última conflagración mundial. Por eso es preciso replantear de nuevo la cuestión:

Si «nos hemos equivocado de camino y hemos llegado a un atolladero» —como dice Villey— «mejor que perdernos sin fruto en las fragosidades a derecha e izquierda del camino, es preferible desandar lo caminado y regresar a la encrucijada»... A su juicio, «en nuestra situación actual puede resultar que el camino más corto sea remontar-

(2) Michel Villey: *La formation de la pensé juridique moderne (Cours d'Histoire de la Philosophie du Droit)*, París, 1968, II, *Conclusión*, páginas 268 y sigs.

Fundación Speiro

nos hasta el gran debate filosófico de la escolástica medieval, al momento decisivo de elegir entre Santo Tomás y Ockam, en el instante en que el nominalismo y realismo entrecruzaron sus armas».

2. La existencia de los seres y las cosas, su movimiento, el perpetuo devenir, los grados jerárquicos de perfección que, en aquéllas, y el orden que, en éstas, se observan, llevaron a Santo Tomás a la evidencia metafísica de la existencia de la causa primera de todas las existencias y de todas las esencias, en la cual esencia y existencia son una misma cosa. Dios, es decir, el *Ego sum qui sum* del Exodo (III, 13). Inteligencia infinita, que es su mismo ser.

De esta inteligencia participan, aunque de un modo finito, los hombres, criaturas suyas, que así, aunque sea de un modo limitado e imperfecto, pueden vislumbrar ese orden, pero tan solo —podríamos decir— tanteando, casi a ciegas, al no tener la aprensión directa de lo inteligible sino elevándonos de nuestra percepción de las cosas sensibles, de nuestro entendimiento de ellas, a las especies abstractas que por esa vía nos resultan inteligibles.

En este esbozo del pensamiento de Santo Tomás de Aquino destacan las ideas de la Inteligencia infinita de Dios, del orden creado por ella y de la posibilidad de que nuestra limitada inteligencia participe del conocimiento de este Orden, elevándonos del conocimiento de las cosas sensibles a lo abstracto y universal inteligible (3).

Pero, frente a esta concepción, un siglo más tarde (en el S. XIV), el franciscano Duns Escoto puso el acento principal en la libertad y no en la inteligencia de la voluntad divina, y, por ende, en el carácter contingente de sus efectos. A su juicio: Dios crea porque quiere. Preguntar la razón por la que Dios ha querido o no ha querido tal o cual cosa es preguntar la razón de lo que no la tiene. La única razón por la que Dios ha querido las cosas es su voluntad ... A excepción del principio de no contradicción y de su inmutabilidad, la voluntad de Dios es dueña absoluta de la elección y combinación de las esencias; no está sometida a la regla del bien, sino que es la

(3) Cfr. Etienne Gilson: *La Filosofía en la Edad Media,* cap. VIII-V, cfr. 2.ª ed. castellana, ed. Gredos, Madrid, 1965, págs. 493 y sigs.

Fundación Speiro

regla del bien la que está sometida a su voluntad (4). Así, las prohibiciones de la segunda tabla de los Mandamientos, es decir, los siete últimos, son determinantes de la maldad de lo prohibido en ellos, y no a la inversa. No son *prohibita quia mala* sino *mala quia prohibita.*

La primacía de la voluntad sobre la inteligencia la extendió Duns Escoto también al hombre. Así su concepción de la libertad resulta más voluntarista que intelectualista; pues si bien reconoce que debemos conocer el objeto para quererlo, advierte que es igualmente cierto que si conocemos ese objeto con preferencia a otro es porque lo queremos. Nuestras ideas nos determinan; pero nosotros determinamos primero la selección de nuestras ideas. Por otra parte, los caminos de nuestra inteligencia, aceptados por Santo Tomás, fueron limitados por Duns Escoto. Este admite sólo la vía de la demostración *a priori,* que desciende de la causa al efecto, y niega la posibilidad de la demostración *a posteriori,* ascendente del conocimiento de un efecto al de una causa. Para él, toda demostración debe hacerse partiendo de una causa necesaria y evidente y obteniendo la conclusión por su procedimiento silogístico (5).

Poco después de fallecer Duns Escoto, otro franciscano, Guillermo de Ockam, dio un paso más, para evitar el mismo peligro que había preocupado a aquél: el Dios puro Intelecto de Averroes, y el Dios cuya voluntad sigue necesariamente la ley de su entendimiento de Avícena. Para Duns Escoto y para Ockam, Jehová no obedece a las ideas. Según Duns Escoto, puesto que éstas están subordinadas a su voluntad, y según Ockam, porque no existen, ya que para él los universales no tienen realidad, son meros nombres. Para Ockam, por ser Dios radicalmente simple, no hay ideas divinas, su esencia no es fuente de ideas —como para Escoto— ni lugar de ideas —como para Santo Tomás de Aquino (6).

Conviene que recordemos el símil, expuesto por Francisco

---

(4) Gilson: *Op. cit.,* cap. IX-I, págs. 555 y sigs.
(5) Gilson: *Op.* y cap. últ. cit., págs. 558 y sig.
(6) Gilson: *Op. cit.,* cap. IX-III, págs. 605 y sigs.

Fundación Speiro

Puy (7), de que los nominalistas al romper los universales en tantos pedazos como son las cosas individuales sobre las que se sostenían —del mismo modo que un niño travieso al romper, una a una con un «tira-chinas», las bombillas de su pueblo—, no habían dejado sino puntos de oscuridad y los vidrios rotos equivalentes a la serie derperdigada de cosas que englobaba cada universal.

El mundo de los griegos, en el cual las primeras causas producen sus efectos a través de una serie de causas intermedias y en el que los efectos están necesariamente ligados a sus causas, se esfuma en el mundo que Ockam imagina como cristiano. No queda sino la intuición como único fundamento seguro del conocimiento científico. Pero, prosiguiendo por esta vía, si Dios puede producir un efecto dado sin pasar por la causa segunda, y si siempre puede crear una cosa aparte de otra, resultará que también se puede tener la intuición sensible de algo que no existe, y, como no tenemos ningún medio seguro para descubrir esta diferencia, el coeficiente de incertidumbre alcanza también a las mismas cosas (8).

Así se llegó —como concluye Gilson— a un empirismo radical —apoyado en la omnipotencia absoluta de Dios— que no está ligado por ninguna necesidad natural, abierto a todas las posibilidades de hecho ... Probabilismo en teología natural y escepticismo metafísico, a la vez que una orientación hacia investigaciones experimentales ajenas al dominio propio de la teología y completamente desconectadas de toda visión global de la realidad entera.

3. La repercusión jurídica de las ideas de Duns Escoto y de Guillermo de Ockam era inevitable.

La voluntad obtiene, consecuentemente, el primado sobre la razón en la determinación del derecho.

Primero la de Dios: el orden dimanante de la voluntad *divina* promulgada en la Sagrada Escritura. El texto positivo divino ocupa el primer lugar entre las reglas jurídicas (9). Conforme este criterio, los

(7) Francisco Puy Muñoz: *El nominalismo, primera crisis de las ideas de la Cristiandad,* 3, en VERBO 104, abril 1972, págs. 352 y sig.

(8) Gilson: *Op.* y cap. últ. cit., págs. 606 y sig.

(9) Cfr. Villey: *Op.* y parte cit., cap. II, págs. 186 y sig.

Fundación Speiro

mandamientos no trataron —como en cambio entendió Santo Tomás— de aclarar al hombre la ley natural dimanante del orden necesario preestablecido en la Creación, sino que, al ser promulgadas, lo determinaron libérrimamente.

Después de la voluntad de Dios, la de los hombres, que queda desligada de las trabas de la razón y predomina sobre ésta: Se traduce en las leyes positivas humanas y en las convenciones. Duns Escoto reclamó del legislador prudencia, *recta ratio* y servicio a la *comunidad*, pero la exigencia de estas cualidades la circunscribía al ámbito de la moral y no del derecho. La justicia resulta una virtud moral subjetiva, no un objetivo «*suum quique tribuere*» (10).

Guillermo de Ockam fue más lejos en el ámbito jurídico. Mientras para Duns Escoto eran racionalmente necesarios los preceptos de la primera tabla del decálogo, y estimó obligatorios únicamente en cuanto positivos los de la segunda, Ockam entendió este carácter puramente voluntarista y positivo al contenido de ambas tablas. Por ello, para él, la expresión derecho natural sólo puede expresar, más o menos arbitrariamente, tres posibles significados artificiales (11):

1) Los preceptos contenidos en la Sagrada Escritura.

2) El estatuto primitivo del hombre, o estado natural de éste, anterior a toda costumbre o constitución humana, pero que ya había dejado de tener la menor obligatoriedad.

3) El deducido de las reglas establecidas o convenidas entre los hombres.

Sólo respecto de esta tercera acepción concede Ockam a la razón un puesto importante en el arte jurídico: al razonamiento derivado del principio de no contradicción y a la deducción silogística obtenida partiendo de las leyes positivas. Así aplicó a la interpretación de éstas el mismo método que los teólogos habían seguido de una absoluta sumisión de la inteligencia al texto positivo revelado.

En consecuencia, el derecho no aparece en la escolástica franciscana como un orden que debe descubrirse, sino como una tensión entre el *derecho subjetivo* y el *poder*.

---

(10) Villey: *Loc.* últ. cit., págs. 187 y sigs.

(11) Villey: *Loc.* y pars. cit., cap. III, B, págs. 214 y sigs.

Fundación Speiro

4. Notemos que esta concepción filosófica, voluntarista en Duns Escoto y, además, nominalista en Ockam, supuso el inicio de una verdadera revolución jurídica. El derecho con ella se convertía en un producto de la voluntad *(velle)*, en lugar de ser, como hasta entonces, una lectura del orden de la naturaleza *(legere)*.

En esto había consistido el arte jurídico en el derecho romano, desde las épocas más remotas.

El derecho romano más primitivo, es decir, el de la jurisprudencia de los Pontífices, el de la ley de las XII Tablas, el de los plebiscitos, se basaba en la convicción íntima de que el derecho «suponía un cierto ordenamiento eterno e inquebrantable de las relaciones humanas, independiente del arbitrio de los magistrados y de las asambleas populares» (12). *Populuscita, plebiscita,* terminaban en *scita,* de *scire,* saber, que significa el conocimiento, la revelación del contenido jurídico, encontrado, hallado, en una materia prima preexistente (13).

Posteriormente esta labor la realizan: el pretor, al orientar el proceso, y los juristas, con sus *responsa,* que trabajan en lo concreto, con una búsqueda prudente, con inspiración realista de lo que conviene, deduciéndolo «en primer término de lo que han visto hacer en ocasiones parecidas a sus antecesores, en segundo término de su propia experiencia, y por último, de su íntima y peculiar reacción ante la realidad en que se encontraban» (14).

En un siguiente período, sobre la base de esta *intuición,* se precisan sus fundamentos *racionales,* la *ratio decidendi;* se pondera la posibilidad de aplicar las *responsa* anteriores a casos nuevos, y se compendian los resultados en *regulae.* Sin que la lectura de éstas debiera nublar la realidad, sino que la palabra tenía que descubrir el *mysterium rerum,* formando así una dupla de íntima vivencia *nomen* y *numen* (15). Así las reglas no se confundían con el *ius,* sino que

(12) Urcisino Alvarez Suárez: *La jurisprudencia romana en la hora presente,* Madrid, 1966, págs. 31 y sig.

(13) Alfonso García Valdecasas: *El problema de las fuentes del derecho,* Bilbao, 1955, pág. 20.

