

XX. LA REBELIÓN CONTRA EL IDEALISMO JURÍDICO

§ 1. *La rebelión contra la trascendencia (Feuerbach)*

Bibliografía: REDING, *Der politische Atheismus* (1957).

TENÍA POCO tiempo de muerto Hegel, cuando el idealismo alemán se transformó en su posición opuesta, el materialismo. Fue el mismo autor de la *Filosofía del derecho* quien preparó el viraje del pensamiento, pues —según anteriormente expusimos— concibió al espíritu divino como un espíritu inmanente desenvolviéndose en la historia universal, con cuya idea desapareció el principio de la trascendencia de la divinidad. Y fue precisamente este espíritu, que aparece cruzando y determinando la trayectoria del mundo, el blanco de los ataques de la izquierda hegeliana: Ludwig Feuerbach (1804-1872) expresó, en relación con este tema, que el espíritu absoluto erraba de un lado a otro en la filosofía hegeliana como un espectro, habiendo sostenido que la verdadera realidad es la materia sensible: lo suprasensible es una pura fantasía del hombre, un reflejo de sus ansias de felicidad (*La esencia del Cristianismo*, 1841). Mediante este razonamiento, la crítica hegeliana de Feuerbach concluyó en un ateísmo materialista.

La rebelión contra la trascendencia condujo lógicamente a la negación de la realidad de las ideas objetivas. En la primera de las cartas que se han conservado de Karl Marx (1818-1883), de 10 de noviembre de 1837, se encuentran las siguientes palabras: “Del idealismo [de Hegel] pasé a buscar la idea en la realidad misma.”¹ Un segundo blanco del ataque al sistema del maes-

¹ MARX, *Die Frühschriften* (Kröners Taschenausgabe, 1953).

tro fue la tesis de que todo lo real es racional, y su consecuente afirmación de que el Estado es la realidad de la idea ética; la izquierda hegeliana sostuvo que esa idea del Estado era la prueba de "la mentira del principio", pues se encontraba en abierta contradicción con las condiciones sociales y económicas reales de la época. La acertada crítica de la realidad política de aquellos años, unida a la crítica de la religión que Marx tomó de Feuerbach, constituye la raíz que permite comprender el *pathos* del marxismo. Así se desprende de las primeras palabras de la *Crítica de la filosofía del derecho de Hegel*, escrita por Marx entre 1843 y 1844: "El fundamento de la crítica religiosa es: el hombre hace la religión, la religión no hace al hombre. La religión no es sino la conciencia y el sentimiento que de sí posee el hombre, que o bien no se ha encontrado a sí mismo o se ha perdido nuevamente. Pero el hombre no es un ser abstracto, situado más allá del mundo. El hombre es el mundo del hombre, el Estado, la sociedad. Este Estado y esta sociedad producen la religión, una conciencia subvertida del mundo, porque ella misma es un mundo subvertido. La religión es la teoría general de este mundo, su compendio enciclopédico, su lógica en forma popular..., su consuelo y su justificación general. Es la realización fantástica de la esencia humana, porque la esencia humana carece de verdadera realidad. La lucha contra la religión es, al mismo tiempo, la lucha contra este mundo, del que la religión es el aroma... La religión es el opio del pueblo.² La supresión de la religión, felicidad ilusoria del pueblo, es la condición para su felicidad real. La exigencia para disipar las ilusiones que se refieren a nuestra propia condición es la exigencia para eliminar a un Estado que necesita de esas ilusiones. La crítica de la religión es, en consecuencia, la crítica del valle de lágrimas, del que la religión es su reflejo sagrado... En consecuencia, la misión de la historia consiste en establecer la verdad de este mundo, después de disipar la supuesta verdad del más allá. De ahí que el deber de la filosofía, que está al servicio de la historia, consista, una vez desenmascarada la imagen santa que representa la propia enajenación del hombre, en desenmascarar esta enajenación bajo sus formas profanas. La crítica del cielo se convierte en la crítica de la tierra, la crítica de la religión en la crítica del derecho, la

² La fórmula *la religión es el opio "del pueblo"* es una deformación de la primitiva doctrina.

crítica de la teología en la crítica de la política.” Marx piensa —según el párrafo transcrito— que la religión crea un hermoso mundo aparente sobre una triste realidad, de lo que concluye que es urgente destruir esa fantasía, a fin de poder transformar la realidad social. Pero este reproche apenas si toca a la antigua religión de la ciudad,³ no así a la religión de Cristo, ya que, en efecto, el Cristianismo nunca ha idealizado la realidad, sino, por el contrario, la ha flagelado por corrupta y ha exigido el perfeccionamiento del hombre. En consecuencia, la religión cristiana no solamente no es opuesta a una transformación de la realidad social para hacerla compatible con la esencia del hombre, sino, a la inversa, demanda ese cambio con fundamento en el amor al prójimo.