(14) Cfr. Alvarez Suárez: *Op. cit.,* pág. 37.

(15) Alfredo de Pietro: *Verbum Iuris,* Buenos Aires, 1968, cap. II, págs. 13 y sigs.

Fundación Speiro

debía transparentarlo. Como más tarde dijo Paulo: «*non exregula ius sumatur, sed ex iure quod est, regula fiat*» (16).

Aunque Augusto asumió la *auctoritas* que los juristas habían ido perdiendo, en cambio invistió de su *auctoritas principis* las responsa de los juristas clásicos. Estas en la época postclásica fueron recogidas en libros, donde agrupadas podían leerse las lecturas pretéritas de la realidad hecha por los más esclarecidos autores (17).

Sin embargo, a la vez que se produce el declive de la jurisprudencia y mientras junto con las constituciones imperiales se recopilan las viejas respuestas en un proceso rematado en las Pandectas, paulatinamente va desarrollándose en Occidente el llamado derecho romano vulgar, que emergía a través de una práctica negocial y judicial, «de modo arcaico y primitivo», semejante al derecho consuetudinario (18).

Con el cristianismo penetra una concepción de la ley, «equiparada a camino [*directus* = derecho] y, por ello, rectora y ordenadora de conductas» (19), que subordina la ley humana a los preceptos de la ley divina y natural, con lo cual se requieren nuevas lecturas de éstas para deducir el derecho positivo, que les queda subordinado, que es *subditum iure naturali,* como expresó Ramón Llull (20).

Lo mismo que el viejo derecho romano, el medieval es un derecho de juristas, que el poder político protegía, pero que sólo excepcionalmente expresaba y, aun en este caso, la ley por él promulgada debía ser *racional.* Ni la ley se fundaba en la voluntad del príncipe, ni la costumbre en la del pueblo. Esta se basaba en la *convicción jurídica* del pueblo, guiada por sus juristas, en especial por sus notarios, adoptada en concreto por la *convenientia rerum,* que formaba una

---

(16) Dig.-XVII, 1.

(17) Alvarez Suárez: *Op. cit.,* pág. 135.

(18) *Ibid,* págs. 160 y sig.

(19) Alfonso García Gallo: *Ius y Derecho,* Madrid, 1961, págs. 28 y sigs.

(20) Cfr. Francisco Elías de Tejada: *Historia del pensamiento político catalán,* vol. II, *Mallorca y Menorca clásicas,* Sevilla, 1963, cap. VI, páginas 168 y sigs., donde cita el *Ars iure naturali* de Ramón Llull, 11 vto. b. a 13 b.

Fundación Speiro

opinio necesitatis u *opinio iuris,* y era vivida como justa y conveniente (21).

La ley, propiamente dicha, fue correctamente definida por las Partidas «*como leyenda, en que yace enseñamiento*», pues viene del latín *legere,* leer, que tiene igual raíz que el griego *logos,* que descubre y dice la verdad de lo que es (22). Y Santo Tomás de Aquino (23) explicó que «Así como la ley escrita no da fuerza al derecho natural, tampoco puede disminuírsela o quitársela, puesto que la voluntad del hombre no puede inmutar la naturaleza», y que «el derecho positivo sólo es aplicable cuando ante el derecho natural es indiferente que una cosa sea hecha de un modo o de otro».

El derecho romano, enriquecido por las opiniones de los autores que lo glosaron, primero, y que lo comentaron y adaptaron a las nuevas necesidades, después (24), se aplicaba como *razón escrita, buena razón* (25) y, sin embargo, el más famoso de los autores de derecho común, Bartolo de Saxoferrato, estimó que todas las razones de cada opinión debían ser objeto de estudio por los Tribunales y sometidas al *argumentum veritate,* para hallar cuál de ellas se hallaba *óptima ratione munita* (26).

---

(21) Así lo expresó Tomás Mieres: *Apparatus super Constitutionum collationem*», cap. II, n. 39, citado por F. Maspons Anglasell: *El dret Català,* Barcelona, 1954, III, pág. 52.

(22) Alfonso García Valdecasas, la cit., pág. 19.

(23) Santo Tomás de Aquino: *Summa Theológica,* II-II, q. 60, art. 5, solución 1.ª; cfr. ed. BAC. Madrid, 1956, vol. VIII, págs. 328 y sig. Cfr. también, II-II, q. 57, not. 2, vol. 2, el. cit., pág. 235.

(24) Cfr. Franz Wiaecker: *Historia del Derecho Romano de la Edad Moderna,* I, parte, 4.ª, 2.ª ed. castellana, Madrid, 1957, págs. 38 y sigs., y P. Koschaker: *Europa y el Derecho romano,* cap. VIII, ed. castellano, Madrid, 1965, págs. 144 y sigs.

(25) Respecto de la aplicación del Derecho romano como *buena razón,* cfr. Guilherme Braga da Cruz: *El derecho subsidiario en la historia del Derecho portugués,* Madrid, 1971, págs. 41 y sigs.

(26) P. Koschaker: *Op.* y cap. cit., págs. 150 y sigs.

Fundación Speiro

II

5. Este proceso de la formación del derecho, desde la Roma primitiva hasta la Cristiandad, en el que ésta como sustrato jurídico tuvo el *ius commune* vivificado por costumbres arraigadas en su medio y alimentadas por la propia tradición, recibió un primer embate con el nominalismo, que si bien inicialmente no afectó a su práctica, no tardó en hacer mella a través de la doctrina de algunos de los autores que, al alborear la Edad Moderna, iniciaron los primeros tratados generales acerca del derecho. Ockam había dejado un artefacto con su mecha encendida, que fue explotando poco a poco en las alturas filosóficas y políticas con la colaboración de Maquiavelo, Bodino, Grocio, Hobbes, Rousseau, etc. ...

El nominalismo afectó en tres vertientes distintas a la concepción jurídica aristotélico-romano-tomista.

a) Una primera vertiente produjo un teologismo tanto filosófico como jurídico, tal como ya antes había ocurrido en el Islam al ser «expulsado de la mente divina el mundo inteligible de Platón».

Como Gilson (27) ha comentado: «El Dios viviente en la Teología es infinitamente más que el «Autor de la naturaleza», pero «es al menos esto. En cambio, el Dios de Ockam no era ni siquiera esto» ... «estaba expresamente buscado para eximir el mundo de la necesidad de tener un significado propio. El Dios de la teología siempre aboga por la naturaleza: el Dios celoso del teologismo prefiere de ordinario abolirla».

b) La segunda vertiente del nominalismo dimanaba —explica Gilson— (28), de que si, según Ockam, «todo lo que existe es individual, nada puede corresponder en la realidad a nuestras ideas generales»; por lo cual éstas «no son por naturaleza ni imágenes ni retratos ni representaciones mentales de alguna cosa real o concebible». Pero: «Si los conceptos son producidos en nosotros por las cosas

(27) E. Gilson: *La unidad de la experiencia filosófica,* ed. castellana. Madrid, 1960, cap. III, págs. 110 y sig.

(28) Gilson: *Op.* y cap. últ. cit., págs. 90 y sig.

Fundación Speiro

mismas, son reformadores que nunca dejan de estar en contacto con la realidad. Si, al contrario, los conceptos son puras ideas que han nacido *en* la mente y *de* la mente, no como expresiones intelectuales de lo que es, sino como modelos o moldes de lo que debe ser, resultan revolucionarios. Y esta es la razón de que Aristóteles y los aristotélicos escriben libros de política, mientras que Platón y los platónicos escriben siempre utopías». Si bien Ockam era el reverso de un platónico y de hecho «fue el perfecto anti-Platón», pues aunque como él no se esforzó por saber hasta qué punto los universales podían ser reales, también es cierto que, mientras «Platón quería que fuesen el corazón mismo de todo, en cambio para Ockam no son nada. El ockamismo no podía ser una reforma; tenía que ser una revolución».

c) La tercera vertiente se inicia en el punto de coincidencia entre el escepticismo metafísico y la orientación hacia las investigaciones experimentales. Por ser éstas ajenas al dominio propio de la teología, no chocaban con ella; ni tampoco con el nominalismo, al estar desconectadas de toda visión global de la realidad entera.

A este respecto, ha subrayado también Gilson (29) que, «si bien es exagerado calificar a Ockam de «Hume medieval» —porque si ha habido un hombre cuya filosofía tuviese poco que ver con el poder y la gloria de Dios, fue Hume»—, es indudable, no obstante, que mientras «Santo Tomás de Aquino no podría aceptar el empirismo de Hume sin arruinar por completo su teología; en cambio, la filosofía de Hume podría convivir con la teología de Ockam sin hacerle demasiado agravio. De hecho, un mundo inarticulado, como el del agnóstico inglés, era el más consecuente con la omnímoda voluntad del Dios del franciscano inglés» ... «Así mezclados, empirismo y teologismo constituían una combinación muy explosiva ...»

Pero conviene analizar adónde ha llevado, en el campo jurídico, el discurrir de las ideas por las tres vertientes del pensamiento que acabamos de ver esbozadas a partir de Guillermo de Ockam.

6. Todo teologismo que ahogue la metafísica, inevitablemente arruina con ella la concepción del derecho natural aristotélico-tomista,

(29) Gilson: *ibid,* págs. 109 y sig.

Fundación Speiro

que está basada en la existencia de un orden natural obra de Dios y que nos puede resultar inteligible (aunque sólo lo sea imperfectamente, en parte y progresivamente cognoscible), que nos dota de directrices de carácter muy general y flexibles, aunque imprecisas y provisionales (30).

Al rechazar el derecho natural, el teologismo: o bien, invade el campo jurídico, o, por el contrario, lo abandona, ya sea a un voluntarismo, a un puro intelectualismo racionalista, o bien a un empirismo; pero siempre produce un positivismo, de una u otra especie, y reduce el arte del derecho a una mera técnica dependiente de la política, o a ser sólo el producto de un historicismo o sociologismo cualquiera.

En la historia del derecho y en la actualidad que vivimos, hallamos abundantes intentos en la primera de estas dos direcciones, que hace de la Revelación la fuente principal, si no única, del derecho positivo, estimando que éste debe ser leído directamente de ella, que nos dice lo jurídicamente justo.

Así fue en el período arcaico de la historia de Grecia donde la justicia se manifestó ante todo en una forma teológico-mitológica (31). En otros pueblos los libros sagrados contienen normas de derecho, tales como el Código de Hammurabi, el Antiguo testamento, la Thora judaica y el Corán. Se ha dicho incluso que en el derecho musulmán no debería hablarse más que de una sola fuente: «la voluntad divina, *fons essendi,* de la cual la revelación sería la *fons cognoscendi*». Aquélla, según el derecho musulmán, se revela de diversas maneras; directamente en el Alcorán, dictado por Aláh a su profeta; menos directamente en la conducta de éste, ejemplo seguro a seguir por los fieles o *Sunna;* por una asistencia especial de Aláh a su comunidad, revelada por el consentimiento unánime de ésta, *Uhma;* y, en fín, por deducción o analogía, el *quiyás*. En cambio, el razonamiento generalizador, *ray,* fue rechazado por los musulmanes, temerosos de que criterios meramente humanos suplantaran la Revelación (32).

En el campo cristiano no faltaron tampoco intentos *teologistas,*

---

(30) Villey: *Op. cit.,* I, II, cap. III, A, 2, págs. 129 y sig.

(31) Villey: *Op. cit.,* I, I, cap. I, págs. 16 y sig.

(32) P. José López Ortiz: *Derecho musulmán,* ed. Lebon. Barcelona, 1932, § 3, I, págs. 20 y sigs.

Fundación Speiro

como en el Derecho de Graciano, en el siglo XII, que declaró como la más alta fuente del derecho el contenido en las Escrituras (33). Las deducciones jurídicas sacadas de conceptos teológicos han abundado y aún perduran entre los autores protestantes, y así Erick Wolf (34) sostiene que el derecho natural es un problema específicamente teológico, que tiene como fuente preeminente el derecho divino, en cuanto la Sagrada escritura ofrece «directrices tanto respecto a la ley antigua como a la nueva».

Y el progresismo católico ha efectuado también deducciones de este tipo. Así el P. Chenu (35), tras afirmar que «*l'Eglise vit d'Evangile non de droit romain*» —lo cual sólo es cierto en tanto no se traslade al orden jurídico temporal de los cristianos—, ha considerado convergente el «movimiento de la Historia» con el mesianismo, la «encarnación» y la «redención», y llega a analizar las clases sociales a la luz de su propia concepción del «cuerpo místico» de Cristo.

Santo Tomás de Aquino (36) había opinado de modo muy distinto, tanto respecto de la ley antigua como de la nueva.

De aquélla sólo obligaban a los no judíos los preceptos de la ley natural que contenían.

De la nueva opinó que es *lex amoris, lex fidei, lex perfecta libertatis,* que operaba por consejos morales, que carecen de contenido jurídico en tanto no podemos pretender que se impongan obligatoriamente a nuestro prójimo. Mientras el Señor dejó que los preceptos *iudicialia* «los concretaran los hombres que habrían de tener el cuidado espiritual y temporal de los demás».

Incluso los preceptos del Antiguo testamento que reflejan la ley natural, como son los mandamientos referentes a nuestro prójimo, si bien por una parte la reafirman, por otra, para ser concretados e

---

(33) Villey: *Op. cit.,* I, I, cap. III, págs. 40 y sig.

(34) Erik Wolf: *El problema del Derecho natural,* vers. en castellano, Barcelona, 1960, cap. I, 6.ª, pág. 112 y cap. III, 2 tesis, *in fine,* pág. 215.

(35) M. D. Chenu, O. P.: *L'Evangile dans le temps,* París, 1964, I parte, pág. 30; III parte, pág. 401, y IV parte, págs. 514 y 476 y sigs.

(36) Santo Tomás de Aquino: *Summa...,* I.ª II.ª, q. 98, art. 5, *resp;* q. 107, art. 1, sol. 1 y 3; q. 108, art. 1, resp. 3 y sol. 1 y 4; cfr. ed. cit., vol. VI, págs. 243, 541 y sigs. y 561 y sigs.

Fundación Speiro

individualizados, precisan del complemento del orden natural. Así sucede con el «no matarás», a fin de distinguir la legítima defensa del asesinato, y con el «no robarás», que requiere la precisión de lo que es tuyo, mío y de los demás.

Hoy el teologismo que se observa en el progresismo católico nos llega contaminado, además, por la infección del *modernismo,* «conjunto de todas las herejías» como San Pío X lo calificó en la E. *Pascendi Dominici gregis* (37), y, a través de éste, está intoxicado por las ideologías del mundo moderno, incluídas las *rousseaunianas* (38), *marxistas* (39) y *freudianas* (40). Es un curioso fenómeno de inversión, por el cual el hombre que, por un teologismo, deja de creer en el orden natural, acaba escuchando el oráculo de las nuevas ideologías.

El *modernismo* sustituye la fe, basada en la revelación histórica y en su tradición eclesiástica, por un sentimiento religioso «que se robustece a la par que el progreso de la vida humana» y «con las nuevas experiencias»; y lleva a una evolución en virtud de la cual «en toda religión viva nada existe que no sea variable y que, por lo tanto, no deba variarse». Así, la fe se «naturaliza» y el hombre, con su conciencia personal, y la humanidad, en su «conciencia colectiva», se hacen árbitros de todas las verdades de fe, que adaptan a los «signos de los tiempos».

Por ese camino se ha llegado a las llamadas *teología de la revolución* y *teología de la liberación,* por estimar que para ser buen católico, para vivir el evangelio, uno debe «comprometerse» en la *praxis*

---

(37) Cfr. en VERBO 65-66, *op.* 426 y sigs. el texto íntegro de la *E. Pascendi Dominici gregis,* de 8 de septiembre 1907, y el estudio de Eugenio Vegas Latapie: *El modernismo después de la Pascendi,* págs. 351 y sigs.

(38) Cfr. nuestro estudio: *Intoxicaciones rousseaunianas en las creencias religiosas,* en *Algo sobre temas de hoy,* Madrid, Speiro 1972, págs. 35 y sigs., o en VERBO 91-92, págs. 199 y sigs.

(39) Cfr. en VERBO 107-108, págs. 661 y sigs., nuestro estudio *Cristianismo-marxista,* o en *Datos y notas acerca del cambio de estructuras,* Madrid, Speiro 1972, págs. 89 y sigs.

(40) Cfr., para una crítica del freudismo, el libro de Louis Jugnet: *Adolf Allers, ou l'anti Freund,* París, 1950.

Fundación Speiro

marxista revolucionaria (41); y, como el P. Cardonnel, se ha llegado a afirmar que: «... la Buena Nueva significa hoy la abolición del régimen de clases», «haciendo pasar a todos los hombres del reflejo del viejo hombre, de los reflejos del propietario, al genio, al arte evangélico, al arte divino de la puesta en común.» Aunque para llegar hasta ahí tenga que proclamar la *muerte de Dios,* de «este Dios autócrata, arbitrario, del Ser Supremo», del que asegura «está bien muerto en Jesucristo», y que debe exigirse no una fe cualquiera «sino una fe en la transformación del hombre» (42).

El teologismo, que destruyó la inteligibilidad de la naturaleza, sustituyéndola por nuestra conciencia de las cosas, ha acabado siendo invadido por una conciencia inmanente, completamente desvinculada de las cosas, y ha derivado hacia un nuevo teologismo pero antropocéntrico, e idealista hasta la fantasmagoría.

7. El «teologismo» siempre ha negado el derecho natural, pero si bien en algunos casos ha querido imponer directamente su pauta al derecho positivo, en cambio en otros casos ha tomado el camino de dejarlo a un lado, abandonándolo a la esfera de la voluntad humana. Esta fue la posición de Escoto y de Ockam, aunque sólo en cuanto aquello que no pudiera deducirse de la ley divina. Mucho más total fue la posición de Martín Lutero.

Producida ya la fisura entre la ley eterna y la ley natural por el nominalismo de Ockam, advino la crisis que el profesor Federico de Castro (43) ha calificado como otra de las cuatro principales sufridas por el pensamiento jurídico europeo: la concepción protestante de la independencia completa del derecho positivo humano respecto del divino y natural, expresada por Lutero, diciendo: «Si eres un

(41) Cfr., nuestro estudio en *Cristianismo-marxista,* V, VERBO 107-108, págs. 705 y sigs., los principales textos del «Primer Encuentro Latinoamericano de Cristianos para el Socialismo», de Santiago de Chile, 23 al 30 de abril 1972.

(42) Cfr. en VERBO 107-108, en nuestro estudio, últ. cit., págs. 691 y siguientes.

(43) Federico de Castro: *Derecho civil de España,* parte general, tomo I (3.ª ed., Madrid, 1955), Libro Preliminar, cap. I, I, 1, pág. 15. Cfr. también este texto en VERBO 64, pág. 259.

Fundación Speiro

príncipe, caballero, señor, etc., y tienes gentes debajo de ti y quieres saber lo que te corresponde, no lo preguntes a Cristo, sino al derecho del país, al derecho del imperio; ellos te dirán cómo portarte y valorar a tus súbditos».

La raíz de esta ruptura se halla en el absoluto pesimismo de Lutero acerca de la naturaleza del hombre, caída por causa del pecado original que consideró incancelable: «*la concupiscencia es invencible*». Cristo ha pagado por nosotros y nos ha abierto las puertas del cielo. De ahí, a su juicio, la inutilidad absoluta de nuestras obras, y el que nuestra salvación dependa solamente de nuestra propia fe.

La naturaleza caída incluye el deterioro de la razón humana. Jacques Maritain (44), en «Tres reformadores», refiere y analiza agudamente esta posición que Lutero, en su último sermón predicado en Wittemberg al final de su vida, ratificó de modo estridente: «La razón pura es la gran prostituta del diablo» ... «Merecería, la abominable, que se la relegase en el más sucio lugar de la casa, en las letrinas».

A juicio de Lutero —explica Maritain—: «Se podrá, a lo más, conceder a la razón una función de tipo práctico en la vida en los quehaceres humanos. Pero es incapaz de conocer las primeras verdades, la ciencia especulativa; toda metafísica es un engaño, dice: «*omnes scientiae speculativae non sunt verae, ... scientia, sed errores*».

Así, Lutero —comenta Maritain—: «Liberaba a la inteligencia de la fatigosa y asediante restricción de pensar siempre y pensar lógicamente», y, consecuentemente con este pesimismo anti-intelectualista, elevaba la otra facultad espiritual del hombre, la voluntad, hasta el sentimiento hipertrofiado de «yo», que en él era «un sentimiento de voluntad, de *realización de la libertad,* como lo fue más tarde en la filosofía alemana».

Notemos que si bien Lutero sentía verdadero horror por la contemplación, a la vez que estimaba que las obras carecían de valor para la salvación, en cambio seguraba que éstas «son buenas, inmensamente buenas, hay que decirlo, para la vida presente».

No hay duda, pues, de que Lutero no podía concebir el derecho

---

(44) Jacques Maritain: *Tres reformadores,* I, Lutero, IV; cfr. ed. traducida al italiano por G. Battista Montini, Brescia, 1928, págs. 45 y sigs.

Fundación Speiro

natural en su auténtico sentido —sino tan sólo confundiéndolo con la ley divina, derivada de la Sagrada escritura—. Su desconfianza en la razón humana era incompatible con la posibilidad de que ésta descifrara el orden natural ínsito en la creación. En cambio, igualmente por la lógica de su sistema, no pudo aceptar otras fuentes del derecho que las leyes positivas humanas, pues, a su juicio, los preceptos del Evangelio son demasiado puros para un mundo de seres mezquinos, que, por lo demás, no los respetan.

No cabía, pues, para él, más derecho que el emanado de los príncipes, dotado por ellos de fuerza coactiva, que así pasaba a constituir una pieza auxiliar de la política y a tener como objetivo esencial la salvaguardia del orden público (45).

La autoridad temporal halla, a su juicio, un límite en el respeto de las conciencias, y, por esto, no puede constreñir la fe. En lo demás, dado que la autoridad temporal ha sido fundada por Dios, estimó que la ley divina ordena que obedezcamos al príncipe secular en sus mandatos y a sus leyes. Para Lutero la justicia de la ley no es condición de su validez, que sólo depende de su corrección formal; es decir, de que proceda de la autoridad competente. Así el *mando arbitrario* resultaría la fuente última del derecho. El «*velle*» del príncipe, sería su único origen y su solo fundamento (46).

A este último resultado, por otro camino, había llegado ya Maquiavelo, produciendo otra de las cuatro crisis, causantes de la desorientación de la doctrina jurídica moderna, señaladas por Federico de Castro (47), consistente en la *desconexión entre el derecho y la política,* que el florentino proclamó al afirmar: «Cuando se trata de la salvación de la patria no caben consideraciones sobre lo justo y lo injusto». El príncipe no se considera sujeto a la ética ni al derecho natural, y termina por poner el derecho a su servicio (48).