§ 2. *El derecho como ideología de la clase dominante (Marx)*

Bibliografía: MAX ADLER, *Studien zur Geistesgeschichte des Sozialismus* (1914). — KELSEN, *Sozialismus und Staat* (1920). — LÖWITZ, *Von Hegel zu Nietzsche* (2ª edición, 1950). — LANDSHUT, *Einleitung zu Marx, Die Frühschriften* (1953). — POPITZ, *Der entfremdete Mensch* (1953). — H. KLENNER, *Der Marxismus-Leninismus über das Wesen des Rechts* (1954). — RAMM, *Die grossen Sozialisten* (1955), vol. I. — B. KAUTZKY, *Probleme des Marxismus, Die Zukunft* (1954), pp. 355 y ss.; (1955), pp. 14 y ss.

Es universalmente sabido que Marx sostuvo que el derecho es la “ley de la voluntad” de la clase dominante y que su contenido está determinado por las “condiciones materiales de vida” de esa misma clase.⁴ Esta tesis es consecuencia de su doctrina general, según la cual, la vida espiritual es una simple superestructura de las condiciones concretas de la producción (ver p. 291).

“Con las condiciones de vida de los hombres, con sus relaciones sociales, con su existencia social, se transforman también sus representaciones, concepciones e ideas, en una palabra su conciencia. ¿Qué otra cosa demuestra la historia de las ideas sino que la producción intelectual se transforma al cambiar las condiciones materiales de la producción? Las ideas predominantes de cada época han sido siempre las ideas de la clase domi-

³ Compárese lo dicho por NIETZSCHE en *El origen de la Tragedia* (1872).

⁴ *Manifiesto del Partido Comunista*.

nante.”⁵ Marx intentó salvar la objeción que inmediatamente parece elevarse, consistente en que el cambio de las condiciones económicas produce la modificación del derecho económico, pero no la transformación de la totalidad del orden jurídico, diciendo que las ideas de libertad religiosa y de conciencia no son otra cosa que “el imperio de la libre concurrencia sobre la conciencia”. Sostuvo además el pensador de Tréveris que no solamente las verdades jurídicas, sino también “todas las verdades eternas” serán superadas en la revolución comunista, que habrá de suprimir la propiedad privada sobre los elementos de la producción, sustituyéndola por la propiedad socializada.⁶

La concepción marxista se desploma con sólo considerar que no existe argumento alguno en favor de la tesis de que la esencia de lo humano tiene solamente una raíz social y ninguna individual. Pasa asimismo por alto el marxismo que la obra y el pensamiento creadores no son la obra y el pensamiento de lo social, sino de hombres individuales; más aún, la economía social presupone necesariamente al hombre individual pensante y planeante. La única obra de la sociedad es la ejecución del pensamiento del hombre individual.

Para lograr el fin de la socialización de los elementos de la producción, Marx se propuso dejar de lado el mundo individual del hombre, transformando a éste en un simple *miembro de la especie*. Dentro de este propósito y en el poco estudiado pero importantísimo escrito *Bruno Bauer, la cuestión judía*, publicado en 1845, combatió la idea de los derechos del hombre; en él se dice que la idea de los derechos del hombre proviene del Cristianismo y consiste en que “cada hombre vale como una esencia soberana”, razón por la que existe un dualismo entre “la vida individual y la vida de la especie”. La Revolución Francesa hizo de la idea de los derechos del hombre la base de la democracia política, distinguiendo entre el hombre como ser político y su esfera individual de libertad. Los derechos del hombre —continúa explicando el autor de *El capital*—, ya sean las libertades de conciencia y de creencias, ya la libertad personal o el derecho de propiedad privada, conciben al hombre como “una mónada aislada y recogida sobre sí misma”, de tal manera que otorgan al individuo recogido sobre sí mismo un derecho al aislamiento; el de-

⁵ *Manifiesto del Partido Comunista*.

⁶ *Ibidem*.

recho mismo de la seguridad no es sino "el aseguramiento del egoísmo. Ninguno de los llamados derechos del hombre se eleva sobre el egoísmo humano, sobre el hombre que vive en la sociedad civil recogido dentro de sí mismo, atento tan sólo a su interés particular y a su arbitrio y que es, en realidad, un individuo aislado de la sociedad. Lejos de concebir al hombre como miembro de la especie, la vida de ésta y la sociedad misma aparecen como un marco externo al hombre, como una limitación a la primitiva independencia". Y todavía añadió el creador de la concepción materialista de la historia: "El hombre no quedó liberado de la religión, pero recibió la libertad religiosa. No quedó liberado de la propiedad, pero recibió la libertad de la propiedad. No quedó liberado del egoísmo de la industria, pero recibió la libertad de industria."