---

(45) Michel Villey: *Op. cit.*, fasc. III, parte I, cap. I, B y C, págs. 293 y sigs.

(46) Villey: *loc.* últ. cit., págs. 302 y sigs.

(47) Federico de Castro, *loc.* últ. cit., pág. 15.

(48) Cfr. Manuel Fernández Escalante: *El derecho natural entre la «exigencia» ética y el «razonamiento» político;* Ponencia de las I Jornadas Hispánicas de Derecho Natural. Madrid, septiembre 1972, recogida en el

Fundación Speiro

8. Rechazada por el nominalismo la percepción del orden de la naturaleza y habiendo negado Lutero que las relaciones sociales entre los hombres se hallen regidas jurídicamente por la ley divina, resultaba que el derecho ya sólo podría escapar del puro voluntarismo del príncipe —es decir, de quien o quienes detenten el poder— en el caso de que existieran otras vías, a través de las cuales pudiera formularse una regulación racional.

Recordemos que, como antes vimos, una segunda vertiente del nominalismo conducía a rechazar que las *ideas generales* fueran imágenes o retratos o representaciones mentales de alguna cosa real concebible. Pero, como las ideas generales bullen en nuestra mente, resulta necesario buscarles —como ya hicieron Platón y los platónicos— otra significación y un origen diferente de la inducción a partir de las cosas reales, previamente rechazada por el nominalismo. Puesto que discurrimos con ideas, si decretamos que su validez no depende de su concordancia con la realidad, necesitaremos buscarla en nuestra propia conherencia mental.

En una aldea perdida de Alemania, una noche del invierno de 1618, trabajando junto a una estufa, un joven francés de veintitrés años coronaba los sueños y pensamientos con que venía entreteniendo el ocio de su alojamiento, en espera del comienzo de la próxima campaña militar. Había descubierto la geometría analítica, combinando la geometría con el álgebra. No es de extrañar que, como dice Gilson (49): «El vino del entusiasmo intelectual se le subiera a la cabeza»; comprobada la identificación de dos ciencias hasta entonces consideradas distintas, ¿por qué no llegar al límite y decir que todas las ciencias son la misma? Todos los problemas serían solucionados por el mismo método en cuanto eran matemáticos o podían ser tratados matemáticamente».

«El racionalismo nació de un sueño», explica José María Pemán (50) al comentar «Le songe da Descartes» de Jacques Maritain.

---

volumen de sus Actas, «El Derecho Natural Hispánico», ed. Escelicer, Madrid, 1973, págs. 73 y sigs.

(49) E. Gilson: *La unidad de la...*, cap. V, págs. 165 y sigs.

(50) José María Pemán, en *Acción Española,* núm. 87 (mayo 1936), págs. 304 y sigs.

Fundación Speiro

La nueva filosofía «fue hallada por Descartes, no en la zona soleada de un razonamiento, sino en la penumbra de un sueño, de un fenómeno subconsciente». Su método «nos hace entrar dentro de nosotros mismos para encontrar en nuestro interior lo que él llama *naturalezas simples,* o sea, aquellas ideas innatas y átomos de evidencia que Dios ha colocado en nosotros, y cuya certeza depende, no como en Santo Tomás, de su correspondencia con el objeto externo, sino de la garantía y fianza de la misma infalibilidad de Dios, que es quien ha puesto en nosotros estas silvestres semillas de verdad».

Por eso el mismo Maritain (51) había observado que «el pecado de Descartes es un pecado de angelismo», «porque ha concebido el pensamiento humano al modo del pensamiento angélico», *independizado de las cosas,* y como éste: *intuitivo,* respecto al mundo, e *innato,* respecto a su origen.

«El Ángel no razona, no discurre, sólo realiza un acto de intelecto que a la vez es visión y juicio; ve las consecuencias no ya sucediéndose a partir del principio, sino inmediatamente en el mismo principio; no admite la progresiva actuación del saber que constituye el movimento lógico propiamente dicho».

En cambio, nuestro entendimiento, para conocer: *aprehende, juzga* y *razona.* Tres operaciones necesarias por las que nos elevamos de lo concreto a las ideas generales, que así las abstraemos de la realidad. Pero Descartes las simplifica y reduce a la que el llama *intuición,* respecto de la cual el juicio es una operación de voluntad: consentir una idea; y, tras la «intuición», sólo admite otra operación de la razón: la «deducción».

No es, pues, de extrañar que, como fruto ya desgajado de esta concepción, el racionalismo jurídico parta de una serie de postulados y axiomas. Lo malo es que su veracidad es muy discutible, pues se trata de primeras premisas absolutas e indemostrables y de proposiciones usadas como primeras premisas pero que no son absolutas; y que, al ser inteligibles sin necesidad de término medio, sin ayuda de una demostración antecedente, es decir accesibles inmediatamente

---

(51) Jacques Maritain: *Tres reformadores,* II Descartes, II, ed. cit., págs. 75 y sigs.

Fundación Speiro

en sentido psicológico, es fácil que en ellas se reproduzca la confusión de cuestiones lógicas con las psicológicas (52).

Para Descartes las «ideas» son innatas en el hombre como en el ángel: «el conocimiento racional para Descartes es como una *revelación natural*»; «nuestras ideas tienen su regla inmediata en Dios, no en las cosas» ... Por eso rechazó la realidad de los accidentes distintos de la sustancia, pues, «a diferencia del intelecto angélico, la mente cartesiana no alcanza directamente ni la individualidad ni la existencia». Mientras «la evidencia de los antiguos es una propiedad del ser, *fulgor objecti*», la evidencia cartesiana es una evidencia subjetiva, cualidad de ciertas ideas»: «ideas evidentes por sí mismas, perfectamente penetrables por nuestro pensamiento» (53). Todas las demás «deben ser reconducidas o ser eliminadas». Se trata «de hacer fácil la ciencia del hombre como lo es la del ángel», porque «la claridad cartesiana debía sustituir a la verdad comprobada en el ser; la facilidad racional es la manejabilidad de las ideas». Por eso la matemática se erige en reina de las ciencias y en «norma de todo el saber». (54).

Como las matemáticas, el método de Descartes va de las ideas a las cosas; a diferencia del saber clásico que va de las cosas a las ideas. Pero así:

— En cuestiones que deben discutirse en el terreno de los hechos, se comienza por dar como verdad la propia hipótesis mental que debe discutirse.

— Al eliminar de la mente lo que no es claro y distinto, se expulsa de ella algo que también debe ser estudiado.

— Y, como la matemática sólo es exacta en cuanto ciencia de la

---

(52) Así lo ha observado Ives Simón: *La tradición de la ley natural,* Madrid, 1968, cap. 4, pág. 101.

(53) Maritain: *Loc.* últ. cit., 8, págs. 87 y sig.

(54) «Sea que velemos, sea que durmamos, nunca nos debemos dejar persuadir más que por la evidencia de nuestra razón. Y es de subrayar que digo de nuestra razón y no para nada de nuestra imaginación y de nuestros sentidos», escribió Descartes: *Discours de le Mèthode,* cfr. ed. comentada por Gilson, París, 1947, 4.ª parte, pág. 39.

Fundación Speiro

cantidad, da lugar a generalizaciones arbitrarias en cuanto se la aplica a objetos más complejos que la cantidad (55).

Además, como ha observado Marcel de Corte (56), ciertamente «nada hay tan obscuro para nosotros como lo real», mientras que «el mundo de nuestras ideas desvitalizadas es claro y transparente». «Lo que fabricamos en todas sus piezas, lo conocemos perfectamente y sin sombras». Pero esto da lugar a un fenómeno de «alienación», en el cual —insiste el catedrático de Lieja (57)—: «por su ruptura con la realidad, la razón humana emite, en un trance del espíritu, los ectoplasmas que le resultan oportunos, pero que una mirada atenta disipa instantáneamente».

De ahí que, mientras la ciencia del ángel, «aunque independiente de las cosas», «no deforma el objeto que toca»: «la ciencia cartesiana violenta lo real para reducirlo al módulo preestablecido de la explicación «científica». Desde este momento la inteligencia humana se hace legisladora en materia especulativa, manipula el objeto». (58).

Así cobró vida este moderno fenómeno agudamente ironizado por Ihering (59), al recordar cómo desde que Pitágoras sacrificó a los dioses cien bueyes, para celebrar el descubrimiento de su famoso teorema, a cada nuevo descubrimiento, según la conocida sentencia popular, todos los bueyes mugen y tiemblan.

Lo que es justo ya no se lee en el orden natural, sino en nuestra mente, a partir de nuestras ideas *a priori,* de una serie de axiomas primeros de moral racional, de los cuales se trata de obtener deductivamente una serie de reglas de derechos (60).

---

(55) E. Gilson: *Op.* y cap. últ. cit., pág. 174.

(56) Marcel de Corte: *L'homme contre lui-même,* París, 1962, págs. 259 y siguientes.

(57) De Corte: *Op. cit.,* pág. 310.

(58) Maritain: loc. últ. cit., n. 12, pág. 106.

(59) Rudolf von Ihering: *Jurisprudencia en broma y en serio,* Carta sexta, cfr. vers. española, Madrid, 1933, pág. 107.

(60) Descartes: *Discours de la ...,* 6.ª parte, ed. cit., pág. 63, sigue este orden intelectivo: «Primero, buscar en general los principios o primeras causas; después, examinar cuales son los primeros y más ordinarios efectos que pueden deducirse de esas causas; en fin no creer posible al espíritu humano el distinguir las formas o especies de cuerpos que hay en la tierra de otra infinidad que podrían haber».

Fundación Speiro

Este método fue empleado por la escuela moderna del derecho natural, encabezada por Hugo Grocio (61).

Y se produjo así otra de las crisis del pensamiento europeo causantes, según Federico de Castro (62), de la desorientación de la doctrina jurídica moderna, al indicar Hugo de Groot que la ley natural «no dejaría de tener lugar en manera alguna aunque se admitiese —lo que no se puede admitir sin máximo crimen— que no hay Dios o que no se cuida de los asuntos humanos». *Ello abrirá la puerta a las construcciones de derechos racionalistas, desconectadas de la ley eterna.*

Es «la razón autónoma libre de todo vínculo con lo real», suprema creadora de «valores», que De Corte (63) califica de *mito,* «porque una razón que no recibe su contenido inteligible de las cosas *está constreñida a imaginarse* otro, para darse un objeto *ficticio* fabricado por ella.

Para conseguir soluciones viables, este racionalismo jurídico, como ha observado Villey (64), viene obligado a recurrir a *suposiciones* gratuitas; construye, más que sobre axiomas verdaderamente racionales, sobre *postulados* arbitrarios que se insertan subrepticiamente en el cuerpo de la demostración ... «constituído a base de mitos; implica premisas falsificadas; no es sólido más que en apariencia».

Así, cuando la vida social es ordenada a partir de estos mitos y promesas falsificadas, ¿acaso no se sacrifica a ellos la propia justicia, tal como Pitágoras sacrificó a los dioses los cien bueyes?

9. La tercera vertiente del nominalismo, desde la cima de su escepticismo metafísico, la hemos visto orientada hacia las investigaciones experimentales. Sin embargo, para deslizarse por ella hizo falta algo más que la negación nominalista de la realidad de lo universal y de la no admisión de más unidad social que el individuo como unidad numérica.

---

(61) Cfr. Michel Villey: *Op. cit.,* parte V; I, cap. II, págs. 615 y sigs.

(62) Federico de Castro: *loc.* y págs. cits.

(63) Marcel de Corte: *Telle est la loi,* en ITINERAIRES 127, noviembre 1962, págs. 297 y sigs.

(64) Villey: *Op. cit.,* parte V, cap. II, II, págs. 620 y sigs.

Fundación Speiro

El camino fue facilitado por Descartes al escindir el mundo en la *res cogitans* y la *res extensa,* es decir, pensamiento y materia, que —como ha sintetizado Villey (65)— respectivamente representan «el mundo de las *almas,* soporte del pensamiento y de la voluntad, del acto libre» y el «mundo de las cosas inerte, pasivo, sometido a las leyes determinantes de la mecánica».

El universo le Aristóteles, hecho de naturalezas, quedó desplazado por ese universo cartesiano —dice Ives Simon (66)—, que apareció constituido por esa «única cosa enorme: la *res extensa,* cuyas partes y sus disposiciones y redisposiciones son muy aptas para el tratamiento matemático», y que ofrece otra imagen del mundo, en el cual «las consideraciones teleológicas son tan irrelevantes como serían las del color y el gusto en geometría».

Así la naturaleza queda mutilada (67) de:

— las *cualidades* (lo bello, lo justo), que no se admiten científicamente por no ser *mensurables* y sí oscuras e imprecisas.

— las *causas finales,* que tampoco se prestan a los cálculos y, además, presuponen un orden teleológico en una naturaleza no escindida;

— y los *conjuntos sociales naturales,* reducidos a una suma de individuos aislados.

Es posible que tenga razón Mc. Luhan (68) al afirmar la influencia de la imprenta en la creación del universo cartesiano, un universo mental, en el cual la visión por transparencia desde dentro es sustituída por una perspectiva desde fuera de aspectos parciales de la realidad. Universo puramente mental en el que la linealidad lógica avanza olvidando los aspectos indisociables que deja a un lado. Y en el cual todo se disloca, pues «el sentimiento de interacción y transparencia de la trama del ser se esfuma y el pensamiento humano no se siente ya formando parte de las cosas»; su razón «se aisla también

(65) Villey: *Op. cit.,* parte V, *Introducción,* «Descartes», II, págs. 574 y siguientes.

(66) Yves Simón: *Op. cit.,* cap. 3, pág. 67.

(67) Villey: *Op.* y parte últ. cit., *Juicio de conjunto,* págs. 579 y sig.

(68) Marshall Mc. Luhan: *La galaxia Gutemberg,* cfr. ed. francesa, Montreal, 1967, págs. 22, 34, 60, 82, 92, 102, 150 y sigs., 293 y sigs., 300, 306 y sigs. y 326 y sigs.

Fundación Speiro

del tiempo exterior», y la conciencia humana, así aislada, «está siempre en el momento presente». Se olvidan las causas formales, materiales y finales, «el Dios creador y conservador está ausente», en su lugar «hay los sentimientos, las sensaciones, todo lo que causa las sensaciones», que son ordenadas por nuestra mente sin conexión con la realidad. Así se pasó de la «causa» al «análisis y la configuración».

Para lograr esta configuración, *los empiristas imponen un voluntarismo,* en tanto «dejan de tener una actitud auténticamente receptiva de la realidad», como ha subrayado Villey (69): «La experiencia de los sabios modernos, que practican Galileo y Pascal, de la que Bacon comienza a trazar parcialmente la teoría, no es una observación dócil sino una experiencia artificial que obliga, dice Bacon, a la naturaleza a someterse a sus preguntas del hombre y a callarse en lo demás. La ciencia moderna no tiene una representación fiel del mundo ... «los empiristas sustituyen el mundo real por un mundo artificial producto del pensamiento humano», que es como un andamio en el que van colocando sus descubrimientos experimentales.

Hobbes —sigue Villey (70)— emprendió «la obra de transportar a la ciencia social el método de la escuela de Pavia (donde estuvo en contacto con Galileo) descompositivo-recompositivo, que procede primero a la disección de los cuerpos y después a su recomposición. Por el *análisis* y luego la *síntesis.* En lugar de observar los conjuntos y su armonía intrínseca, como Aristóteles» ... «los descompone, los reduce a elementos singulares. Las sociedades son reducidas a sus átomos constitutivos», ... «que vienen a ser los individuos». Seguidamente, a partir de éstos, reconstruye idealmente la sociedad.

«El derecho en Hobbes es extraído del individuo: del individuo aislado, por el análisis científico, de todo orden social preesistente». ... Y «sobre el derecho del individuo se fundamenta todo el edificio social», a través del contrato y el pacto.

Pero así se constituye el Estado a partir de los individuos aislados (71), y de ese modo resulta inevitable —prosigue Villey— que

(69) Villey: *loc.* últ. cit., pág. 579.

(70) Villey: *Op.* y parte últ. cits., II, cap. I, A, págs. 655 y sigs.

(71) Thomas Hobbes: *Leviathan,* vers en francés de François Truaud, París, 1971, cap. XVIII, págs. 179 y sigs.

Fundación Speiro

de ese pacto «nazca Leviatán y por Leviatán todas las leyes en el pleno sentido de la palabra».

10. Llegamos al concepto kantiano del derecho, que:

— en su vertiente individualista y voluntarista, es definido por el mismo Kant (72) como «el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio del uno puede conciliarse con el arbitrio de otro, según una ley general de libertad»; y,

— en su desembocadura positivista, conduce a un poder legislativo ilimitado, ya que es la propia ley la que determina esas condiciones precisas para conciliar la libertad de cada uno con la de los demás; con la particularidad de que —según este autor estima— la coacción impuesta por la ley es considerada por ésta como «un impedimento de un obstáculo de la libertad» (73). Es decir que, por definición, es fuente de libertad, ..., aunque en la realidad pueda ocurrir todo lo contrario, pues el determinarlo queda al arbitrio del Estado, por muy democrático que éste sea.

Este carácter externo y voluntarista del derecho determina que no se busque su fundamento en la ética, que queda relegada a un plano *interno* y jurídicamente irrelevante (74).

De ahí que esta posición kantiana pueda ser tachada de que:

— Arruina el fundamento metafísico de todas las morales trascendentes, que es sustituido por nuestra voluntad autónoma (75).

— Con ella «los hombres no logran construir las instituciones sino de un modo totalmente arbitrario y sin ningún contacto con la realidad» (76).

— El pueblo tan sólo teóricamente decide por sí mismo, pues de hecho lo hacen quienes invocando su delegación determinan la

---

(72) Kant: *Introducción a la Teoría General del Derecho,* § B, *in fine,* cfr. vers. española de González Vicen, pág. 80.

(73) Kant: *loc. cit.,* pág. 83.

(74) Kant: *Loc. cit.,* págs. 56 y sigs.

(75) Paul Roubier: *Théorie Générale du Droit,* 2.ª ed. París, 1971, n. 6, página 42.

(76) Roubier: *Op. cit.,* n. 16, pág. 137.

Fundación Speiro

voluntad legislativa (77); que aun en un régimen democrático se le escapa al pueblo después de hecha la elección (78).

Este útimo aspecto voluntarista fue acentuado por uno de los discípulos de Kant, Johan Gottlieb Fichte, quien para conciliar la *Crítica de la razón pura* con la *Crítica de la razón práctica* al hacer del Ego, «yo», una voluntad que «crea el mundo del sentido y del entendimiento como sustitutivo de una realidad que de otra manera sería ininteligible»; y así, «tal como el Yo ha creado la naturaleza, puede siempre remodelarla y liberarse a sí mismo más y más del límite que se ha autoimpuesto dándole más y más inteligibilidad». Pero, ¿cómo el Yo puede ser el mismo para todos nosotros?: «el acuerdo entre los productos de las voluntades individuales» «es el resultado de Una Eterna Voluntad Infinita que crea el mundo en nuestras mentes y por nuestras mentes» (79).

Nada tiene, pues, de particular que el mismo exaltador del Yo fuera el autor del *Discurso a la nación alemana* que confería al Estado la función de forjar el «mundo nuevo» que, a través de una transformación absoluta del sistema de la educación, desprendería la «Idea», «tierra prometida de la humanidad».

Así, «el Estado en sus instituciones asume cuanto cree moralidad y espiritualidad y lo devuelve luego. «Enseñanza y dirección» recibirán los individuos por medio del Estado» (80).

Tenemos así un primer esbozo idealista del paso del legislar como *velle* al legislar como *facere*.

11. Otro camino paralelo hacia el positivismo legalista fue recorrido por Juan Jacobo Rousseau, quien partió de una idea del

---

(77) Bertrand de Jouvenel: *El poder*, vers. española, Madrid, 1956, cap. XVI, págs. 347 y sigs.

(78) Cfr. Joaquín Costa en *La libertad civil y el Congreso de Juristas Aragoneses*, Madrid, 1883, cap. VI, pág. 167, escribía: «El país elector es el *servum pecus*, sin personalidad propia, que recibe credo y consigna de lo alto, que obedece sin derecho en ningún caso a mandar», y al que una vez efectuado la elección «nada le queda ya que hacer».

(79) Gilson: *Op.* últ. cit., cap. IX, págs. 281 y sig.

(80) Cfr. Heinz Heimsoeth: *Fichte*, vers. al castellano de Manuel L. G. Morente, Madrid, 1944, cap. IV, n. 238.

Fundación Speiro

hombre totalmente contrapuesta a la de Lutero. Si para éste la naturaleza humana estaba caída y nuestra razón deteriorada, en cambio, según Rousseau, los hombres son no sólo originariamente libres e iguales sino naturalmente buenos (81). El paso del estado originario de naturaleza al estado de sociedad es, como en Hobbes, un pacto: el *contrato social,* pero según el ginebrino la soberanía no se delegó en el Príncipe sino a la mayoría.

Como observó Jacques Maritain, en «Tres reformadores» (82):

— «... este mítico contrato social es muy distinto del *consensus* admitido por los antiguos en el origen de la sociedad humana y que era la expresión de una aspiración natural. El contrato de Rousseau tiene su germen en la voluntad reflexiva del hombre, no en la naturaleza, y da origen a un producto de la obra humana ...» ... Es decir, de un *facere.*

— «De ello dimana que la sociedad no tiene por primer autor a Dios, autor del orden natural, sino la voluntad del hombre, y que la producción del derecho civil es la destrucción del derecho natural. Los antiguos enseñaron que la ley humana deriva de la ley natural como una especificación de lo que ésta dejaba indeterminado; Rousseau enseñará que después del pacto ya no subsisten derechos naturales y, en adelante, se aceptará que en el estado de sociedad ningún derecho podrá dimanar sino de la convención de las libres voluntades ...», en virtud de «*la alienación total de todo asociado con todos sus derechos a toda la comunidad*», según expresión del propio Rousseau (83).

— ¿«Dónde queda la libertad»? ... «¡Oh!, he ahí el prodigio». «Cada cual dándose a todos, no se da a ninguno» ... «Así el individualismo puro, en cuanto desconoce la realidad de los vínculos sociales naturales del individuo, desemboca fatalmente, cuando emprende la construcción de la sociedad, a una verdadera estatalotría».

Como sigue observando el mismo Maritain (84), la *voluntad*

---

(81) Rousseau: *El contrato social,* Lib. I, cap. I, II y III, cfr. ed. Barcelona, ed. Sopena, s. f., págs. 3 y sigs.

(82) Maritain: *Op. cit.,* III, Rousseau, V, págs. 185 y sigs.

(83) Rousseau: *Op. cit.,* Lib. I, cap. IV, ed. cit., pág. 17.

(84) Maritain: *Op. cit.,* III, VII, págs. 18 y sig.