Ahora bien, como Marx concibe al hombre originario como un simple miembro de la especie, sus conclusiones son las siguientes: "Solamente cuando el hombre individual real absorba al ciudadano abstracto y cuando su vida empírica, su trabajo individual y sus relaciones individuales le transformen otra vez en miembro de la especie, solamente cuando haya reconocido y organizado sus *forces propres* como una fuerza social, solamente entonces se consumará la emancipación humana." Estas palabras recuerdan la ya citada fórmula de Hegel: "La comunidad suprema es al mismo tiempo la libertad suprema (ver p. 249). La concepción marxista se encuentra ratificada en los *Manuscritos de París*: "La supresión positiva de la propiedad privada, como apropiación de la vida humana, es la supresión positiva, quiere decir, el retorno del hombre de la religión, de la familia, del Estado, etcétera, a su existencia humana, que es su existencia social." ⁷ En el fondo de estas ideas se encuentra la afirmación de que el hombre se halla "enajenado" y de que el capitalismo, al considerar al salario como una mercancía, rebajó la dignidad del trabajador. ⁸ Marx creía, además, que también la familia, el Estado y la religión habían contribuido a la enajenación del

⁷ RAMM, *Die künftige Gesellschaftsordnung nach der Theorie von Marx und Engels*. Colección *Marxismusstudien*, segunda serie.

⁸ Así en la encíclica *Rerum novarum* de León XIII (mayo 15 de 1891), número 32: "No existe diferencia alguna en lo que concierne a las dignidades del hombre entre el rico y el pobre, el señor y el sirviente, entre el príncipe y el súbdito. No debe quedar sin castigo fuerza alguna que lesione la dignidad humana."

hombre, apartándole de su verdadera esencia como "ser social".

La oposición entre lo social y lo individual podrá únicamente superarse en el orden futuro de la sociedad sin clases, en el que la sociedad concederá al hombre el tiempo libre necesario para su propio desenvolvimiento; se lograría entonces que la fuerza productiva creada en el hombre actuaría nuevamente sobre la producción social.⁹

De la exposición que antecede se deduce que el socialismo democrático (respetuoso de la libertad), que reconoce el valor de los derechos del hombre, no puede derivar de la filosofía de Marx,¹⁰ lo que no excluye que esté fuertemente influenciado por el marxismo en los campos de la sociología y de la teoría económica — temas en los que no podemos entrar porque nuestra investigación tiene como materia a las doctrinas filosóficas. El socialista austriaco Max Adler (ver el escrito que citamos en la bibliografía) ya había hecho notar la independencia del socialismo de Kant y Fichte. Y conviene también señalar que la política social exigida por el socialismo democrático ha recibido asimismo la influencia de Robert Owen (1771-1858) y de Karl Vogelsang (1818-1890),¹¹ así como de la encíclica *Rerum novarum* [ver nota 8].

En contraste con el socialismo democrático, el profesor de Berlín Oriental, Hermann Klenner (ver el escrito citado en la bibliografía) define al derecho como "la totalidad de las reglas de conducta (normas) decididas por la voluntad de la clase dominante, decretadas y sancionadas por el poder del Estado y cuyo mantenimiento y aplicación quedan asegurados por el poder coactivo, a fin de fortalecer y desarrollar *las relaciones sociales satisfactorias y ventajosas para la clase social que tiene en sus manos la dirección del Estado*". Dentro de esta definición no tienen cabida los derechos fundamentales del hombre.

⁹ RAMM, *Obra citada*, pp. 101 y ss. Así se encuentran numerosas citas de Marx.

¹⁰ B. KAUTSKY, *Probleme des Marxismus, Die Zukunft* (1954), hace notar que Marx propuso algunas correcciones para la aplicación práctica de su doctrina; pero una modificación de sus principios filosóficos fundamentales, tomada del pensamiento de la burguesía radical — hasta donde yo puedo ver —, no está demostrada.

¹¹ Consúltese KNOLL, *Die soziale Frage und der Katholizismus* (1931).

§ 3. *El derecho como expresión de la voluntad de poder* (Nietzsche)

Bibliografía: BÄUMLER, *Nietzsche, der Philosoph und Politiker* (1931). — JASPERS, *Nietzsche* (1936). — KASSLER, *Nietzsche und das Recht* (1940). — WÜRZBACH, *Das Vermächtnis Friedrich Nietzsches* (1940).

No obstante que Marx y Nietzsche se encuentran colocados en dos polos opuestos, ya que el primero era un socialista radical y el segundo un individualista también radical, sin embargo coinciden en la negación de un mundo trascendente; los dos son monistas radicales. Coinciden asimismo los dos pensadores en la lucha contra Platón, contra el Cristianismo y contra toda moral absoluta. Pero en tanto Marx admitía la existencia de una ley inmanente al mundo (ver p. 251) Friedrich Nietzsche (1844-1900) sostuvo que solamente el débil cree que pueda obtenerse un sentido del mundo, siendo así que el fuerte tiene conciencia de que él es quien imprime su sentido al mundo: "Quien carece del poder para imprimir su voluntad en las cosas, aquel que no posee ni voluntad ni fuerza, imprime por lo menos un sentido en ellas, en la creencia de que las cosas poseen una voluntad. Un excelente termómetro para medir el grado de la voluntad de poder es el saber hasta qué punto podemos prescindir del sentido de las cosas, hasta qué punto se soporta vivir en un mundo que carece de sentido: porque se organiza un pequeño trozo de ese mundo." ¹²

Nietzsche desarrolló una filosofía moral propia. Su punto de partida es la afirmación de que cada moral es el sistema de valoraciones exigido por un ser humano. ¹³ Y como al concepto del ser vivo pertenecen el crecer y la consecuente destrucción de las fuerzas extrañas, ¹⁴ la vida es necesariamente voluntad de poder; de ahí que Nietzsche reconozca únicamente valores naturalistas, ¹⁵ esto es, aquellos valores que se desprenden de la esfera

¹² NIETZSCHE, *La voluntad de poder*, § 582 A. — Las citas están tomadas de la edición de Leipzig (Kröner Verlag).