Fundación Speiro

general de Rousseau ocupa el lugar que el *bien común* tenía en la política de Aristóteles: «La ley, pues, será definida: *la expresión de la voluntad general, y no ya de la razón, sino que emanará del número*» ... «Según los antiguos, era esencial a la ley el ser justa. La ley moderna no es ya necesario que sea justa para que deba ser obedecida».

Con la Revolución francesa, con el Código de Napoleón, la concepción rousseauniana triunfa. El derecho prácticamente se identificó con la ley, convertida en la expresión de la voluntad mayoritaria del parlamento, a su vez elegido por sufragio universal. Así, hace un siglo, Laurent (85) afirmó: «Cuando se dice que el juez se halla encadenado a la ley, se quiere decir que no tiene derecho a someterla a control, que no le es permitido examinar si se halla en armonía con los principios de lo justo y de lo injusto que Dios ha grabado en nuestra conciencia». Y Liard (86) proclamó que «los artículos del código civil son teoremas respecto de los cuales se trata de demostrar su mutuo enlace, y de exponer sus consecuencias. El Jurista es un puro geómetra ...».

De ahí, sólo mediaba un paso para llegar a la posición de Kelsen (87), para quien la perfecta juridicidad de una norma emanada del poder soberano sólo depende de que su incumplimiento produzca una sanción. El derecho queda aislado, no sólo ya de la teología y de la metafísica, sino de la ética e incluso de cualquier conocimiento de las cosas. El jurista pasa a ser un aplicador de la ley, y ésta es un producto monopolizado por el Estado, que así transforma en derecho todo cuanto dispone, como el rey Midas convertía en oro todo lo que tocaba. Pero, con su *teoría pura del Derecho,* al colocar Kelsen al Estado en el vértice de su pirámide jurídica, sitúa allí —como agudamente observa Kulischer— «la última revolución que ha triunfado»,

---

(85) F. Laurent: *Principes de Droit civil Français,* vol. I, 4.ª ed. Bruselas, París, 1887, n. 30, pág. 66.

(86) Liard: *L'enseignement supérieur en France de 1879 a 1893,* vol. II, 1894, pág. 397 (citado por Antonio Hernández Gil: *Metodología del Derecho,* Madrid, 1945, pág. 58).

(87) Hans Kelsen: *Teoría pura del Derecho, Introducción a la ciencia del Derecho,* Buenos Aires, 1960, cap. III, n. 4, págs. 76 y sigs.

Fundación Speiro

es decir que todo el orden jurídico dependerá de la fuerza que lo imponga. ¡Triste coronación de una construcción científica tan cuidadosamente formulada! (88).

III

12. Desconectado el derecho de un orden natural, que según el nominalismo no existe, y de la ley divina, conforme sostuvo Lutero, quedó convertido en un *velle*. Es un producto de la voluntad, que lo mismo puede brotar —como estimó Fichte— de la razón raciocinante de unos cerebros idealistas, capaces de imponerla, que del arbitrio del Príncipe —del Leviatán, de Hobbes— o de la voluntad popular —que, según Rousseau encarna la razón—. Pero también puede surgir «instintivamente» en la vida de pueblo, como un *agere*. Así la entendió Schelling, para quien «la voluntad es un artista cuyas ideas inteligibles necesitan encarnarse en una realidad material» (89).

Lo que en Rousseau fue la «conciencia» del pueblo, encarnada en la *volonté générale*, y en Fichte fue la voluntad de todos y cada uno de la que resultaba «Una Eterna Voluntad Infinita» que el Estado asumía y nos transfundía, en cambio, para Schelling fue el *Volksgeist*, el «espíritu del pueblo» que éste no delega sino que lo expresa con su actuación espontánea y con su marcha evolutiva. Así, de una parte, se colocaba esta doctrina como «firme muralla defensiva frente a la invasión de las ideas revolucionarias francesas, como vacuna contra el infeccioso peligro de la *volonté générale* que se había mostrado instrumento fecundo de subversión» (90); y, de otra parte, el espíritu de cada pueblo viviente, manifestado en su historia y cultura, era ofrecido como antídoto radical contra el racionalismo (91).

Federico Carlos Savigny (92) aplicó esta concepción al derecho, afirmando que: es «el espíritu del pueblo, que vive y obra en cada

(88) Roubier: *Op. cit.*, n. 9, pág. 72.

(89) Cfr. Gilson: *Op.* y cap. últ. cit., pág. 283.

(90) Federico de Castro: *Op. cit.*, parte III, cap. I, 2, pág. 365.

(91) Enrique Pla y Deniel: *Crítica de la Escuela Histórica*, en «Rev. Jurídica de Cataluña», VI, 1900, pág. 230.

(92) F. C. Savigny: *Sistema del Derecho romano actual*, vol. I, § 7.

Fundación Speiro

uno colectivamente, el que produce el derecho positivo». Pero es un espíritu que se manifiesta que una sucesión de actos, en un *agere,* en un *usus,* que lo expresa; por lo cual, para conocerlo mejor, deben investigarse la historia y costumbres de cada pueblo.

Ahora bien, como hizo notar quien más tarde fue el Cardenal primado Pla y Deniel (93), resulta, como tantas veces, que «la navecilla del pensamiento humano», «en este caso», «para no chocar con los peñascales de Scilla cae en el abismo de Caribdis». El derecho para la Escuela histórica no es un *legere* trascendente al *usus;* ya que con el *agere* no expresa sino el espíritu del propio pueblo.

Cierto que Savigny no desconectó internamente el derecho del orden moral, pero —como correcto luterano— los escindió externamente al negarle a éste fuerza jurídica, siquiera fuese impeditiva, con lo que rechazó el derecho natural propiamente dicho, reservando esta expresión para el denominado *ius gentium* de los romanos. Para él, la costumbre era de por sí verdadero derecho sin requerirse análisis alguno de su racionalidad (94).

Más clara queda esta posición y el influjo luterano en ella, con la exposición formulada por Stahl, que fue el filósofo de la Escuela histórica del derecho. Si bien cree que el orden moral universal debe informar la sociedad humana, en cambio, como el orden jurídico no lo estima erigido inmediatamente por Dios, sino mediatamente por el mandato por El confiado a los hombres, resulta que la validez de éste no resulta de aquella concordancia, sino de su mera positividad a través de la costumbre que expresa la potencia instintiva, la conciencia jurídica de un pueblo (95).

Criterio contrapuesto, en este punto, al expresado por Santo Tomás de Aquino (96) y por los foralistas españoles (97), para quienes

(93) Pla y Deniel: *Loc. cit.,* pág. 229.

(93) *Ibid,* págs. 232 y sigs.

(95) *Ibid,* págs. 237 y sigs.

(96) Santo Tomás de Aquino: *Summa ...,* I-II, q. 97, art. 3, vol., 1: ed. cit., vol. VI, págs. 189 y sig.: «nulla consuetudinem vim obstinere potest contra legem divinam vel legem naturalem».

(97) Así, Durán y Bas: *La escuela jurídica catalana,* en «Estudios jurídicos», Barcelona, 1888, pág. 373; Pla y Deniel, *loc cit.,* pág. 241, nota 3; y Joaquín Costa: *Teoría del hecho jurídico individual y social,* Madrid, 1880, § 31, págs. 239 y sigs.; donde dice de las reglas consuetudinarias que

Fundación Speiro

la validez jurídica de la costumbre era inseparable de su racionalidad. El *agere* debe, para esto, corresponder al *legere* adecuado del orden de las cosas.

Al mero *agere* se atuvo también la sociología de Auguste Compte, «como ciencia de los seres colectivos», pero la aisló de la tradición histórica, al dividir la historia en estados o ciclos de civilizaciones aisladas entre sí: el fetichista, el teológico, el metafísico y el científico. Sin embargo, hacía de la ciencia una sierva de la Humanidad a través de lo que él denominó filosofía positiva (98).

Después, el sociologismo jurídico sólo ha centrado el derecho en la pura facticidad de su vigencia, con lo cual la labor del jurista se concreta al mero estudio de los «hechos sociales», del *agere* social, sin referencia alguna al «orden» o «desorden» que signifiquen. Lo cual ni siquiera garantiza que se mantenga neutro e imparcial el empeño de anticiparse a los nuevos hechos sociales, sin valorarlos en orden a la finalidad humana en su plenitud. La falta de elementos valorativos, al tratar de inducir el derecho de lo fáctico, es algo semejante al imaginario intento del legendario Baron de Münchausen para salir del pantano, sin apoyo, tirando de su propia colcha (99).

13. La escisión cartesiana entre las *res cogitans* y la *res extensa* y la kantiana entre la *razón pura* y la *razón práctica* y, en especial, de la *Una Eterna Voluntad Infinita* de Fichte y la encarnación en la realidad material del *espíritu del pueblo* de Schelling; se ensamblan con Hegel en una visión dinámica y dialéctica. La naturaleza, para él, es un momento dialéctico del proceso de la Idea como saber.

Pero la actualización progresiva de la idea, constructora del mundo, implica la sumisión de los individuos a la unidad del Estado. Así,

«la autoridad legislativa o en su nombre la judicial ha de revisarlas, y si no las encuentra conformes a los principios eternos del derecho debe interrumpirles la posesión, perseguirlas, corregirlas o erradicarlas», Cfr. también nuestro estudio «Plenitud y equilibrio de percepción sensorial en las antiguas fuentes del derecho foral», n. 9, en An. Dr. Aragonés XIV, 1968-1969, páginas 88 y sig. y en A. D. C., XXIII-III, págs. 483 y sig.

(98) Cfr. Gilson: *Op.* últ. cit., cap. X, págs. 292 y sigs.

(99) Cfr. el comentario de Federico de Castro al libro de Josef Esser, «Einfürung in die Grubegriffes des Rechtes und Staates», Viena, 1949, en A. D. C. III-III, julio-septiembre 1950, pág. 774.

Fundación Speiro

para él, «el Estado es la realidad efectiva de la idea ética». Su misión «es realizar la idea en la historia universal» (100).

Lo subjetivo, la conciencia individual, es subsumida en la certeza objetiva que en cada momento posee el Estado, pues éste es la necesaria realización de la voluntad individual. El Estado no es creación del individuo, ni obra de la naturaleza, sino la razón objetivizada, que, por tanto, no necesita ser justificado ni fundado en ningún otro principio (101).

Hay, pues, una presuposición, frente a la historia, de que «la razón rige el mundo» y de que, «por tanto, también la historia se desarrolla racionalmente». Y así lo racional se reduce a ser el puro hecho de «las concepciones culturales y jurídicas dominantes en cada momento» en una sociedad dada (102). Claro que «en tal sociedad —dice Bodenheimer (103)— el derecho se evapora, diluyéndose en una moralidad totalitaria. El derecho pierde su precisión, su racionalidad y su estabilidad, es decir, sus caracteres más esenciales. No cumple ya la finalidad de definir y aclarar los derechos, poderes y obligaciones del individuo. So capa de realizar una idea moral, se somete y da paso al ejercicio arbitrario de un poder autocrático por parte de los gobernantes de la sociedad totalitaria» ...; puesto que: todo lo real es racional y todo lo racional es real, y es el Estado quien a la vez lo determina y lo impone.

Con ese muro choca la crítica de Ihering (104), quien al encararse con la proposición de Hegel «*Todo lo racional es real*» replicaba: «Cuando haya constituciones o normas con las que no me pueda declarar conforme, apelaré sencillamente a mi razón: y si mi adversario invoca su *existencia* divergente de la nuestra, la rechazaré diciendo

---

(100) Hegel: *Philosophie du Droit,* ed. francesa, París, 1949, §§ 137, págs. 147 y sigs., págs. 138 y sig. 257, págs. 190 y 257, págs. 194 y sigs.

(101) Cfr. José María Artola: *Hegel: la filosofía como retorno,* Madrid, 1972, cap. VI, B, pág. 330.

(102) Hans Welzel: *Derecho natural, justicia material, Preliminares para una filosofía del derecho,* Madrid, 1957, IV, 3 pág. 320.

(103) Edgar Bodenheiner: *Teoría del Derecho,* 3 ed. en castellano, México, 1964, V. 16, págs. 101 y sigs.

(104) Ihering: *En el cielo de los conceptos,* en *Jurisprudencia en ...,* cit., págs. 310 y sigs.

Fundación Speiro

que verdaderamente no existen. La verdadera existencia es aquella que coincide con la razón.» Pero la sonrisa se hiela en nuestros labios cuando nos hallamos ante un Estado totalitario —como hoy lo son todos en mayor o menor grado— que nos dice que sólo él es la razón objetivizada, y nos la impone. Así el filósofo del fascismo italiano, el neohegeliano Giovanni Gentile, proclamó que el Estado al «asumir las antinomias sociales en la propia unidad, es antes que otra cosa, *una concezione totale della vita*»; porque «el Estado es la gran voluntad de la nación y, por tanto, su gran inteligencia». Pero, como comenta Gilson (105): «Una *estatalotría* de este género, aunque se vea a sí misma como un antídoto para la ceguera del materialismo es, en relidad, el triunfo de otra ceguera. El Estado ha monopolizado la inteligencia como todo lo demás; de la Gran Inteligencia recibiremos incluso la filosofía ...». También nos suministra el «derecho» que el mismo fabrica. Tiende a monopolizarlo todo ...

14. Tenemos todos los ingredientes del tránsito del legislar como *legere,* pasando por el legislar como *velle,* hasta alcanzar el legislar como *facere.* El Estado asume —conforme Hegel— la realidad del derecho, como desarrollo de una pura idea pretendidamente moral, en pleno voluntarismo jurídico; su voluntad trata de llevar a la práctica la construcción de una sociedad nueva, por un método que combina el idealismo, que le suministra el modelo, y el empirismo, con el que trata de construirlo.

Así quedan abiertas las puertas a cualquier intento de *realizar científicamente cualquier clase de utopías.* Y su fuerza se acentúa hoy hasta el extremo, cuando el Estado se ha inmiscuido en la economía, en la salud, en la educación, en todas las relaciones sociales, con lo cual viene a producirse un panjuridismo de carácter legalista.

«No se trata ya de conocer el mundo, sino de cambiarlo», conforme la conocida frase de Marx.

Surge así la *praxis,* que tanto sirve para destruir lo que se considera contrario al modelo establecido, como para tratar de ir construyendo éste.

---

(105) Cfr. Gilson: *Op.* ult. cit., cap. XI, pág. 335.

Fundación Speiro

Como ha dicho Marcuse (106): «La ciencia de la naturaleza que concibe ésta como un conjunto de instrumentos potenciales, materia del dominio y de la organización, se desarrolla guiada por un *a priori* tecnológico». Pero este *a priori* tecnológico finalmente «es un *a priori* político en la medida en que la transformación, en que las creaciones hechas por el hombre provienen de un conjunto social al que ellas retornan». Por ello, dice, la *neutralidad* de la ciencia y de la técnica se hallan dominadas por un *operacionalismo,* en el cual ambas «obedecen a la misma lógica y a la misma racionalidad: la de dominación».

Así, como ha explicado Marcel de Corte (107): «la sabiduría es eliminada, tanto en el sentido metafísico como en el moral, en beneficio de los modelos rectores de todas las actividades humanas racionalmente capaces de construir un mundo y una humanidad nuevos». Y «la realidad, desmantelada por el análisis intelectual, es recompuesta y rearticulada según otras configuraciones efectuadas en una representación imaginaria, y de las que se adueña la voluntad de poder para construir el mundo que ella quiere dominar». Para esto, toda la actividad intelectual «es puesta al servicio de la producción de modelos que la imaginación propone a la voluntad de poder y que esta tratará de traducirlos en la realidad», ... en una «constante tentativa perpetuamente recomenzada». Así la verdad se transforma en cambio, innovación, reforma, cambio de dirección incluso, y, en todo caso, historia y revolución permanente.

Socialistas-marxistas o nacional-socialistas y tecnócratas han asumido y asumen esta función que sustituye toda *ortodoxia* por lo que hoy se denomina *ortópraxis,* que se realiza manipulando y condicionando los espíritus y las cosas, desmontando éstas y reconstruyéndolas según el modelo preestablecido. Como resultado de esta labor, todo resulta fluido, variable y relativo ... en espera de un futuro maravilloso que nunca llega (108).

---

(106) Herbert Marcuse: *L'homme unidimensionel,* vers francés, París, 1968, cap. 6, págs. 171 y sigs.

(107) Marcel de Corte: *L'intelligence en peril de mort,* París, 1969, cap. I, págs. 53 y sigs.

(108) Cfr. nuestro estudio *Ideología, praxis y mito de la tecnocracia,* Madrid, 1971, III, Parte, cap. I, págs. 79 y sigs.

Fundación Speiro

IV

15. Los crímenes de los Estados soviético y nazi, los fracasos socialistas, y la encrucijada capitalista y tecnocrática ante un desarrollo que no se sabe si llevará al *Punto Omega* o a la destrucción anticipada de la humanidad, aconsejan que nos detengamos a meditar, como lo hicieron tantos juristas al finalizar la segunda contienda mundial, en un momento en el cual los mejores de Europa abandonaron del positivismo legalista o sociológico, que de modo absoluto venía imperando, y proclamaron su creencia en unos principios jurídicos supralegales, objetivos y superiores a la voluntad del Estado (109).

¿Dónde buscarlos?

Villey (110) ha vuelto a repetir la respuesta de Aristóteles (111) y de Cicerón (112): «No queda otro remedio que interrogar a la naturaleza e intentar descubrir el orden que tal vez ella encierra: objetivo, y, por tanto, jurídico». Se trata de buscar la respuesta, tanto ontológica como criteriológica, que ella nos descubra (113).

Pero, para ello, hemos de contemplarla en su plenitud, sin disecar la naturaleza del hombre, ni limitarnos a la naturaleza de las cosas *(Natur der Sache)*, ni circunscribirnos tan sólo a su aspecto estático ni al puro devenir.

Las perspectivas parciales, e incompletas, que no abarcan toda la naturaleza, ni la ven en todos sus aspectos, padecen lo que el Profe-

---

(109) Cfr. Luis Recasens Siches: *Panorama del pensamiento jurídico del siglo XX*, vol. II, cap. 42, B, 1.ª ed. México, 1963, págs. 759 y sigs.

(110) Villey: *Abregee du droit naturel classique*, en An. Phi du Dr. VI, 1961, págs. 47 y sigs., y en *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*, París, 2.ª ed., París, 1962, cap. XII, pág. 150.

(111) Aristoteles: *Etica*, V-VII, cfr. vers. castellana de Pedro Simón, abril, Madrid, 1918, págs. 218 y sigs.

(112) Cicerón: *De Legibus*, I-XVI, 44 y 45; cfr. ed. bilingüe anotada por Alvaro D'Ors, Madrid, 1953, págs. 90 y sigs.

(113) Cfr. Vladimiro Lamdsdorff-Galagane: *Los dos aspectos del Derecho natural, ontología jurídica y criteriología jurídica*. Ponencia de las I Jornadas Hispánicas de Derecho Natural, Madrid, septiembre 1972, recogida en el volumen de sus Actas, ed. Escelicer, Madrid, 1973, págs. 45 y sigs.

Fundación Speiro

sor Michele Federico Sciacca (114) ha calificado de *stupiditá* (estolidez) que consiste —en los mejores casos— en la visión lúcida de sólo una parte, pero considerándola como si fuese el todo o, al menos, haciendo abstracción de todo lo demás.

La naturaleza en su versión tomista y conforme la vieron los juristas-teólogos hispánicos —como nos ha explicado el maestro Elías de Tejada (115)— es «*resultado de la conjugación del poderío divino del Creador con la libertad de las criaturas racionales en la tensión dramática de un destino trascendente entendido por conquista de la naturaleza, que razona, que decide y que asume responsabilidad personal ultraterrena en su acción de decidir dentro de los límites propuestos por la razón que capta el orden universal por Dios querido*».

El hombre no aparece aislado, ni puede ser contemplado en abstracto, sino:

— En sus relaciones de origen y de fin con su Creador, Dios personal, uno y trino.

— Con su naturaleza enferma, pero redimida, con su razón limitada pero no tarada y con su libertad aunque debilitada por la concupiscencia.

— En su sociabilidad, es decir, en relación con su prójimo; integrado en cuerpos sociales: familia, parroquia, oficio, profesión, municipio, comarca, región, Estado, etc.

— En un medio geográfico, económico, político e histórico dado, con todas sus circunstancias concretas; portador de una historia con el legado de una tradición, y moviéndose, actuando, realizando y transmitiendo sus conocimientos y realizaciones.

Esta es la naturaleza, en la que puede y debe leerse el derecho. No es una naturaleza puramente material, ni una naturaleza muerta ni inmóvil. En su dinámica intervienen causas materiales, eficientes, formales y finales. Es racional en cuanto obra del Creador y Supremo Ordenador. Pero en ella incide la inteligencia, voluntad y acción del

---

(114) Michele Federico Sciacca: *L'oscuramento della intelligencia,* Milano, 1970, cap. I, 6, págs. 33 y sigs.

(115) Francisco Elías de Tejada: *Discurso de apertura de las Primeras Jornadas de Derecho Natural,* en «Actas», cits., págs. 17 y sigs. y en VERBO 109-110, págs. 939 y sigs.

Fundación Speiro

hombre con su libertad, por cuyo mal uso puede introducirse el desorden, contra el cual pronto o tarde, pero siempre, ella misma reacciona, con el castigo que en sí misma lleva implícito. Su examen nos muestra las comunidades a las que da lugar el propio instinto de sociabilidad humana y las sociedades que libremente el hombre constituye para la mejor consecución de sus fines. Unas y otras pueden perfeccionarse, deteriorarse o corromperse. Cabe así, rigurosamente, leer y deslindar lo que en ella es orden y lo que es desorden; y se puede decir que ese mismo orden, en cuanto tal, lleva ínsitos unos valores.

La norma jurídica implica siempre la percepción y la determinación de las relaciones entre el fin que debemos perseguir y los medios para alcanzarlo. Su hallazgo es un acto de inteligencia, «facultad de lo real», como dice Marcel de Corte (116), que puede alcanzar el ser de las cosas y el de los actos y deducir su finalidad respectiva de las múltiples relaciones de los componentes que engloba, pues la razón «es la única capaz de descubrir el *orden objetivo de las razones,* tanto en la ordenación de las partes al todo como de los medios al fin». La norma es así un dictamen de la razón, que lee e interpreta de modo tanto más perfecto cuanto más se adueña de las reglas trazadas por la naturaleza, «desposándose con todos sus valores incluídos en estado incoativo y latente en los primeros movimientos espontáneos del ser humano, de modo tal que los conduzca a su punto de madurez, de flexibilidad o de armonía orgánica por un esfuerzo iluminado», que así se hace más natural y más razonable.