¹³ *Ibidem*, § 256. — En este mismo sentido KARL SCHLECHTA, en su edición de las Obras de Nietzsche, t. III, p. 925.

¹⁴ *Ibidem*, § 728.

¹⁵ *Ibidem*, § 462.

biológica. Cada valor no es otra cosa que un “*quantum de poder*”.¹⁶

El biógrafo de Zaratustra dividió los sistemas morales hasta entonces elaborados en dos grandes tipos, en la moral de los señores y en la moral de los esclavos:¹⁷ El primero considera valioso todo lo que es útil a los hombres distinguidos y fuertes; entre sus valores se cuentan el orgullo, la riqueza, el lujo y el temple, lo que equivale a decir, la *virtù* — según el concepto de Maquiavelo. Los débiles y los villanos, los que en la vida se quedan cortos, claman también por los valores que les son útiles, pero éstos son la humildad, la benignidad, la piedad, la paciencia y la misericordia. Nietzsche reprochó a los profetas judíos haber elevado a la categoría de universales los valores de los débiles y los oprimidos, con el consecuente derrumbamiento del orden aristocrático de los valores: lo bueno es igual a distinguido, fuerte, hermoso, feliz, amado de los dioses. La “rebelión de la moral de los esclavos” es una auténtica tiranía, pues a través de ella, un grupo humano determinado impuso sus condiciones de vida a otro grupo, que, por su parte, conducía una vida bien distinta.¹⁸ El resultado de este proceder ha sido el debilitamiento de la vida, ya que las máximas del rebaño de los débiles empujan y masifican a la clase de los fuertes, rebajándola al nivel del rebaño de aquéllos y provocando la degeneración del estamento de los fuertes.¹⁹ Fácilmente se descubre en los anteriores conceptos un renacer del pensamiento de Calicles (ver p. 42).²⁰

La crítica de la moral de su época condujo a Nietzsche a sustituir el mundo moral de los valores con un mundo naturalista, en el que los valores se ordenan según su grado de poder.²¹

Conviene hacer notar que el presupuesto de esta nueva jerarquía de los valores es la guerra, pues en un ordenamiento de las fuerzas, necesitan éstas medirse constantemente, a fin de conservar y ratificar su rango.

¹⁶ *La voluntad de poder*, § 713.

¹⁷ *Más allá del bien y del mal*, § 260.

¹⁸ *La voluntad de poder*, § 315.

¹⁹ *Ibidem*, § 874.

²⁰ Consúltese la exposición de MENZEL, *Calicles*, en: *Zeitschrift für öffentliches Recht* (1922), vol. III, pp. 1-84.

²¹ *La voluntad de poder*, § 865.

La filosofía del derecho armoniza plenamente con estos principios generales: puesto que Nietzsche rechazó —según anteriormente explicamos— la idea de un orden ético universal, en su doctrina jurídica no podían tener cabida ni la idea del derecho ni el derecho natural; más bien debe decirse que —igual que en Hobbes y Spinoza— todo el derecho objetivo descansa sobre el poder.²² El Estado nace de la conquista y del sometimiento de los hombres: una manada cualquiera de animales de presa rubios, una raza de conquistadores y señores organizados para la guerra y con capacidad organizadora, sin conmiseración alguna extiende sus zarpas sobre otra población, tal vez más numerosa, pero informe y titubeante en su acción. Así principió el Estado sobre la tierra; pienso —expresa en la *Genealogía de la moral*²³— que está superada aquella fantasía que buscaba su origen en un contrato. Además, lo justo y lo injusto nace por primera vez con las leyes del Estado; sin ellas, nada puede ser injusto, pues “la vida es violenta, destructora y explotadora en sus funciones esenciales”.²⁴ Las épocas de paz son situaciones excepcionales, etapas de preparación de unidades de poder más grandes y fuertes, pues la vida es voluntad de poder y, por naturaleza, todas las fuerzas están siempre dirigidas en contra de otras; de ahí que no pueda existir un orden jurídico universal, sino tan sólo uniones de poder; un orden jurídico universal suprimiría la voluntad de poder y destruiría la vida.²⁵

Dentro de la filosofía de Nietzsche no hay lugar para *la idea de la humanidad* como un todo: lo que se presenta a nuestra mirada es “una pluralidad de procesos vitales ascendentes y descendentes”.²⁶ Tampoco existen los derechos del hombre; igual que Marx, Nietzsche reprochó al Cristianismo su proclamación: “El Cristianismo creó derechos eternos contra todo lo temporal y condicionado. ¡Qué Estado! ¡Qué sociedad! ¡Qué leyes históricas! ¡Qué fisiología! Aquí habla un más allá del devenir, un inmutable en la historia, un inmortal, un espíritu divino.”²⁷

El Estado, sin embargo, no es un fin en sí mismo, sino un

²² *La voluntad de poder*, § 120.

²³ *Genealogía de la moral*, parte II, § 17.

²⁴ *Ibidem*, parte II, § 11.

²⁵ *Ibidem*, parte II, § 11.

²⁶ *La voluntad de poder*, § 339.

²⁷ *Ibidem*, § 765.

medio en tanto aparecen los futuros señores y legisladores de la tierra.²⁸ Este mismo pensamiento está reproducido en el proyectado libro *Sobre el Estado griego*: la finalidad de éste era “la existencia olímpica y la creación y preparación constante del genio”, delante del cual “todos son instrumentos, elementos auxiliares y posibilidades”, pues la cultura tiene que elevarse sobre la esclavitud. A la luz de estas ideas deben interpretarse las tan discutidas frases de *Zaratustra*, colocadas en el capítulo *Los nuevos ídolos*: “Ahí donde el Estado termina, ahí principia el hombre, aquel que no es superfluo; ahí donde el Estado termina, ¿no veis el arco iris y el puente del superhombre?” Este pasaje no debe interpretarse en el sentido de un reconocimiento general de la dignidad humana, pues Nietzsche opuso el superhombre a la masa de los restantes hombres; expresamente dice, en relación con este tema, que “el fin no es la ‘humanidad’, sino el ‘superhombre’.”²⁹ Y el superhombre es designado con el nombre de ‘el animal caudillo’.³⁰ Es un monstruo alegre que ha regresado a “la irresponsabilidad de la conciencia del animal de presa”.³¹

La crítica de esta doctrina resulta innecesaria. Podemos conformarnos con la constatación de que ningún escritor ha deformado tanto la naturaleza del hombre como el genial y exaltado biógrafo de *Zaratustra*.

Sin embargo, el estudio de los escritos de Nietzsche —igual que el de los de Kant— es altamente ilustrativo, pues a través de su lectura llegamos a la conclusión de que la esencia de la moral y del derecho se pierde tan pronto se ignora la existencia de un *germen humano común* siempre idéntico en el discurrir histórico de las figuras y de sus ropajes: si se reconoce la existencia de ese germen común, se advierte de inmediato que los hombres están unidos por su naturaleza común, pero si se niega esta naturaleza común, la moral y el derecho se hunden y caen en la moral y el derecho de un grupo, haciendo imposible la unidad ética universal. Pero mientras Nietzsche consideraba a la moral de grupo como una situación “permanente”, Marx por lo menos creía que podía superarse esa situación en la “sociedad sin clases” del futuro.

²⁸ *La voluntad de poder*, § 954.

²⁹ *Ibidem*, § 1001. — SCHLECHTA, t. III, p. 440.

³⁰ *Ibidem*, § 956. — SCHLECHTA, t. III, p. 451.

³¹ *La genealogía de la moral*, parte II, § 11.

§ 4. *La irrupción del positivismo*a) *En Inglaterra*

Bibliografía: AHRENS, *Das Naturrecht oder die Rechtsphilosophie* (1846), pp. 27-38. — O. KRAUS, *Zur Theorie des Wertes. Eine Bentham-Studie* (1901). — ALF ROSS, *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis* (1933), pp. 116 y ss., y 189 y ss. — KEETON y SCHWARZENBERGER, *J. Bentham and the law* (1948). — FRIEDMANN, *Legal theory* (3ª edición, 1955), pp. 211-219.

El primer escritor que combatió los principios teóricos fundamentales de la doctrina racionalista del derecho natural fue David Hume (1711-1776). En sus obras, *Treaties of human nature*, publicada entre 1739 y 1740, e *Inquiry concerning the principles of moral*, que vio la luz en 1751, sostuvo la tesis de que de la razón no pueden desprenderse los principios fundamentales de las acciones humanas — según creían Hobbes y Locke.

La razón puede, en todo caso, proporcionar los *medios* necesarios para alcanzar un determinado fin, pero los fines humanos no son creados por la razón, sino por nuestros deseos o mediante convenciones. En el pensamiento de Hume ya no subsiste —como en Aristóteles y Santo Tomás— la unidad orgánica entre las disposiciones y aptitudes naturales y la razón, factores ambos que en su unión nos conducen hacia determinadas finalidades objetivas, sino que todos los valores, creados por las personas individuales o por la sociedad, son deducidos de la utilidad.