16. El derecho natural, como método para hallar soluciones justas, tal como lo entiende hoy el profesor Michel Villey (117), debe repensar sin cesar sus conclusiones de conformidad a los hechos sociales concurrentes. Requiere, pues, una continua búsqueda, que puede resultar más o menos perfecta y fructífera y que, por lo tanto, siem-

---

(116) Marcel de Corte: *Telle est la loi,* en «ITINERAIRES» 127, noviembre 1968, págs. 297 y sigs.

(117) Villey: *La formation de la pensée ...,* I, I, cap. III C. 1, págs. 51 y sigs. y I, II , cap. III C. 1, págs. 51 y sigs.

Fundación Speiro

pre puede ser mejorada, aunque también quepa que se vaya deteriorando y degradando.

No es posible que toda la realidad sea leída por un *trust* de cerebros en un momento dado, y es absurdo que cada generación pretenda recomenzar la lectura, prescindiendo de toda la experiencia acumulada por las lecturas realizadas y vividas por las generaciones anteriores.

Por otra parte, la realidad hay que leerla en toda su pluriforme multiplicidad, hecho por hecho, dato por dato, caso por caso, en cada circunstancia observando cuanto hay de común y de diferente en cada supuesto.

El derecho se va alumbrando conscientemente a medida que deben juzgarse los hechos que ocurren entre los hombres y se trenzan las relaciones humanas. *Ex facto oritur ius*. Este, como nos ha recordado José Pedro Galvao de Sousa (118), «es algo concreto y no un producto cerebral (caldo de cabeza, diríamos nosotros), una idea pura, aunque en aquellos hechos estén encarnadas ideas que mueven al hombre, ser racional, y lo impelen a la acción alumbrando determinados fines».

Así, estos alumbramientos y el cúmulo de experiencias que se van formando, pueden ayudar al jurista para obtener las otras soluciones exigidas por las nuevas circunstancias, en tanto que cuando no requiere mutación es conservado, bien que haciendo los necesarios retoques y adaptaciones.

17. Como Helmut Coing (119), ha reafirmado, la labor del jurista que trata de interpretar el derecho en vigor, es por esencia histórica. Del mismo modo que la historia es el conocimiento de un pasado todavía vivo entre nosotros. El derecho en vigor en un país y en un momento dado casi nunca es de igual fecha. Median entre sus normas diferencias de tiempo enormes; se hallan reglas inventadas

(118) José Pedro Galvao de Sousa: *La historicidad del Derecho y la elaboración legislativa*», cap. I, 5; cfr. vers. en castellano con apéndices de José Antonio Sardina Páramo. Madrid, 1972, pág. 39.

(119) Helmut Coing: *Savigny et Collingwood ou Histoire et Interpretation du Droit,* en «Archives de Philosophie du Droit» 1959, págs. 1 y sigs.

Fundación Speiro

por juristas romanos al lado de otras del siglo pasado o fruto de nuestra propia generación. Dimana de esto que la labor del jurista ha de ser doble. No sólo ha de reconstruir el pensamiento del legislador moderno, sino de quien en su origen antiguo la expresó, ya que aquél sólo la recogió de la tradición existente.

Así el análisis del desarrollo histórico del pensamiento jurídico tomado en un sentido muy amplio y comprendiendo las teorías sociales y morales que han influído en el derecho, forma parte integrante —prosigue Coing— de la interpretación del derecho mismo y, por consiguiente, de una doctrina completa del derecho moderno. La comprobación del pensamiento ordinario del creador de las normas jurídicas constituye el punto de partida de la interpretación de éstas.

Las tradiciones —subraya el mismo Coing— suplen la incertidumbre en que nos dejan los principios de derecho natural. «Por ellas el derecho positivo de un país determinado resulta completo y gana en estabilidad. Por esas mismas tradiciones, por el carácter histórico que ellas le dan, cada sistema de derecho adquiere el carácter individualizado que le es propio».

Por ello, ha dicho Galvao de Sousa (120), que «debemos considerar al jurista como un hombre al servicio de la tradición, entendiéndose la palabra en su sentido etimológico *(de tradare)* como la entrega o transmisión de cierto patrimonio de cultura», «de generación en generación», que «incluye la idea del progreso e incluso es una condición *sine qua non* para que exista el progreso», que sería «imposible sin las adquisiciones de los que nos han precedido». Como el filósofo inglés de la historia Collingwood (121) ha hecho notar, el progreso consiste precisamente en conservar las soluciones de las cuestiones resueltas por las generaciones anteriores y dominar algunas de las que ellas no pudieron resolver. «Si hay alguna pérdida, el problema de contraponer lo que se pierde a lo que se gana es insoluble»; y es absurda la pretensión de resolver todos los problemas a la vez, *ex novo* y sin conocer las anteriores experiencias, como si fuésemos

(120) Galvao de Sousa: *Op.* últ. cit., cap. I, 5, pág. 40.

(121) R. G. Collingwood: *Idea de la Historia*, vers. en castellano, México, 1962, Epilegómenos, 7, pág. 368.

Fundación Speiro

los primeros a quienes se hubieran planteado, despreciando apriorísticamente todas las soluciones anteriores. Tan absurdo como aceptar la letra de las viejas fórmulas sin contrastar las razones, que entonces las fundamentaron, con las variaciones de circunstancias hoy concurrentes, en relación con las que existieron cuando fueron formuladas.

18. La determinación más adecuada a cada situación, o al caso contemplado, debe ser el resultado de una *lectura* efectuada para recoger las conclusiones resultantes de la incidencia de la situación y caso específicos en la órbita del orden natural.

Otras veces, ese orden requiere unas *determinaciones* que, arbitrariamente dentro de ciertos límites, fijen lo que sea justo (circular por la derecha y no por la izquierda; edad de la mayoría, plazo de tal supuesto de prescripción, duración de una condena, etc.).

Y ese mismo orden, que el derecho trata de captar y defender, reclama que estas *determinaciones* y aquellas *conclusiones* se efectúen precisamente por aquella o aquellas personas a quienes competa.

Ahí tenemos el drama de la lectura del derecho, que necesita personas investidas de autoridad reconocida para hacerla, de personas pertrechadas y debidamente formados para extraer, aunque sea de modo incompleto y no perfecto, las conclusiones más adecuadas para el supuesto que las reclame.

Pese a su dificultad, la determinación de esta competencia puede sernos esclarecida por el mismo orden natural.

El profesor Elías de Tejada (122) ha dicho que el derecho natural es la armonía entre la causa primera, es decir, Dios, y las causas segundas. Responde, pues, a la armonía entre lo múltiple y lo uno. No a un dualismo de contrarios en lucha dialéctica. Y en la propia naturaleza se observa, correlativamente, una pluralidad de ordenes. Esta no nos muestra a los hombres aislados, sino agrupados en comunidades sociales naturales: la familia, los denominados cuerpos sociales básicos o cuerpos intermedios, y, en la cima temporal de ese orden, el Estado. Cada uno de dichos cuerpos sociales tiene su competencia respectiva, y todos están ordenados por el *principio de subsidiariedad,*

(122) Elías de Tejada: Loc. últ. cit., en VERBO, núm. 109-110, página 942.

Fundación Speiro

que así también determinan las autoridades a quienes primariamente corresponde realizar, en cada ámbito de competencia, las lecturas del orden de la naturaleza, y, a partir de ellas formular las *conclusiones* y las *determinaciones* precisas.

Notemos la total disparidad, en este punto, de la perspectiva del derecho clásico respecto de las concepciones racionalistas. Las llamadas construcciones «*racionales*», efectuadas por el racionalismo de ayer y por la actual ternocracia, se caracterizan por ser producto de unos pocos cerebros que todo lo predeterminan, y que rechazan como irracional cuanto es producido en un ámbito más reducido de competencia por las demás mentes actuantes en éste. Así, para los actuales tecnócratas —es decir, quienes por Decreto entienden— es racional todo lo que ellos planifican —monopolizando la razón— sustituyendo a todos los demás en el esfuerzo de pensar. Así deciden lo que conviene a todos los súbditos, lo que el labrador debe sembrar, lo que el productor debe producir, lo que el consumidor debe consumir, lo que el maestro debe enseñar, cómo y qué los padres deben hacer estudiar a sus hijos, pues estiman que no estaría debidamente «racionalizado» cuanto aquéllos decidan conforme a su propio saber y entender (123).

En cambio, reconocida la existencia de una pluralidad de ordenes dentro del total de la creación, este mismo orden determina la competencia, que, para interpretarlo y traducirlo de la realidad vivida, corresponde a cada uno de los órganos naturales, es decir, a sus autoridades sociales (124). Así: la *libertad civil* (125) constituye la zona

---

(123) Cfr. nuestro estudio *Ideología, praxis y mito de la tecnocracia,* II parte, cap. V, págs. 61 y sigs.

(124) Cfr. Emil Brunner: *La Justicia,* vers. castellana, México, 1961, cap. XVI, págs. 167 y sigs. Véase también nuestro estudio *Fundamentos y soluciones de la organización por cuerpos intermedios,* en VERBO 80 y 81-82, págs. 979 y sigs. y 111 y sigs. o en *Datos y notas acerca del cambio de estructuras,* Speiro, Madrid, 1972, IV, págs. 209 y sigs. y en *Sociedad de Masas y Derecho,* n. 72, págs. 298 y sigs.

(125) Cfr. nuestros trabajos acerca de la libertad civil: *La libertad civil,* en VERBO 63, págs. 186 y sigs. y en *Contribución al estudio de los cuerpos intermedios,* Madrid, Speiro, 1968, págs. 186 y sigs.; *La libertad civil según los juristas de las regiones forales,* Discurso inaugural del Curso 1967-1968

Fundación Speiro

en la cual una autonomía para deducir las conclusiones y dictar las determinaciones corresponde a los individuos y a la familia. E igualmente cada cuerpo social (colegios profesionales, corporaciones laborales, municipios) tienen su respectivo ámbito de competencia y sus autoridades reconocidas por su prestigio personal y entrega. Así también el pueblo, guiado por sus juristas, en forma de costumbres locales, comarcales o generales, debe poder hacer también sus *lecturas,* formular *conclusiones* y efectuar *determinaciones,* que el legislador debe respetar en cuanto no sean contrarias a la moral o al bien común (126).

Al formular una nueva ley no debe olvidarse que ésta no ha de ser sino la expresión de *conclusiones* dimanantes del orden natural, o la expresión de las *determinaciones* por este mismo orden exigidas. No cabe olvidar que los dictámenes y controversias de los juristas fueron efectuadas por el método de confrontar sus opiniones para hallar la solución más adecuada al supuesto planteado y que la experiencia de las viejas lecturas puede ayudarnos a que resulten más completas nuestras lecturas de la realidad actual. En fin, los jueces y los tribunales de justicia también deben realizar sus lecturas de lo justo, para administrar justicia en el caso contemplado en concreto, pero circunscritas a la más estricta solución de éste.

---

de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación»; *La libertad civil según los juristas de Derecho foral,* en «Anales» de dicha Universidad, vol. 1967-1968, págs. 3 y sigs., y *La llibertad civil y l'estructura federalista,* en AUSA 58-59, págs. 1 y sigs.

(126) Acerca de la distinción de las *conclusiones* y las *determinaciones,* cfr. Aristóteles: *Etica ...,* lib. V, cap. VII, ed. cit., págs. 218 y sigs.; Santo Tomas de Aquino: *Summa ...,* I-II, quaest 95, art. 2; ed. cit., vol. VI, pág. 168; Fray Domingo de Soto: *Tratado de la Justicia y el Derecho,* Lib. I, quaest IV, art. 5, cfr. vers. castellana de Torrubiane Ripoll, Madrid, 1922, vol. I, páginas 104 y sigs.

Fundación Speiro