Jeremy Bentham (1784-1832) continuó el desarrollo de las anteriores ideas. En sus ensayos *A fragment of government*, que se publicó en 1776, e *Introduction to the principles of morals and legislation*, que proviene del año 1789, luchó tanto contra la filosofía moral de Shaftesbury y de Hutcheson, para quienes la moral se fundaba en el sentimiento moral, como contra la doctrina historicista del derecho natural de Blackstone, escritor que sostuvo que el derecho inglés de su época era una corporificación del derecho natural (*ver p. 223*). Bentham reprochó a las dos doctrinas citadas que se apoyaran en juicios puramente *subje-*

tivos, carentes de una fundamentación objetiva. Con particular energía combatió la tesis del nacimiento contractual del Estado y la doctrina de los derechos naturales, calificándolas de simples "fantasmas"; en abierta oposición, sostuvo que los derechos subjetivos solamente pueden ser creados por el legislador, ya que consisten en simples *espectativas* de determinadas ventajas.³² Con esta conclusión, se anticipó Bentham a la concepción sociológica del derecho de Max Weber³³ y Fritz Sander,³⁴ quienes también concibieron a los derechos subjetivos como una *chance*, consistente en poder exigir, bajo determinados supuestos, una cierta acción del Estado, a fin de obtener un bien o una prestación.

b) En el Continente Europeo

Bibliografía: DILTHEY, *Das Wesen der Philosophie* (1907). *Gesammelte Schriften*, v, p. 360. — SCHÖNFELD, *Grundlegung der Rechtswissenschaft* (1951), pp. 510 y ss. — WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1952), p. 253. — FRIEDMANN, *Legal theory* (3ª edición, 1953), pp. 43 y ss.; 211-219.

De la doctrina de Ludwig Feuerbach, según la cual las imágenes intelectuales no son sino creaciones libres del hombre, su discípulo, Ludwig Knapp, desprendió para la ciencia del derecho la tesis de la inexistencia, tanto de una idea objetiva del derecho cuanto de un derecho natural. Según Knapp, no puede existir un contenido jurídico inmutable: expresamente subrayó que la jurisprudencia "recibe sumisamente su materia de una fuerza exterior y que nuevamente la pierde por la acción *de esa misma fuerza*";³⁵ lo permanente —dice Knapp— no es el contenido, sino "la corteza, quiere decir: la forma del derecho".

Adolf Merkel (1836-1896), en su artículo *Sobre las relaciones entre la filosofía del derecho y el derecho positivo y la parte*

³² BENTHAM, *Works*, t. 1, p. 308: "The idea of property consists in an *expectation* — in the persuasion of power to derive certain advantages from the object... But this expectation... can only be the work of the law."

³³ WEBER, *Rechtssoziologie* (ver p. 292).

³⁴ SANDER, *Das Recht*, en: *Zeitschrift für öffentliches Recht* (1932), vol. XII, pp. 1 y ss. — Consúltese DOLP, *Die Rechtslehre Fritz Sanders*, en: *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (1953), vol. v, pp. 192-225.

³⁵ KNAPP, *System der Rechtsphilosophie* (1875), p. 239.

general de éste, siguió las anteriores ideas;³⁶ en ese trabajo desarrolló el programa del positivismo jurídico; insistentemente combatió todo género de metafísica, incluyendo dentro de ella a la idea del espíritu del pueblo; su concepción monista de la ciencia del derecho, tomada de la ciencia de la naturaleza, excluyó toda posibilidad de un orden jurídico normativo superpuesto al derecho positivo.

También la Ciencia de las Pandectas se inclinó delante de la corriente positivista. El clásico de esta disciplina, Bernhard Windscheid (1817-1892), pretendió excluir de sus exposiciones toda consideración ética, política y económica. Según el ilustre pandectista, cada orden jurídico es un sistema cerrado y soberano. Así nació la jurisprudencia conceptual, que pretendió resolver las cuestiones jurídicas deduciendo lógicamente la conclusión del mismo sistema jurídico, con exclusión de cualquier consideración finalista.

Paul Laband (1838-1918) hizo notar en la segunda edición de su obra *El derecho público del Imperio Alemán*, que proviene del año 1887, que el fin "yace más allá de la institución en la que debe ser realizado; más allá de los límites conceptuales de los medios que deben realizarlo". En otro párrafo de la misma obra expresó el catedrático alemán: "Desde que Ihering juzgó necesario explicar detenidamente que las instituciones jurídicas no existen... por sí mismas, sino que toman su origen en exigencias prácticas y sirven fines racionales, ha surgido la moda de enviar la mirada ondulante en la lejanía, en busca del momento finalista... Pero es posible determinar precisa y completamente los caracteres de cada concepto jurídico, sin atender en lo más mínimo al fin de la institución jurídica."³⁷

c) *La negación del derecho natural (Bergbohm)*

La ola antimetafísica alcanzó su cúspide, en lo que concierne a la filosofía del derecho, en la obra de Karl Bergbohm, *Jurisprudencia y filosofía del derecho*, publicada en 1892; ahí se concluyó en la imposibilidad del derecho natural. Bergbohm adujo tres argumentos principales en apoyo de su tesis:

³⁶ GRÜNHUTS, *Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht* (1874), vol. 1, pp. 1 y ss.; 302 y ss.

³⁷ *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 11, pp. 187 y 317.

1. No existe ningún principio ético general. Cada moral está condicionada por el tiempo y por la comunidad de la práctica.
2. El derecho vale únicamente para una situación histórica determinada.
3. No pueden coexistir el derecho natural y el positivo, pues cada uno de esos sistemas excluye al otro.²⁸

La primera de estas objeciones, que corresponde a la postura del relativismo jurídico, estuvo representada hace varios siglos por la sofística, pero quedó más tarde refutada por Platón y Aristóteles. Los dos filósofos griegos hicieron notar que la naturaleza humana está dirigida hacia un fin determinado, que debe ser realizado por el hombre a efecto de lograr el perfeccionamiento de su naturaleza; el conocimiento de la naturaleza humana proporciona únicamente los principios generales y en manera alguna un sistema completo del bien obrar, lo que por lo demás no sería posible, ya que el hombre es un ser histórico que vive situaciones diversas y que, consecuentemente, se ve colocado ante tareas también distintas. Pero en el fondo de esa pluralidad de situaciones existe un residuo humano general, fuente de todas las decisiones concretas.

La segunda objeción de Bergbohm carece asimismo de fundamento, pues la vida social revela la existencia de algunos elementos tipos que aparecen una y otra vez y que constituyen modelos-tipo para el orden de la conducta. La causa de esta tipificación consiste en que, tanto en la naturaleza humana como en el mundo exterior que rodea al hombre, se dan algunas estructuras fundamentales, que permanecen constantes en el devenir histórico,²⁹ siendo de advertir que estas constantes tienen mayor influencia sobre el derecho que sobre la moral, según se deduce de la historia del derecho y de los estudios de derecho comparado; su existencia es la demostración de la falsedad de la segunda objeción del tratadista alemán.

La tercera objeción, consistente en que el derecho natural y el positivo de un Estado determinado integran cada uno un sistema hermético, es una *petitio principii*, pues la cuestión por resol-

²⁸ BERGBOHM, *Obra citada*, pp. 175, 372, 381, 384, 403, 425 y 455.

²⁹ EUCKEN, *Die Grundlage der Nationalökonomie* (1946), p. 86. — COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (1950), p. 160.

ver es, precisamente, la pregunta sobre si cada uno de ellos es, en verdad, un sistema hermético o si se encuentran en una cierta relación. En lo que respecta a la primera de estas proposiciones, esto es, a si el derecho natural integra un sistema hermético susceptible de sustituir al derecho positivo y, por tanto, de desplazar a un orden jurídico positivo determinado, debe decirse que ningún filósofo del derecho ha defendido semejante proposición: los partidarios del derecho natural consideran, por regla general, que el derecho natural se compone de unos cuantos principios fundamentales y generales, que requieren de un desarrollo y una complementación por el derecho positivo, a fin de que puedan ser aplicados a las distintas relaciones sociales, ya que, por otra parte, tan sólo en las relaciones más simples se puede autorizar a las autoridades para que determinen, sin la intervención de la autoridad legislativa, qué es lo conforme al derecho natural en el caso concreto que se hubiere planteado.

Más difícil es la respuesta a la segunda de las preguntas, que consiste —según indicamos en los renglones anteriores— en decidir si el derecho positivo de un determinado pueblo integra un orden hermético o si más bien tiene como presupuesto la existencia de los principios fundamentales del derecho natural. Conviene hacer notar, en relación con esta cuestión, que ningún orden jurídico positivo vive en el vacío: cada uno de ellos es la expresión de la conciencia jurídica de un pueblo determinado en un cierto período de su historia. Por otra parte, ningún orden jurídico contiene una formulación total del pensamiento jurídico, sino que en la penumbra de la legislación, del ejercicio práctico y de la jurisprudencia, existe siempre un pensamiento jurídico no escrito, presupuesto indispensable de las leyes y de la jurisprudencia. Esta consideración revela que ningún orden jurídico se integra con sólo las palabras de la ley o de las sentencias judiciales, sino que además comprende aquellos principios jurídicos fundamentales que forman la base inexpresada de los actos jurídicos positivos. Ahora bien, el análisis de esos principios lleva a la convicción de que no son otros que las normas básicas del derecho natural: así se desprende de la jurisprudencia uniforme, pues los tribunales, cuando tienen que decidir cuestiones no previstas en las leyes, no se conforman con una posible solución lógica, sino que se apoyan en consideraciones de orden material, que son, en el fondo, la expresión de los principios *jusnaturalis-*

tas.⁴⁰ Acertadamente observa Coing⁴¹ que “el derecho positivo vive y es continuamente completado por el derecho natural”.

El propio Bergbohm confirmó, si bien en forma indirecta, las observaciones que anteceden: en una investigación de los trabajos de aproximadamente docientos cincuenta escritores, llegó a la conclusión de que los autores investigados, cuyo propósito había sido exponer el derecho positivo, se encontraban envueltos por un pensamiento jusnaturalista. ¿Cómo explicar este fenómeno? La respuesta no puede ser otra que la circunstancia de que cada uno de aquellos autores, al exponer el contenido de las instituciones jurídicas, suponía como evidentes ciertos principios fundamentales, a fin de presentar un sistema unitario ausente de contradicciones: cada uno de los tratadistas partió del principio de la unidad sin contradicciones del material jurídico, no obstante que frecuentemente es contradictorio, sobre todo cuando procede de diferentes períodos históricos; pero al aceptar el principio de unidad, se colocó en el punto de vista de la lógica jusnaturalista. Un segundo presupuesto jusnaturalista consiste en que el intérprete tiene que aceptar que el legislador tuvo indefectiblemente la intención de regular las relaciones sociales razonable y equitativamente; de ahí que el intérprete aspire a una interpretación de las leyes que no solamente proporcione una solución lógica, sino una que sea materialmente satisfactoria; de esta manera, al lado del principio jusnaturalista lógico, hace su aparición el derecho natural ético. Frecuentemente se objeta a lo que venimos diciendo que una solución de ese tipo contradice al derecho positivo, por lo que debe ser rechazada; pero esta observación es el resultado del prejuicio monista de que cada orden jurídico es un sistema hermético, asunto que es precisamente lo que falta demostrar.

La imposibilidad de la naturaleza hermética de un orden jurídico se deduce, además, de la circunstancia de que cada orden jurídico se compone de mandamientos cuya obligatoriedad es indispensable demostrar; en consecuencia, tenemos que preguntar por la razón de su obligatoriedad. Bergbohm contesta diciendo que una norma deviene derecho positivo “cuando es expedida por una autoridad legislativa competente, siguiendo el procedi-

⁴⁰ H. MITTZEIS, *Über das Naturrecht* (1948), p. 38.

⁴¹ COING, *Grundzüge des Rechtsphilosophie*, p. 163.

miento externo requerido por la historia como la fuente adecuada para revestir a la norma con la cualidad de lo jurídico".⁴² Pero la respuesta no es satisfactoria, pues deja abierta la pregunta respecto al origen de la competencia de la autoridad para crear, mediante un determinado proceso externo, normas obligatorias. La verdadera respuesta se encuentra en la admisión de la existencia de una norma colocada sobre el derecho positivo, de la que derive la competencia de la autoridad, solución que demuestra que el derecho positivo no puede ser un orden hermético y que, por el contrario, cada orden jurídico mira siempre hacia un orden superior (ver p. 287 y ss.).

d) *La jurisprudencia de intereses*

En el libro *El fin en el derecho*, que principió a publicarse en 1877, Rudolf von Ihering (1818-1892) se opuso al sistema de la jurisprudencia conceptual. En esa obra, el gran jurista alemán sostuvo que el fin es el creador de todo el derecho; pero el concepto de fin posee en Ihering una significación radicalmente diversa de la que tuvo en Aristóteles y Santo Tomás; mientras éstos entendieron bajo esa denominación el *τέλος* de todos o de determinados hombres (ver p. 69), para Ihering "el fin creador del derecho es, en ocasiones, el de cada hombre en particular, mientras que en otras es el fin de la sociedad, o el del gobernante o titular del poder, o, finalmente, el del Estado".⁴³ Las raíces de esta doctrina, que pueden seguirse hasta Jeremy Bentham (ver pp. 201 y ss.), fueron desarrolladas años después por Philipp Heck,⁴⁴ quien hizo notar que, si bien la cuestión del método tiene particular importancia para el conocimiento de la materia jurídica, la preparación de las normas jurídicas exige más bien una gran experiencia de la vida, a fin de lograr el justo equilibrio de los intereses en pugna.

Sin género alguno de duda, la jurisprudencia de intereses significó un indudable progreso respecto de la jurisprudencia conceptual, ya que mediante la pura deducción lógica de las normas abstractas no puede realizarse la justicia del caso concreto; para alcanzar este resultado es en todo caso indispensable tener a la

⁴² BERGBOHM, *Obra citada*, p. 549.

⁴³ HECK, *Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz* (1933).

⁴⁴ E. WOLF, *Grosse Rechtsdenker* (1951), p. 513.

vista el fin de cada una de las instituciones jurídicas. Pero como la jurisprudencia de intereses no proporciona un criterio objetivo que permita medir los intereses, permanece en realidad encerrada dentro del subjetivismo y relativismo.

e) *Positivism científico y positivismo legal*

Wieacker⁴⁵ distingue entre el “positivismo científico” y el “positivismo legal”: por positivismo científico entiende, “la jurisprudencia que ha llegado a ser autónoma, producto de una gran cultura jurídica y resultado de que en los jueces aliente la tradición ética de los principios fundamentales del derecho positivo, esto es, una jurisprudencia en la que palpite la justicia”; en tanto el positivismo legal, al que también denomina “positivismo ilegítimo”, es aquella corriente que declara obligatorio el contenido de la ley no obstante que contradiga “los principios jurídicos fundamentales surgidos en la formación histórica de la comunidad europea”.⁴⁶ Esta última corriente es la que ha prevalecido en el segundo tercio de nuestro siglo.

Conviene aclarar —en relación con la exposición de Wieacker— que el llamado positivismo legal es la consecuencia natural que se deduce de las premisas establecidas por Bergbohm. Por otra parte, entre las dos corrientes mencionadas por Wieacker no existe ninguna oposición radical, más bien un tránsito de la primera a la segunda, determinado por el hecho de que el residuo jusnaturalista que sobrevivió en los primeros representantes del positivismo fue desapareciendo poco a poco.

⁴⁵ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1952).

⁴⁶ *Ibidem*, p. 328.